



Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Central
Sucre – Bolivia

Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal
Gestiones 2017 – 2019

EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN BOLIVIA
VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Tesis presentada para optar el
Grado Académico de Magister en
Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Alumno: Janson Oscar Padilla Alvarado

Sucre – Bolivia
2019



Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Central
Sucre – Bolivia

Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal
Gestiones 2017 – 2019

EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN BOLIVIA
VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Tesis presentada para optar el
Grado Académico de Magister en
Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Alumno: Janson Oscar Padilla Alvarado
Tutora: Fátima Barrios Morales

Sucre – Bolivia
2019

DEDICATORIA:

A mis queridos padres, María Cristina Alvarado Flores (+) y Oscar Padilla Navarro, porque con su sabiduría, apoyo y amor permitieron que culminara exitosamente el estudio de esta Maestría.

AGRADECIMIENTO:

A Dios por darme vida, a mis queridos padres y a todos los que me brindaron su colaboración.

RESUMEN

La presente investigación versa de que dentro de nuestro ordenamiento jurídico en materia penal (Código Penal Boliviano) el delito de Trata de Personas se encuentra inmerso en el Art. 281 bis del C.P. llegando a vulnerar derechos y garantías constitucionales así como el derecho al debido proceso en su vertiente: principio de legalidad porque deja en la incertidumbre varios componentes objetivos del tipo penal como la determinación objetiva de “matrimonio servil”, “turismo sexual” o “servidumbre costumbrista”, redacción normativa que viola a su vez el principio de “Lex Certa” y que de acuerdo a las encuestas y análisis de las entrevistas a expertos coinciden que el Art. 281 bis del C.P. viola el principio de legalidad, porque no establece de manera clara (Principio de lex certa) la prohibición respecto a las conductas referidas (“servidumbre costumbrista”, “matrimonio servil” o “turismo sexual”) y a efectos de impedir violación al derecho al debido proceso en los juicios penales vinculados a este tipo penal, así como impedir la emisión de Sentencias penales ilegales que dé lugar a que se imponga el subjetivismo del tribunal de juicio.

ABSTRACT

The present investigation is true that within our legal system in criminal matters (Bolivian Criminal Code) the crime of Trafficking in Persons is immersed in Art. 281 bis of the C.P. coming to violate rights and guarantees constitucionales as well as the right to due process in its aspect: principle of legality because it leaves in uncertainty several objective components of the criminal type such as the objective determination of "servile marriage", "sex tourism" or "customary servitude", Normative wording that in turn violates the principle of "Lex Certa" and that according to the surveys and analysis of the interviews with experts agree that Art. 281 bis of the CP violates the principle of legality, because it does not establish in a clear way (Principle of lex certa) the prohibition with respect to the aforementioned behaviors ("customary servitude", "servile marriage" or "sex tourism") and in order to prevent violation of the right to due process in criminal trials related to this criminal type as well as preventing the issuance of illegal criminal sentences that result in the subjectivism of the trial court being imposed.

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1 JUSTIFICACIÓN	2
2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	3
3 OBJETIVOS	3
3.1 OBJETIVO GENERAL	3
3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	3
4 IDEA A DEFENDER	4
5 TIPO DE INVESTIGACIÓN	4
6 MÉTODOS Y TÉCNICAS	4
6.1 MÉTODOS	4
6.1.1 MÉTODO DEDUCTIVO	4
6.1.2 MÉTODO INDUCTIVO	4
6.1.3 MÉTODO DOGMÁTICO JURÍDICO	4
6.2 TÉCNICAS	5
7 POBLACIÓN Y MUESTRA	5
CAPÍTULO I	6
1 MARCO TEÓRICO	6
1.1 ANTECEDENTES.....	6
1.1.1 EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS	6
1.2 DIFERENCIA ENTRE TRATA Y TRÁFICO.....	9
1.3 TRATA Y TRÁFICO DE PERSONAS EN BOLIVIA.....	10
1.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	12
1.4 DEBIDO PROCESO	20
1.5 Principio de legalidad.....	22

1.5.1	El principio de legalidad y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	22
1.5.1.1	Normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos....	22
1.5.2	Garantías del principio de legalidad	23
1.5.2.1	Nullum crimen sine lege certa.....	23
1.5.2.2	Nullum crimen sine lege previa.....	23
1.5.2.3	Nullum crimen sine lege scripta	24
1.5.2.4	Nullum crimen sine lege stricta	24
1.6	Concepto de Principio de legalidad penal	25
1.7	DEFINICIONES DE MATRIMONIO SERVIL, TURISMO SEXUAL Y SERVIDUMBRE COSTUMBRISTA	28
1.7.1	MATRIMONIO SERVIL.....	28
1.7.2	SERVIDUMBRE CONSTUMBRISTA.....	28
1.7.3	TURISMO SEXUAL	29
1.8	DEFINICIONES DE MATRIMONIO SERVIL, TURISMO SEXUAL Y SERVIDUMBRE COSTUMBRISTA SEGÚN LA LEGISLACION COMPARADA	29
1.8.1	MATRIMONIO SERVIL EN COLOMBIA	29
1.8.2	TURISMO SEXUAL EN COLOMBIA.....	30
1.9	CONVENIOS INTERNACIONALES.....	31
1.10	NORMATIVA INTERNACIONAL.....	31
1.10.1	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	33
1.10.2	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE LAS ACTUACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS ...	46
1.11	El contenido y expresiones del principio de legalidad	48

1.12	El test de legalidad de las restricciones a los derechos humanos.....	52
1.12.1	La noción de bien común como condición de legitimidad de la ley ..	52
1.12.2	El criterio de necesidad: la opción que menos restrinja el derecho protegido	54
1.12.3	La proporcionalidad como medida.....	54
1.12.4	Los principios que subyacen a la noción de control de convencionalidad.....	55
1.12.5	Los parámetros legítimos del derecho interno: matices al control de convencionalidad.....	56
	CAPÍTULO II	57
2	DELITO DE TRATA DE PERSONAS.....	57
2.1.1	DERECHO COMPARADO	57
2.1.1.1	VENEZUELA	57
2.1.1.2	ECUADOR	57
2.1.1.3	COSTA RICA	60
2.1.2	Dentro del Código penal boliviano	61
2.2	ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO.....	62
	CAPÍTULO III	63
3	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	63
3.1	DIAGNÓSTICO.....	63
3.2	CONCLUSIONES DEL DIAGNÓSTICO	69
	CAPÍTULO IV.....	71
4	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	71
4.1	CONCLUSIONES.....	71
4.2	CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	71
4.3	RECOMENDACIONES.....	73

Bibliografía.....	74
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78
ANEXOS	80

INTRODUCCIÓN

El estudio del delito de Trata de Personas y su vinculación con la aplicación del principio de legalidad, desde la última década, ha cobrado mucha importancia su proliferación en el mundo y también en nuestro Estado. Constituyéndose la trata de personas como un fenómeno jurídico –social y una de las formas de esclavitud del siglo XXI en el mundo globalizado contemporáneo, también siendo un delito que ocupa el tercer lugar en la lista de crímenes transnacionales, situado después del tráfico de drogas y el de armas, sus modalidades de explotación van relacionada con la violación a los derechos humanos y que la víctima puede ser cualquier persona, ya que involucra a niños, niñas, mujeres y hombres, que mediante el sometimiento son llevados a la prostitución, al trabajo forzado, a matrimonios obligados, a servidumbre, a la explotación sexual y a prácticas esclavistas de distinta naturaleza.

Tambiéñ señalar que es un delito conectado con otros delitos como el secuestro, las desapariciones, la falsificación de documentos, la violencia y el abuso físico y sexual, la corrupción, el tráfico y el abuso de drogas.

Y en cuanto al debido proceso hace referencia a que ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante juicio de sus pares o por la ley de la tierra y que en la Constitución Política del Estado en su Artículo 115. II. Hace referencia lo siguiente que: *“El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”*

Y que en su vertiente del debido proceso se encuentra el principio de legalidad haciendoreferencia *“que ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.”* (Carta Magna, Cláusula 39). Y además señalar que el principio de legalidad en uno de sus componentes hace referencia a LA LEX CERTA siendo que se impone al legislador la

obligación de formular de manera clara y precisa las conductas que decide tipificar, esto es, la ley penal no debe dar lugar a ambigüedades al momento de su aplicación, evitando la actuación arbitraria del juzgador.

Y que en teoría el delito de Trata de Personas inmerso en el Art. 281 bis del C.P. viola el derecho al debido proceso en su vertiente de violación al principio de legalidad porque deja en la incertidumbre varios componentes objetivos del tipo penal como la determinación objetiva de “matrimonio servil”, “turismo sexual” o “servidumbre costumbrista”, redacción normativa que viola a su vez el principio de “Lex Certa”.

1 JUSTIFICACIÓN

Este es un estudio descriptivo-analítico sobre un fenómeno recientemente tipificado a nivel internacional y recientemente incorporado a la legislación nacional de Bolivia: la trata y tráfico de personas, resultante de acuerdos internacionales donde el Estado Boliviano fue parte signataria. Es así que no ha pasado mucho tiempo desde que se adoptó la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los dos protocolos que la complementan: uno para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños y otro Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, en diciembre de 2000, en Palermo, Italia. Sin embargo, para las víctimas el tiempo transcurrido ha sido demasiado largo. Bolivia es un país que actualmente está atravesando cambios sociales, políticos y económicos muy importantes. Desde el año 2006, con el inicio de una nueva gestión de gobierno, se realizar esfuerzos para recuperar posicionamiento político, económico, social, cultural en el contexto internacional. La vida digna que se busca para bolivianos y bolivianas, se basa sin duda alguna, en el pleno reconocimiento y vigencia de la integridad de sus derechos humanos. La trata y tráfico de personas ha roto fronteras no solo en la actualidad, más al contrario, desde tiempos pasados se ha ido ampliando el mercado laboral por encima de las fronteras tradicionales, el cual ha permitido que el fenómeno de la migración aumente de manera notoria en el mundo. Bolivia no es la excepción y en los últimos años nos hemos convertido en un país de recepción, tránsito y salida de traficantes de personas migrantes. Bolivia ha

ratificado la Convención para los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares en fecha 16 de octubre del año 2000, sin reserva alguna. El Estado con el apoyo de organizaciones de la sociedad civil, realiza constantemente acciones para la difusión y promoción del contenido de la Convención, es así que la incorporación del delito de “trata de Personas” como Art. 281 bis del C.P. si bien ha sido un acierto su inclusión, no es menos cierto que la redacción del tipo penal establece varias incógnitas donde al ciudadano común le es muy difícil asimilar la prohibición o el mandato de la ley a efectos de su cumplimiento.

2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El delito de Trata de Personas inmerso en el Art. 281 bis del C.P. viola el derecho al debido proceso en su vertiente de violación al principio de legalidad dejando en la incertidumbre varios componentes objetivos del tipo penal como la determinación objetiva de “matrimonio servil”, “turismo sexual” o “servidumbre costumbrista”, redacción normativa que viola a su vez el principio de “Lex Certa”.

3 OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar que la redacción del delito de Trata de Personas (Art. 281 bis del C.P.) En Bolivia viola el derecho al debido proceso en su componente de violación al principio de legalidad.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Examinar a cabalidad los antecedentes históricos del delito de Trata de Personas
- Establecer los elementos objetivos y subjetivos del Tipo Penal de Trata de Personas
- Describir la violación al principio de legalidad penal en la redacción del Art. 281 bis del C.P.
- Establecer la forma de redacción del Tipo Penal de Trata de Personas en el Derecho Comparado.

- Establecer la apreciación de expertos respecto de la denuncia en sentido de que el texto del Art. 281 bis del C.P. Viola el principio de legalidad.
- Establecer conclusiones y recomendaciones del presente trabajo de investigación científica.

4 IDEA A DEFENDER

La Redacción del Artículo 281 Bis del Código Penal Boliviano (Delito De Trata De Personas) viola el Principio de Legalidad consecuentemente el Derecho al Debido Proceso.

5 TIPO DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigativo utiliza el método descriptivo – analítico. Descriptivo, porque analiza y describe, a través de las diversas teorías y experiencias, las causas de la trata y tráfico de personas en el contexto nacional e internacional y los efectos en las relaciones internacionales. □ Analítico, porque partiendo de normas nacionales e internacionales analizamos la situación actual de la mencionada actividad que vulnera la seguridad del Estado en especial a los derechos humanos de las personas

6 MÉTODOS Y TÉCNICAS

6.1 MÉTODOS

6.1.1 MÉTODO DEDUCTIVO

Porque se organizará el desarrollo de la investigación de lo general a lo particular, además para desmenuzar el objeto de estudio de lo amplio o general a lo particular o preciso.

6.1.2 MÉTODO INDUCTIVO

Porque del análisis particular de algunos casos de la realidad boliviana sobre el objeto de estudio se llegarán a conclusiones generales.

6.1.3 MÉTODO DOGMÁTICO JURÍDICO

Porque se realizará un análisis del alcance y contenido de las normas positivas sobre el objeto de investigación.

6.2 TÉCNICAS

Utilizaremos técnicas de investigación social para la recopilación de datos, como:

La **utilización de documentos**, mediante un análisis podremos recopilar una gran cantidad y variedad de información sobre los diversos temas de la realidad social.

El **cuestionario**, que es un instrumento elaborado con el fin de obtener respuestas a determinadas preguntas, constituye un medio de interrogatorio individual o de cierto número de personas mediante el cual, y siguiendo un determinado esquema, se puede recoger información para la solución de tal o cual problema social.

Será efectuado a ciudadanos en general, en las principales calles de la ciudad de Sucre.

También se empleará la **técnica de la entrevista**, entendida como la forma de comunicación mediante el intercambio de palabras en la cual una persona (el entrevistador) trata de obtener de otra cierta información, o la expresión de determinados conocimientos o valoraciones sobre un tema dado. Se aplicará la entrevista no dirigida sobre la base de un patrón general, permitiéndonos libertad de formular preguntas convenientes, para obtener las respuestas que nos permitan desarrollar con mayor efectividad la investigación.

Las entrevistas pretendemos dirigirlas a los señores parlamentarios, Ministros de Estado, Jueces ordinarios, Jueces Constitucionales, Abogados Libres, personas del mundo litigante, medios de Comunicación Social; todos ellos entendidos en el tema objeto de nuestra investigación.

7 POBLACIÓN Y MUESTRA

Espacialmente el trabajo abarcará la jurisdicción departamental de Chuquisaca, sin embargo, en el trabajo de campo, se tomará como referencia al área urbana de la ciudad de Sucre.

CAPÍTULO I

1 MARCO TEÓRICO

1.1 ANTECEDENTES

1.1.1 EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

DEFINICIÓN E HISTORIA

Latrata fue primeramente definida en el derecho internacional a través del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (2000). Conocido como el "Protocolo de Palermo" o el "Protocolo de la Trata" esta es la definición más ampliamente apoyada de la trata de personas y proporciona una base esencial para la reforma de las leyes nacionales.

Cada vez parecen ser más comunes las situaciones de trata en el mundo vinculadas, a menudo, a delitos de tráfico de ilícito de migrantes y redes transnacionales. *Como señala: El último informe sobre el Tráfico de Personas 2018 del Departamento de Estado de Estados Unidos señala que Bolivia es un país de tránsito y destino de inmigrantes víctimas de trata sexual, por lo que se encuentra en la lista de las 22 naciones con mayor riesgo por este delito internacional junto a Venezuela, varios africanos, Rusia, Corea del Norte, Birmania, Laos, Irán y China, entre otros.* [https://www.eldeber.com.bo/62351 trata-y- trafico-de-personas-en-bolivia](https://www.eldeber.com.bo/62351-trata-y- trafico-de-personas-en-bolivia)

CONCEPTO

La trata es un proceso que comienza con el reclutamiento de la persona y termina con su explotación. Implica la práctica de una forma de migración irregular que conlleva a la violación de los derechos humanos del migrante y a la manifestación de un crimen que no es denunciado. Este flagelo viola los derechos del ser humano y atenta contra su libertad y dignidad. Además, reduce a los individuos a cosas, al tratarlos como mercancía. Ello se manifiesta a través de una transacción comercial que tiene lugar dentro de redes de tratantes, nacionales o

transnacionales, que buscan lucrar y no reparan en los métodos utilizados para reclutar a sus víctimas y cumplir con sus objetivos.

Ante esta preocupante realidad, la comunidad internacional, reunida en la ciudad italiana de Palermo en el año 2000, dio forma a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional. Dicho documento cuenta con tres protocolos, entre los que se encuentra el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños, que define y sienta las bases del abordaje de este problema (también se le llama Protocolo de Palermo, en referencia a la ciudad italiana en donde se firmaron los acuerdos).

Definición de trata de personas

- a) Por trata de personas, se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción; al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad; o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho.
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo 13;
- d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años. *Como señala: El Informe sobre Tráfico de Seres Humanos en el Sureste de Europa muestra que no hay una estrategia de prevención a largo plazo. Además, pone de*

manifiesto que aún predominan las medidas represivas contra el tráfico para prevenir la migración, la prostitución y el crimen organizado y asegura que las causas que originan el tráfico humano no están siendo adecuadamente tratadas en esta región. <https://www.unicef.es/noticia/las-causas-que-originan-el-trafico-de-seres-humanos-no-estan-siendo-tratadas-adecuadamente>

La definición establece claramente que “la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra no son requisitos para que exista la trata de niños, niñas y adolescentes”.

Es de importancia crítica que la legislación nacional contra la trata y tráfico no se restrinja a la trata transnacional. Muchas personas son víctimas de la trata en el interior de los países, particularmente desde áreas rurales hacia áreas urbanas. Demasiado a menudo, los Estados restringen sus definiciones y respuestas abarcando casos transnacionales, dejando a millones de víctimas de trata interna sin protección. Este hecho puede minimizar la magnitud real del problema total de un país en cuanto a la trata. Se necesita hacer más para enfrentar la trata y tráfico dentro de las fronteras de un país.

El protocolo debe ser interpretado en el marco general de la Convención sobre los Derechos del Niño en su integridad. La definición se vuelve inadecuada si no incluye la trata de niños, niñas y adolescentes para cualquier propósito y mediante cualquier forma, como prevé el Artículo 35 de la Convención. A la vez el Estado boliviano garantiza en su Nueva Carta Constitucional el ejercicio pleno de los derechos de las personas, asimismo, garantiza la aplicabilidad de los tratados e instrumentos internacionales con rango de ley (Art. 256-257). *Comoseñala el Informe sobre Tráfico de Seres Humanos en el Sureste de Europa muestra que no hay una estrategia de prevención a largo plazo. Además, pone de manifiesto que aún predominan las medidas represivas contra el tráfico para prevenir la migración, la prostitución y el crimen organizado y asegura que las causas que originan el tráfico humano no están siendo adecuadamente tratadas en esta*

región. <https://www.unicef.es/noticia/las-causas-que-originan-el-trafico-de-seres-humanos-no-estan-siendo-tratadas-adecuadamente>

- I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a las que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos de la constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

1.2 DIFERENCIA ENTRE TRATA Y TRÁFICO

Tanto en Bolivia como en otros lugares se ha venido utilizado los términos de trata y tráfico indistintamente. Sin embargo, ambos crímenes vienen definidos en protocolos internacionales separados y aluden a situaciones delictivas distintas de la siguiente manera:

La trata de personas, como se ha visto, tiene que ver con la captación de las personas para su explotación, mientras que,

La trata constituye un delito que vulnera los derechos fundamentales del individuo cuyo fin es someter a las personas privándolas de su libertad; mientras que el fin del tráfico es el cruce de fronteras utilizando medios irregulares y violando las normativas migratorias establecidas.

La trata es un delito contra la persona y el tráfico un delito contra un Estado soberano. Dicho esto, ambos delitos se dan de forma conjunta en ocasiones al estar vinculados a redes organizadas transnacionales, lo que explica que ambos surjan complementado la misma Convención internacional de crimen organizado transnacional.

La diferenciación es clara, pero compete aclarar con los siguientes elementos: en el sentido que la trata está relacionada a la captación de las personas para su explotación, mientras que el tráfico (concepto establecido en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire) alude al cruce irregular de fronteras, tal y como puede observarse en su definición:

- a) Por tráfico ilícito de migrantes, se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte de la cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o

indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. b) Por entrada ilegal, se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor.

Como señala: La Defensoría del pueblo, en conmemoración al “*Día Mundial contra la Trata*”, presentó la campaña comunicacional “*Seducción/Trabajo + Trampa = Trata y Tráfico ¡Cuídate!*” la cual hace énfasis en las formas de captación de las posibles víctimas. Asimismo, con el fin de trabajar desde el ámbito de la prevención, la Defensoría de Pueblo, llevó adelante una movilización nacional que se desarrolló en terminales de buses, de los nueve departamentos del país y las ciudades de El Alto, Caranavi, Llallagua, Yacuiba, Monteagudo, Puerto Suárez, Riberalta y Chapare, a fin de informar y sensibilizar a la población sobre este delito. <https://www.defensoria.gob.bo/documentos/9>

1.3 TRATA Y TRÁFICO DE PERSONAS EN BOLIVIA

La prevalencia de la trata y tráfico de personas en territorio boliviano ha colocado al país ante una situación de extrema vulnerabilidad frente a la comunidad internacional.

El último informe sobre el Tráfico de Personas 2018 del Departamento de Estado de Estados Unidos señala que Bolivia es un país de tránsito y destino de inmigrantes víctimas de trata sexual, por lo que se encuentra en la lista de las 22 naciones con mayor riesgo por este delito internacional junto a Venezuela, varios africanos, Rusia, Corea del Norte, Birmania, Laos, Irán y China, entre otros.

Pese a los esfuerzos gubernamentales, Bolivia pasó de la lista de países en “observación” a la de aquellos que directamente no cumplen con los estándares internacionales de lucha contra la trata y tráfico de personas.

El estudio fue abiertamente rechazado por el Gobierno del presidente Evo Morales, que argumenta que el país avanzó significativamente en los controles estatales y la penalización de las personas involucradas en este tipo de delitos.

La trata y tráfico de personas ocurre cuando mediante engaños los delincuentes captan a hombres, mujeres o niños y después les obligan a realizar trabajos forzados o son víctimas de explotación sexual.

El 31 de julio de 2012 se promulgó la Ley 263 contra la Trata y Tráfico de Personas, pero los esfuerzos han sido insuficientes para enfrentar este mal.

Paradójicamente, para la legislación boliviana la desaparición como tal no está tipificada como delito. Solo entra en el ámbito penal cuando se produce una “desaparición forzada”. En tanto ello no se demuestre, es solo un reporte de ausencia de persona.

El mayor problema detectado por el informe estadounidense es la falta de formación de los funcionarios y la ausencia de datos sobre la forma en que están actuando las autoridades para combatir este flagelo.

El estudio destaca que Bolivia es un país de recepción de migrantes africanos, chilenos y caribeños, muchos de los cuales caen en redes de prostitución y tráfico de personas.

De acuerdo con los últimos datos oficiales en Bolivia, entre 2012 y 2016 hubo 2.591 denuncias por los delitos de trata y tráfico. De ellas, el Órgano Judicial emitió 44 sentencias con privación de libertad contra los acusados.

El Gobierno de Estados Unidos impuso sanciones comerciales contra Bolivia por la recurrencia de este flagelo, lo cual debe motivar una seria reflexión sobre la estrategia boliviana para enfrentar este delito internacional y sus consecuencias para la población en su conjunto. *Como señala: el informe del Departamento de Estado de Estados Unidos después de permanecer durante cuatro años “en observación”, Bolivia ingresó esta gestión en la “lista negra” de tráfico de personas, según. El presidente Evo Morales descalificó y rechazó “enérgicamente” el documento. De los 22 países incluidos en la “lista negra” del informe anual sobre Trata de Personas (TIP) de EEUU, el otro país latinoamericano incluido es Venezuela, que ya estaba en esta categoría.* <https://www.paginasiete.bo/seguridad/2018/7/2/bolivia-en-lista-negra-de-trafico-de-personas-tras-anos-en-observacion-185534.html>

1.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Introducción La trata de personas constituye una de las formas de esclavitud del siglo XXI en el mundo globalizado contemporáneo. Es un delito que ocupa el tercer lugar en la lista de crímenes transnacionales, situado después del tráfico de drogas y el de armas, aunque las estimaciones señalan que, en la presente década, la trata de personas va a ocupar el primer lugar por las increíbles ganancias y los beneficios económicos que reporta, ya que se calcula que en todo el mundo la industria del sexo (mujeres, hombres, niñas y niños) mueve anualmente más de 77 mil 500 millones de dólares y la trata sigue creciendo. Ningún país del mundo es inmune a la trata de personas. Es un delito que está afectando a muchas naciones que son utilizadas por las redes de tratantes de diferente manera: como países de origen, de tránsito o de destino. Según datos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), cada año unos 2 millones de personas son víctimas de la trata, de las cuales el 80% son mujeres y niñas y 50% personas menores de edad. A esta cifra debe sumarse un número indeterminado de personas que son víctimas de la trata dentro de sus propios países, sin cruzar las fronteras internacionales y son sometidas a diversas formas de explotación.

La trata de personas es una de las modalidades de explotación; es una violación a los derechos humanos y un delito en el que la víctima puede ser cualquier persona, ya que involucra a niños, niñas, mujeres y hombres, que mediante el sometimiento son llevados a la prostitución, al trabajo forzado, a matrimonios obligados, a servidumbre, a la explotación sexual y a prácticas esclavistas de distinta naturaleza. Es un delito conectado con otros delitos como el secuestro, las desapariciones, la falsificación de documentos, la violencia y el abuso físico y sexual, la corrupción, el tráfico y el abuso de drogas. Definición de conceptos A través del tiempo, el concepto trata ha sido interpretado de diferentes maneras por organizaciones, gobiernos y la sociedad en general.

Para esclarecer el panorama sobre los antecedentes al fenómeno de la trata de personas, es necesario remontarse a los diferentes períodos históricos. El fenómeno de la trata, especialmente de mujeres, tiene raíces profundas en la

historia de la humanidad, pues desde sus inicios ha estado ligado a las guerras, a la esclavitud y a la consideración de las mujeres como objetos sexuales y así fueron traficadas durante el período colonial, especialmente las africanas y las indígenas fueron sacadas de sus lugares de origen y comerciadas como mano de obra, servidumbre y/o como objetos sexuales. El objetivo sexual siempre estuvo presente y se daba dentro del mercado matrimonial o con otras figuras como concubinas, o simplemente mujeres a libre disposición de los patrones. En América Latina esta situación se ubica en la época de la conquista española, ya que, en cumplimiento de la ley de guerra, los españoles tomaban o entregaban el "botín de mujeres" al vencedor, lo que dio origen al comercio sexual, al punto que se crearon establecimientos para este tipo de actividades. Con posterioridad, en la colonia, surgieron las primeras normas que sancionaban dicha actividad con penas que incluso llegaron hasta la muerte.

A fines del siglo XIX, especialmente a partir de 1900, persistió el fenómeno de la trata de mujeres que se agudizó después de cada guerra mundial, siendo también víctimas las mujeres europeas, que huyendo del hambre y de los horrores de la guerra, fueron presa fácil de los traficantes, siendo utilizadas con fines de explotación sexual y trasladadas como concubinas o prostitutas, a países de Europa del Este, Asia y África, lo que llevó a denominar a dicha actividad como trata de blancas, porque se reclutaba a mujeres blancas, europeas y americanas que eran comerciadas hacia países árabes, africanos o asiáticos, como concubinas o prostitutas. Las primeras referencias a la trata provienen de los instrumentos de las Naciones Unidas. En 1904 el primer convenio internacional referido al tema, fue el Acuerdo Internacional sobre Represión de Trata de Blancas que se centraba sólo en la protección de las víctimas y resultó ineficaz; la trata era conceptualizada como movilización de mujeres asociada a la esclavitud, pero ligada estrechamente a fines "inmorales" (prostitución) y requería el cruce de fronteras nacionales. Para el año 1910 se aprobó la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, que obligó a los países firmantes a castigar a los proxenetas y se amplió la definición para incluir el comercio interno de mujeres en los países, estrechamente vinculada con la esclavitud. Luego, en 1921, se aprobó el

Convenio Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Niños, que sancionaba a las personas que ejercen la trata de niños, protege a las mujeres y niños migrantes. Más tarde, en 1933, se aprobó el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad que obligaba a los Estados a castigar a las personas que ejercían la trata de mujeres adultas con independencia de su consentimiento.

Las cuatro convenciones anteriores quedaron unificadas por el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, adoptada por Naciones Unidas en 1949 y ratificada por 72 Estados y que establece: “la prostitución y el mal que la acompaña, las tratas de personas son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana”. Con esta Convención se intentó abarcar la trata de personas, pero no se logró definir el fenómeno en su totalidad, aunque adjudica carácter delictivo al tráfico del sexo y a los actos relacionados con la prostitución, pero en virtud de la debilidad de los mecanismos de vigilancia y de que no ha sido adoptada por una gran mayoría de países, no ha sido eficaz. La convención también carece de disposiciones relativas a formas de explotación que no se habían generalizado en 1949, a saber, las industrias de las esposas encargadas por correo, el turismo del sexo y el tráfico de órganos. Desde entonces se relacionó trata de blancas con prostitución y ésta con esclavitud. Se usó el término tráfico humano o tráfico de personas, relacionado al comercio internacional de mujeres y personas menores de edad, sin lograr una definición o concepto consensuado. Años más tarde, el término trata de blancas cayó en desuso, pues en la trata se ven involucradas personas de diferente sexo, edad, culturas, razas y ubicación geográfica, no únicamente mujeres blancas y no solo en la explotación sexual.

En la actualidad, esta definición resulta extremadamente limitada en tanto no reconoce las diversas manifestaciones de la trata de personas en el mundo; así como el hecho de que no solo las mujeres pueden resultar victimizadas, sino también personas menores de edad, cualquiera que sea su sexo, así como también hombres adultos. La tendencia internacional en materia de prostitución ha sido la de profundizar en sus causas económicas y sociales y establecer una estrategia contra el proxenetismo y la explotación sexual de las mujeres.

A finales del siglo XX, la comunidad internacional estableció una definición más precisa, siendo el término correcto: la trata de personas. Concepto de trata de personas según el Protocolo de Palermo. Después de varias décadas de replanteamientos y reflexiones sobre cómo combatir la trata, en diciembre del 2000 en Palermo, Italia, se llegó a un consenso de los Estados, en torno a una definición de trata de personas. El Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y castigar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (conocido como Protocolo de Palermo), en su artículo 3a, define la trata de la siguiente manera: Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Como se puede observar, la nueva definición internacional de trata incluye un número muy amplio de tipos delictivos utilizados, pero también incluye medios menos explícitos como el abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima. Se sanciona, por separado, cada una de las acciones de las distintas etapas de la trata: captación, transporte, acogida o recepción, explotación. Podemos sintetizar que la trata de personas se refiere a todos los actos en los que se utiliza el reclutamiento y el desplazamiento de una persona, dentro y fuera de fronteras nacionales, por medio de engaño, fraude o coacción, para que esa persona realice trabajos o servicios bajo presión, amenaza o violencia, abuso de autoridad, cautiverio por deudas, explotación sexual o laboral, entre otras formas.

La trata es una modalidad de la explotación sexual comercial y una violación a los derechos humanos. Es un delito conectado con otros delitos, como el secuestro, desapariciones, falsificación de documentos, violencia y abuso físico y sexual, corrupción, tráfico y abuso de drogas, tráfico de órganos, entre otros. Tráfico y trata: diferencias No existe claridad en cuanto a lo que es el tráfico de personas y

la trata de personas. Veamos cuáles son las diferencias entre los dos conceptos: El tráfico ilegal de migrantes consiste en facilitar el traslado, cruce o entrada ilegal de alguien a un país que no es el suyo, ganando dinero u otros beneficios; en la trata de personas, aunque puede haber cruce de una frontera, esto no es lo que cuenta, sino el engaño, el fraude o la coacción para someter a una persona a ejercer un trabajo caracterizado por la explotación, el abuso y muchas veces la violencia o amenaza de violencia. La trata puede darse también internamente dentro de un país. Una víctima traficada en situación de trata se diferencia de víctima de tráfico ilegal de migrantes en varios aspectos: la víctima de la trata está en una situación de explotación, es víctima de violencia, manipulación criminal; no tiene control sobre su vida, no tienen documentación porque el traficante se la ha quitado, aunque eso no obsta que una persona víctima de tráfico ilegal sea también víctima de trata. El tráfico ilegal de migrantes es básicamente un delito contra el Estado, aunque también afecta a la persona; la trata en cambio es un crimen contra la persona y contra el Estado, pero fundamentalmente un delito contra la persona que tiene un fin que es la explotación y que incluye: sexo, trabajo forzado, esclavitud, servidumbre, extirpación de órganos, trata con fines de adopción, para matrimonio y para todo tipo de cosas inimaginables.

¿Cómo opera la trata de personas? La trata de personas se realiza de diversas formas: algunas personas son atraídas con promesas de dinero, de trabajos bien remunerados y algunas veces con supuestas oportunidades de educación. En otros casos, las personas son reclutadas mediante agencias que ofrecen trabajos y hacen los arreglos indispensables para que la persona haga el viaje. Por lo general, el tratante corre con los costos, por ejemplo, los documentos necesarios para salir del país, el pasaporte, la visa, los tiquetes de viaje-; mecanismo utilizado para poder crear una deuda y en el momento en que la víctima llega a su destino final, se encuentra con que la deuda aumenta diariamente, pues debe pagar el transporte, vestimenta, alimentación y hospedaje y otros costos que decida el tratante. Los tratantes mantienen un constante control sobre las víctimas, a través del temor con el que someten a las personas; recordándole la deuda que tiene, por medio de violencia, tortura, violaciones e intimidación o a través de amenazas contra la familia y los amigos, obligándolas a cumplir lo que los tratantes piden.

Todo esto aunado a que les quitan sus documentos de identidad y de viaje y les dicen a las víctimas que serán deportadas y encarceladas si van a la policía. Tres son las condiciones que dan lugar a la trata de personas:

1. Traslado: ya sea que la persona se traslade o la trasladen desde su entorno (ciudad, departamento o país) a otro entorno diferente, sin importar si es llevada fuera del país o de una ciudad a otra.
2. Limitación o privación de la libertad: a la persona se le limita su libertad; no es libre de hacer lo que quiere o de moverse. El hecho de que no existan cadenas o esposas no significa que la víctima pueda irse porque estará sometida a través de medidas de presión o de violencia y de vigilancia a través de guardias. Muchas veces son encerradas o golpeadas, consumo forzado de drogas, o amenazas contra sus familias (sin importar dónde se encuentren).
3. Explotación: no es solamente la explotación sexual; las víctimas son explotadas en muchos tipos de actividades dentro de todos los ámbitos laborales y oficios. La trata se realiza a través de dos tipos: Trata Interna: es la demanda que se da internamente dentro de los países. Trata Externa: es la situación que ocurre pasando fronteras, que busca cubrir una demanda más amplia en el mercado internacional y por ello está relacionada directamente con redes europeas y asiáticas.

Aunque la procedencia de las víctimas de la trata es de diversos países, se estima que el 70% de las víctimas de la trata, proceden de América Latina, especialmente de Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, entre otros. Principales causas de la trata de personas Diversas y variadas son las razones por las que mujeres, hombres y niños/as son reclutados, movilizados, vendidos y comprados por las redes de tratantes. Entre esas razones están principalmente, la falta o limitadas oportunidades; la ingenuidad de las personas que viven en condiciones de pobreza, desempleo y poco acceso a la educación, que, frente a tales condiciones, toman grandes riesgos y creen en las promesas y caen fácilmente en las garras de los tratantes, se salen de su entorno para emprender un viaje dejando atrás a su familia y amigos, muchas veces con destino a la muerte segura o la indignidad y violación de sus derechos humanos.

Las principales causas pueden sintetizarse así: • Situación económica: que se traduce en desempleo, desigualdad social y crisis económicas. • Educación: limitaciones y obstáculos para acceder a la educación, la deserción escolar y los altos costos educativos. • Violencia: social, política e intrafamiliar • Oferta, Demanda e Impunidad ¿Quiénes son los tratantes? En la cadena de la trata de personas no existe un perfil único. Existen tipos diferentes de personas tratantes que realizan varias funciones en el proceso. Así, tratante puede ser quien recluta, quien organiza el viaje, quien tramita los documentos, quien acoge a las personas a su llegada, quien amenaza, pega y obliga a trabajar. Los tratantes están vinculados por el conocimiento que las víctimas van a ser explotadas y utilizadas como un objeto sexual en su destino. Algunos de los tratantes tienen agencias de viajes o de colocación de empleos y también pueden ser familiares o amigos. Pero el objetivo de los tratantes es ganar dinero a costa del sufrimiento y la explotación de otros seres humanos. Modalidades de la trata de personas La trata se produce a través de las siguientes modalidades: - Explotación sexual de personas adultas y de personas menores de edad: dentro de esta modalidad se dan las siguientes variantes: prostitución forzada, explotación sexual de personas menores de edad, pedofilia, matrimonios serviles, turismo sexual, pornografía. - Trabajos forzados: se refiere a cualquier labor o servicio que se le exige a una persona bajo amenaza de cualquier castigo y para la cual dicha persona no se ha ofrecido de forma voluntaria. En su mayoría estos trabajos forzados se dan en fábricas, ladrilleras, minas, trabajos agrícolas, trabajo en altamar y en el servicio doméstico. - Los niños soldados y soldados cautivos: esta modalidad de trata se realiza a través del reclutamiento de personas menores de edad para combatir en las filas de los grupos armados al margen de la ley. También dentro de esta modalidad de los niños soldados, se da la de soldados cautivos. - Trata con fines de reproducción: este tipo de trata se entiende como cualquier práctica en la que la mujer, sin el derecho de renunciar, es prometida o entregada en matrimonio, obligada o persuadida a embarazos forzados, a “alquilar sus vientres” o a vender sus óvulos, a cambio de una compensación económica o en especie para sí misma, para su familia, tutores o a cualquier otra persona. Dentro de este tipo existen tres modalidades: los embarazos forzados, los vientres de alquiler y las adopciones

ilegales. También se dan otras modalidades de trata como la mendicidad, la servidumbre por deuda o las prácticas forzadas en actos religiosos y culturales. Algunos datos y cifras La trata de personas en el mundo ocupa el tercer lugar en la lista de crímenes transnacionales. Se vislumbra que ocupará el primer lugar en la presente década. La industria del sexo es un negocio ilícito que mueve anualmente más de 35 mil millones de dólares, considerado el segundo negocio más lucrativo en el mundo y la trata sigue creciendo.

Según estimaciones de la Organización Mundial para las Migraciones (OIM), cada año más de 4 millones de personas, principalmente mujeres, niños y niñas, son víctimas de la trata con fines de explotación sexual (OIM, CIM de la OEA, UNFPA, 2000). En la década 1990-2000: treinta (30) millones de mujeres y niñas fueron víctimas de la trata en y desde el Sudeste Asiático (Camboya, Filipinas, Laos, Indonesia, Singapur, Malasia, Tailandia, Vietnam, entre otros). El 87% de las mujeres prostituidas son migrantes, procedentes de América Latina, África Subsahariana (Angola, Etiopía, Camerún, Congo, Zumbase, etc.) y mujeres de Europa del Este (Rusia, Ucrania). El 90% de las personas que están en prostitución son mujeres; 3% hombres y 7% transexuales. El Informe Anual sobre Trata de Personas del Departamento de Estado de Estados Unidos, indica que cada año entre 600 mil y 800 mil personas cruzan las fronteras internacionales como víctimas de trata; de esta cifra el 80 por ciento son mujeres y niñas y el 50 por ciento son personas menores de edad.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que del total estimado de personas sometidas a trabajos forzados como consecuencia de la trata (calculado por ese organismo en 2.450.000) alrededor de 56 por ciento de las víctimas de trata con fines de explotación económica o laboral son mujeres y niñas y el 44 por ciento restante son hombres y niños. Asimismo, en el caso de trata con fines sexuales, una abrumadora mayoría del 98 por ciento es ocupado por mujeres y niñas. Centroamérica (incluyendo Panamá) y República Dominicana conforman una región de origen, tránsito y destino de la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (Organización de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2006). Como señala: *La ACNUR el término “trata de blancas” se usaba a final del siglo XIX y solo se utilizaba en las mujeres europeas que eran extraídas de*

su lugar de origen con fines de explotación sexual a países de Europa, Asia y África, ya que eran únicamente mujeres blancas. Pero en la actualidad cambió de nombre, ahora se denomina “trata de personas”; es decir mujeres, hombres, niños, que son buscados, elegidos y captados o secuestrados. (Según la ACNUR).

Durante la época colonial mujeres y niñas, en esencial africanas e indígenas, eran sustraídas de sus lugares de origen y explotadas en mano de obra, servidumbre y como objetos sexuales. <https://www.monografias.com/docs/Historia-de-la-trata-de-personas-P3CRTLWZMY>

1.4 DEBIDO PROCESO

Históricamente se puede encontrar los orígenes del Debido Proceso en la primera Carta Magna de 1215, que en su capítulo 39 determinaba el siguiente principio: Ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante juicio de sus pares o por la ley de la tierra. Para el jurista Eduardo Couture el mandato de la Carta Magna que propiamente configura el Debido Proceso es la garantía del juicio por sus pares y la ley de la Tierra, pues remiten al origen de la garantía del juez competente y la garantía de la ley preexistente.

Sin embargo, la Carta Magna de 1215 no establecía de manera expresa un Debido Proceso, es por ello que el jurista Eduardo García de Enterría cree encontrar el referente más antiguo del Debido Proceso en la Carta Magna de 1354, expedida por el Rey Eduardo III. El texto de la Carta señala lo siguiente: Ninguna persona, cualquiera que sea su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredada, ni sometida a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en un Debido Proceso legal.

Posteriormente, el Debido Proceso legal se represa en el Petitionofrights de 1627, junto con el Hábeas Corpus. En lo que respecta a la tradición estadounidense del Derecho, el Debido Proceso legal también se repite en la quinta enmienda a la Constitución de 1787 de EEUU, enmienda introducida por James Madison, la cual señala: ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad sin el Debido Proceso legal.

Estos son algunos de los antecedentes del Debido Proceso, hasta su redacción final en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que señala que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. *Como señala:* Julián Pérez Porto y María Merino. Se denomina debido proceso a un principio general del derecho, que establece que el Estado tiene la obligación de respetar la totalidad de los derechos que la ley le reconoce a un individuo. Autores: Publicado: 2017. Actualizado: 2019.

Definición de: Definición de debido proceso (<https://definicion.de/debido-proceso/>)

Las normas del Debido Proceso se encuentran explícitas en la Constitución boliviana entre los artículos 114 al 124, las mismas que deben ser aplicadas en observancia de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Artículo 115. I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones. Como señala Constitución Política del Estado (CPE) (7-febrero-2009) Pág. 27-29.

1.5 Principio de legalidad

1.5.1 El principio de legalidad y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

1.5.1.1 Normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El artículo 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el "principio de legalidad y de retroactividad" en los siguientes términos:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Veamos algunos antecedentes de esta disposición en los trabajos de la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos reunida en San José, Costa Rica, en 1969, que aprobó la Convención. El artículo 8 del proyecto de "Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos" (que sería artículo 9 de la Convención adoptada) presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establecía: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito" República Dominicana sugirió que ese precepto se identificara como "derecho a no ser sometido a leyes *ex post facto*". Aunque inicialmente la propuesta fue aceptada, la denominación se modificó en la sesión plenaria del 20 de noviembre de 1969, para quedar como "Principio de legalidad y retroactividad". Es claro que la legalidad abarca la irretroactividad, es decir, la Convención proscribe la retroactividad de la norma penal desfavorable, como se verá *infra*, IV, 2 B.

Las observaciones escritas de Uruguay, Chile, Argentina, República Dominicana, Estados Unidos de América, México, Ecuador, Guatemala y Brasil no aludieron al artículo 8 del proyecto. En la sesión del 13 de noviembre de 1969, el delegado de Ecuador, Juan Isaac Lovato, propuso que se agregase al texto consultado la última parte del artículo 1o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las

Naciones Unidas: "Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone una pena más leve el delincuente se beneficiará de ella". La propuesta fue aprobada.

1.5.2 Garantías del principio de legalidad

1.5.2.1 Nullum crimen sine lege certa

La garantía de *lex certa* impone al legislador la obligación de formular de manera clara y precisa las conductas que decide tipificar, esto es, la ley penal no debe dar lugar a ambigüedades al momento de su aplicación, evitando la actuación arbitraria del juzgador. En esa línea los tipos penales han de redactarse con la mayor exactitud posible, evitando los conceptos clásicos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever solo marcos penales de alcances limitados. La razón del mandato de determinación radica en que la reserva de la ley únicamente puede tener completa eficacia si la voluntad jurídica de la representación popular se ha expresado con tal claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez -vid. Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal Parte General, Editorial COMARES, Granada – España 1993, página 122-.

1.5.2.2 Nullum crimen sine lege previa

La garantía de *lex previa* se manifiesta en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, esto es, para que una conducta pueda sancionarse como delictiva, la misma debe estar prevista como delito con anterioridad a su realización; en tal sentido, la ley penal creadora de delitos solo tiene efectos *ex nunc* (desde el momento en que se crea hacia el futuro; por regla general hasta que sea derogada), pero no *ex tunc* (retrotrayendo sus efectos a acciones anteriores) -vid. Polaino Navarrete, Miguel, Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas, Editora Jurídica Grijley, Lima Perú 2004, primera edición, página 330-; garantizando al ciudadano que una acción no sancionada como delito al momento de su comisión no podrá ser sancionada como delictiva con posterioridad a ésta. Con dicha garantía se restringe también la aplicación de consecuencias jurídicas que no hayan estado previstas con anterioridad a la comisión del delito y que agraven la situación jurídica del imputado. La referida prohibición presenta su excepción, en materia penal, cuando favorece al reo, evitando el castigo o la agravación de una conducta que la sociedad ha decidido dejar sin reproche o atenuar el mismo.

Debe precisarse, además, que ésta garantía tiene reconocimiento constitucional y está regulada en el artículo ciento tres de la Constitución Política del Estado, que precisa: "...la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo...", además, reconocida en el artículo quince del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo nueve y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1.5.2.3 *Nullum crimen sine lege scripta*

Esta garantía erige a la ley como única fuente de creación del delito y excluye a la costumbre como fuente para calificar una conducta como delito. La costumbre puede, en el mejor de los casos, influir en la formación de nuevas leyes penales - vid. Percy García Caveró, Derecho Penal Parte General, Jurista Editores, Lima Perú, pagina 143-. Debe precisarse que no se trata de cualquier tipo de ley, sino de aquella que cumpla los requisitos previstos para su validez.

1.5.2.4 *Nullum crimen sine lege stricta*

La garantía de *lex stricta* impone un cierto grado de precisión en la formulación de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo; exigiéndose que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. La función de garantía de la ley penal en su faceta de prohibición de la analogía comprende todos los elementos del precepto penal que determinan su contenido de merecimiento de pena y la consecuencia jurídica, es decir, los elementos del tipo del injusto y de la culpabilidad, las causas personales de exclusión y anulación de la pena, las condiciones objetivas de punibilidad y todas las sanciones -Vid. Hans-Heinrich Jescheck, "Tratado de Derecho Penal Parte General", Editorial COMARES Granada-España 1993. p. 121.

1.6 Concepto de Principio de legalidad penal

El Principio de Legalidad Penal es el fundamento en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal. Origen En Principio de Legalidad tiene origen en el siglo XVIII, y parte como una reacción contra la: arbitrariedad, el abuso del poder y la inseguridad jurídica.

La filosofía de esa época apunta a esta dirección con Charles Louis de Secondat baron de Montesquieu y Jean Jacques Rousseau.

Su verdadero enunciado está en el libro de los delitos y de las Penas de Cesar de Bonesana, marqués de Beccaria. En el capítulo "§ III Consecuencias" dice que:

"...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y que esta autoridad no puede residir más que en el legislador que representa aun toda la sociedad agrupada por un contrato social..." (Becaria, Cesare, De los delitos y de las Penas, Bogotá, Colombia: Temis, 3ra, 2005, página 74).

El Poder Legislativo (se pensaba en esa época) es incapaz de equivocarse.

Algunos autores dicen que el Principio de Legalidad fue plasmado por primera vez en la Cláusula N° 39 de la Carta Magna de Juan "sin tierra":

"Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino." (Carta Magna, Cláusula 39).

Esto, no es así, lo que está plasmado en esta Cláusula N° 39 de la Carta Magna de Juan "sin tierra" es el Principio de legalidad jurisdiccional ("Nemo dementar lisis per légale audición") que dice que no hay condena sin sentencia firme "...de sus pares y con arreglo a la ley del reino".

La túnica latina "Tulum crimen, nulo poema sine previa lege" del Principio de legalidad penal lo pone posteriormente Anselmo von Feuerbach (foyerbaj). Luigi Ferrajoli encuentra un creador anterior a Feuerbach como autor de la túnica latina.

“Tulum iudicio sine previa lege” (no hay proceso sin ley previa de cómo hacerlo).

El Principio de legalidad procesal es un axioma jurídico en virtud del cual el imputado no puede ser procesado con ley establecida posteriormente del acto u omisión presuntamente delictuosa.

El Art. 1 del Código de Procedimiento Penal cuando dice: “Nadie será condenado... sin haber sido oído... en juicio celebrado conforme a este Código.” no tiene base a este principio ya que la expresión “este Código” no frena ni prohíbe que alguien sea procesado con ley de procedimiento posterior al hecho que se está procesando.

“Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal solo podrá ser restringida en los límites de la ley. Nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la ley” – Art. 23.I y III, Constitución Política del Estado. Consiguientemente y para el cumplimiento de dichas normas, es imperioso que “Cualquier sanción deba fundarse en una ley anterior al hecho punible”, es el “Principio de Legalidad” prevenido en el Art. 116.II, C.P.E y el Art. 4, del Código Penal. Consecuentemente, cuando policías, fiscales y jueces, pretendan recluir a un ciudadano en la cárcel por determinada conducta, la misma, previo a suscitarse, debería estar prescrita en la ley como delito; si ello no es así, deben abstenerse de su procesamiento penal. Ello, según el adagio popular que dice “Todo lo que no me está prohibido me está permitido”.

Según el Art. 281 BIS:

- I. *Será sancionado con privación de libertad de diez (10) a quince (15) años, quien por cualquier medio de engaño, intimidación, abuso de poder, uso de la fuerza o cualquier forma de coacción, amenazas, abuso de la situación de dependencia o vulnerabilidad de la víctima, la concesión o recepción de pagos por sí o por tercera persona realizare, indujere o favoreciere la captación, traslado, transporte, privación de libertad, acogida o recepción de personas dentro o fuera del territorio,*

aunque mediante el consentimiento de la víctima, con cualquiera de los siguientes fines:

- 1. Venta u otros actos de disposición del ser humano con o sin fines de lucro.*
- 2. Extracción, venta o disposición ilícita de fluidos o líquidos corporales, células, órganos o tejidos humanos.*
- 3. Reducción a esclavitud o estado análogo.*
- 4. Explotación laboral, trabajo forzoso o cualquier forma de servidumbre.*
- 5. Servidumbre costumbrista.*
- 6. Explotación sexual comercial.*
- 7. Embarazo forzado.*
- 8. Turismo sexual.*
- 9. Guarda o adopción.*
- 10. Mendicidad forzada.*
- 11. Matrimonio servil, unión libre o de hecho servil.*
- 12. Reclutamiento de personas para su participación en conflictos armados o sectas religiosas.*
- 13. Empleo en actividades delictivas.*
- 14. Realización ilícita de investigaciones biomédicas.*

II. La sanción se agravará en un tercio cuando:

- 1. La autora o el autor, o partícipe, sea cónyuge, conviviente o pareja de la víctima, tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tenga a su cargo la tutela, custodia, curatela o educación de la víctima.*
- 2. La autora o el autor sea servidora o servidor público, goce de inmunidad diplomática, o sea profesional médico o a fin.*
- 3. Se utilicen drogas, medicamentos o armas.*

III. La sanción será de quince (15) a veinte (20) años cuando la víctima fuere un niño, niña o adolescente, persona con discapacidad física, enfermedad o deficiencia psíquica, mujer embarazada, o el autor sea

parte de una organización criminal, se produzca una lesión gravísima o se ponga en peligro la vida, la integridad o la seguridad de la víctima.

- IV. Si a causa del delito se produce la muerte de la víctima, se impondrá la sanción prevista para el delito de asesinato.

1.7 DEFINICIONES DE MATRIMONIO SERVIL, TURISMO SEXUAL Y SERVIDUMBRE COSTUMBRISTA

1.7.1 MATRIMONIO SERVIL

Matrimonio Servil, una modalidad de la trata de personas, el cual se traduce en un matrimonio precoz y forzado, que afecta a niñas y adolescentes; quienes se casan sin permitirles elegir, y a quienes se obliga a llevar vidas de servidumbre que frecuentemente van acompañadas de violencia física. Según la OIM, el Matrimonio Servil, supone explotación laboral y/o sexual de un miembro de la pareja (esposo o acompañante) e implica situaciones de esclavitud, aislamientos, control, violencia física, sexual y reproductiva. En varias ocasiones las víctimas provienen de poblaciones vulnerables (Organización Internacional para las Migraciones, 2011), lo cual hace que esta problemática sea más propensa en estos sectores, donde una propuesta de amor incondicional, se convierte en una tentativa para estas mujeres indefensas quienes están a la espera de un futuro mejor, sin saber que serán tratadas como objetos, y alejadas de su vida y entorno; cuyas consecuencias en muchos casos resultan siendo irremediables. Es por este motivo, que se considera que los efectos posteriores causados por el Matrimonio Servil tienen un impacto mayor debido a la existencia de un vínculo filial originado por el matrimonio o la unión entre parejas.

1.7.2 SERVIDUMBRE CONSTUMBRISTA

Una de las formas de comisión del delito de “Trata y Tráfico de Personas” la servidumbre costumbrista “es la acción por la que una persona es sometida o explotada por otra, bajo vínculos asociados a prácticas costumbristas y tradicionales del lugar, como el padrinazgo, compadrazgo, cualquier otro vínculo espiritual o relación de empatronamiento”.

1.7.3 TURISMO SEXUAL

El turismo sexual es una forma de turismo con el propósito de mantener relaciones sexuales, normalmente de varones con prostitutas mujeres, pero también, aunque menos, hay mujeres turistas sexuales y turismo sexual homosexual masculino. Entre las causas que motivan el turismo sexual en otro país u otra región se encuentran las siguientes:

- Una mayor tolerancia de la sociedad, o al menos de las autoridades.
- En ocasiones una edad de consentimiento menor, o el acceso a menores de edad.
- Una mayor impunidad ante el delito, en el caso de que la prostitución esté prohibida.
- Precios más bajos (al viajar el cliente de un país rico a uno más pobre).
- Un mercado de trabajadores que buscan a clientes como importante fuente de ingresos, incluso después de volver esos a sus países de origen ("novios"), o como salidas, por el casamiento, del país pobre.
- Mayor privacidad.
- El cliente encuentra a determinados grupos étnicos más atractivos o excitantes.
- El cliente prefiere la "ética laboral" de las prostitutas extranjeras a la de las prostitutas de su propio país.

1.8 DEFINICIONES DE MATRIMONIO SERVIL, TURISMO SEXUAL Y SERVIDUMBRE COSTUMBRISTA SEGÚN LA LEGISLACION COMPARADA

1.8.1 MATRIMONIO SERVIL EN COLOMBIA

En Colombia, se han registrado varias investigaciones, acerca de la trata de personas, las cuales se enfatizan en el Matrimonio Servil, una de ellas, fue realizada por Ángela Castellanos Aranguren, en el año 2009; titulada **“La trata de personas, mucho más que prostitución”** (Aranguren, 2009), cuyo informe identificó que el matrimonio servil y la adopción irregular son las modalidades más frecuentes de trata de personas a nivel externo, mientras las demás predominan internamente y la prostitución ajena está presente en ambos casos.

Estará basada en tres elementos indispensables que constituyen sus diferencias, los cuales que se presentan en el matrimonio servil:

- Que haya un vínculo filial con el victimario, esto quiere decir que nos encontremos vinculados sentimentalmente o que se esté casado legalmente, no necesariamente debe haber un matrimonio legal, pero si un vínculo afectivo.
- Que haya un traslado por parte de la víctima ya sea interno, esto quiere decir en el mismo país, o externo que se refiere a trasladarse a otro país.
- Que se presente la tortura y las violaciones de todo tipo hacia la víctima, ya sea laboral, sexual etc.

Una vez determinado dicho elemento se procedió al respectivo análisis de los casos

De tal modo, que para distinguir el Matrimonio Servil de la Trata de Personas se debe tener en cuenta que deba existir un vínculo filial y que además de ello se tenga provecho del **vínculo matrimonial** existente entre el *esposo y esposa*, para explotar en todas las formas a la pareja. Y como en muchas culturas, hoy por hoy continúa dominando el machismo y cualquier forma de discriminación hacia la mujer, muchas de las modalidades del matrimonio servil son aceptadas por la sociedad, sin recriminación alguna

1.8.2 TURISMO SEXUAL EN COLOMBIA

En promedio, anualmente Colombia recibe a 3.5 millones de visitantes cautivados por los paisajes, la gastronomía y la cultura, pero también por la reputación que el país lleva encima Como destino de turismo sexual. De acuerdo a investigaciones de UNICEF, en Colombia existen 55 mil víctimas de trata de personas que son menores. Las niñas entre los 12 y 14 años son las más vulnerables. Estas cifras ponen al descubierto porqué el país es considerado el cuarto de América Latina con mayor turismo sexual infantil. En Colombia, las ciudades principales se han convertido en epicentros del turismo sexual con niños, niñas, adolescentes y adultos. La Candelaria en Bogotá, el Parque Lleras de Medellín, la Ciudad Amurallada en Cartagena, la zona de Taganga en Santa Marta y el Eje Cafetero, son algunos de los lugares en donde se demanda y ofrece el turismo sexual, una

actividad que involucra a redes de **trata y tráfico de personas**, debido al carácter lucrativo del negocio.

Estar al tanto de la realidad que el país afronta frente a este delito sin fronteras, es esencial para evitar ser una víctima más. Comparte esta información y cuidemos el uno del otro. Ser víctima de trata de personas con fines de explotación sexual, trabajo forzoso, matrimonio servil o servidumbre, mendicidad ajena y extracción de órganos, es una experiencia desafortunada que deja graves **secuelas**.

1.9 CONVENIOS INTERNACIONALES

Bolivia participa de los esfuerzos internacionales en el combate a la trata y tráfico de personas. En la primera parte se abordan los acuerdos internacionales que Bolivia ha firmado con relación a la problemática de la trata de seres humanos. En la segunda parte se analiza la normativa nacional.

Se describe aquí el marco jurídico internacional relativo a la trata de personas, partiendo de que el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas para el Crimen Organizado Transnacional, sienta las bases normativas de la trata de personas. Se hace un repaso histórico a los instrumentos jurídicos internacionales que han dado paso al Protocolo de Palermo y la suscripción a los mismos por parte de Bolivia.

1.10 NORMATIVA INTERNACIONAL

A partir del Protocolo de Palermo, así como de otros instrumentos jurídicos internacionales relevantes que lo precedieron, se establecen varios temas fundamentales que engloban el problema de trata y tráfico de personas.

Convenio internacional para la supresión de la trata de mujeres y menores, firmada en Ginebra el 30 de septiembre de 1921 y aprobada por el Senado de Bolivia el 26 de diciembre de 1932.

Convención relativa a la esclavitud. Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. Esta convención fue enmendada mediante el protocolo de 1953 y firmada por Bolivia el 6 octubre de 1983, no ha ratificado.

Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (INO), de 2 de diciembre de 1949. Entró en vigor el 25 de julio de 1951 y Bolivia se adhirió en octubre de 1983.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ratificada por Bolivia el 20 de noviembre de 1989, proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, para la protección y el desarrollo armonioso de los niños y niñas del mundo.

Convenio 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso 1930. Ratificado por Bolivia el 31 de mayo 2005.

Convenio 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 Ratificado por Bolivia el 11 junio 1990.

Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999. Ratificado por Bolivia el 6 julio 2003.

Convención Interamericana sobre tráfico Internacional de Menores (1994) Aprobada por Bolivia mediante Ley 1725 de 13 de noviembre de 1996.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General, en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer "CONVENCIÓN DE BELEM DO PARA" de 1994 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, del 9 de junio de 1994, en Belem do Para, Brasil, entró en vigor el 5 de marzo de 1995.

Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Aprobado en 1999, ratificado por Bolivia el año 2002 mediante Ley

2428 del 28 de noviembre de 2002. Entre las peores formas de trabajo infantil se incluyen todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud como la trata de niños.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución Infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Nueva York, 25 de mayo de 2000. Fue firmado por Bolivia el 10 de noviembre del 2001 y ratificado por Ley 2367, el 3 de junio de 2003. Se refiere a "tráfico de niños, niñas y adolescentes" como venta de niños y lo define como "todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución".

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por el Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 (III) de 10 diciembre 1948.

Estatuto de Roma. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Art. 7 (1) (C) (2) (C) Esclavitud y trata son delitos de lesa humanidad y en su Art. 8 (2) Crimen de Guerra. *Convenio ratificado por México el 25 de diciembre de 2003 y 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.*
<https://www.gob.mx/pgr/articulos/conoces-el-protocolo-de-Palermo>

1.10.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El primer antecedente del principio en la esfera internacional lo constituye una Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1935, en el caso Danzing (Ferdinandusse, 2006: 222), en el cual la Corte debió Juzgar si el nuevo Código Penal de la Ciudad Libre de Danzing, que preveía expresamente la aplicación de la analogía, se ajustaba a la Constitución vigente. Si bien la Corte no fijó con precisión cuál debía ser el contenido del principio de legalidad, estableció

como criterio general mínimo que: “debe ser posible para el individuo conocer, de antemano, si sus actos son legales o susceptibles de ser castigados” (Corte Permanente de Justicia Internacional, 1935: 57). El principio de legalidad penal también ocupó un destacado lugar en los debates que tuvieron lugar durante el transcurso de la Segunda Guerra, como también antes y durante del juicio de Núremberg y los demás juicios locales llevados adelante por los Aliados¹⁰. Son de sobra conocidas las diversas críticas que recibió el Tribunal de Núremberg una vez concluida su labor, las que pueden fácilmente reconducirse a dos, que son, el haber sido una justicia de los vencedores sobre los vencidos, al no haber sido verdaderamente llevada a cabo por un tribunal imparcial con un auténtico carácter internacional; y no haber respetado el principio de legalidad, especialmente lo que dice relación con la irretroactividad penal (Jiménez de Asúa, 1950: 1283)

Tras el juicio de Núremberg, el principio de legalidad penal fue recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que prohíbe con toda claridad la aplicación retroactiva de los delitos y de las penas, señalando que la conducta ha debido ser delictiva con anterioridad a la comisión del hecho, según el “derecho” nacional o internacional¹². Como se puede apreciar, la Declaración y las convenciones posteriores hablan de “derecho” nacional e internacional, sin hacer referencia a la “ley” o a alguna otra fuente del derecho (nacional o internacional). En general, se tiende a pensar que ello se debe a la necesidad de compatibilizar los distintos sistemas jurídicos, particularmente el sistema de derecho continental codificado y el sistema anglosajón o commonlaw. No obstante, los travauxpréparatoires de la Declaración Universal dan cuenta de que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, no fueron las diferencias entre sistemas jurídicos las que influyeron de manera determinante en la redacción actual de la disposición, sino que fue nuevamente el fantasma del juicio de Núremberg, a través de la llamada “enmienda belga”, cuyo propósito declarado fue prevenir la posibilidad de que en el futuro los historiadores alemanes usaran la redacción original del artículo para tratar de demostrar la ilegalidad de los juicios sobre crímenes de guerra, especialmente los de Núremberg. La enmienda no fue aprobada, pero en cambio se modificó el texto haciéndolo más general, al hacer

referencia al “derecho” nacional e internacional. La fallida “enmienda belga” en la Declaración Universal es de un tenor muy similar, cuando no idéntico, al que poco tiempo más tarde sería propuesto, esta vez con éxito, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 7.2) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.2), que declaran expresamente que el principio de legalidad no impide el juzgamiento de hechos que son delictivos de acuerdo a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, o por la comunidad internacional, respectivamente. Por su parte, la Convención Americana recurre a una fórmula todavía más genérica de “derecho aplicable”, al tiempo que incorpora perentoriamente la retroactividad de la ley posterior más favorable (art. 9). Las convenciones internacionales sólo recogen explícitamente la irretroactividad²¹, y genéricamente la irretroactividad del “derecho”, tanto nacional como internacional. Por ello, debemos acudir a la jurisprudencia para poder conocer en concreto cuál es el estándar establecido, para luego intentar determinar si éste cumple con los parámetros de nuestro tradicional principio de legalidad penal, en cuanto a *lege scripta*, *stricta*, *certa* y *previa*. La concepción del principio de legalidad de la Corte Interamericana (Corte IDH) se de lleno en la tradición de derecho codificado, lo que es consistente con el sistema jurídico por los países latinoamericanos²³, reconociendo expresamente y con el mismo lenguaje, la exigencia de *taxatividad* o *lex certa* (Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, 1999: párr. 121; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, 2004: párr. 125) y de la irretroactividad o *lex previa* (Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, 2001: párr. 107; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, 2004: párr. 177; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, 2004: párr. 125; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, 1999: párr. 121). Ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el que ha tenido que efectuar una conceptualización del principio de legalidad, que pueda ser aplicable tanto en el sistema de derecho codificado como en el sistema anglosajón, habiéndose pronunciado además sobre qué se ha de entender por “derecho” nacional e internacional, así como sobre el inciso segundo, referido a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. En cuanto al concepto de “derecho”, el TEDH ha señalado que “comprende tanto el derecho escrito como el no escrito, lo que implica exigencias cualitativas, que incluyen las

de accesibilidad y previsibilidad” (TEDH, Caso S.W. contra el Reino Unido, 1995b: párr. 35; Caso C.R. contra el Reino Unido, 1995c: párr. 33; Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, 2001a, párr. 50; Caso K.-H.W contra Alemania, 2001b: párr. 45; Caso Korbely contra Hungría, 2008: párr. 70; Caso Kononov contra Letonia, 2010: párr. 185; Caso Vyerentsov contra Ukraine, 2013a, párr. 63; Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina, 2013b: párr. 66, entre otros)²⁴. En otras ocasiones, no obstante, el TEDH ha matizado, dejando de lado las controvertidas expresiones “derecho escrito” y “derecho no escrito”, señalando en cambio que el concepto de “derecho” comprende tanto a la “ley” en sentido formal (statutorylaw), como a la “jurisprudencia” (case law) e implica exigencias cualitativas, que incluyen las de accesibilidad y previsibilidad” (TEDH, Caso Cantoni contra Francia, 1996: párr. 29; Caso Başkaya y Okçouglu contra Turquía, 1999: párr. 36; Caso Coëme y otros contra Bélgica, 2000: párr. 145; Caso E. K. contra Turquía, 2002a: párr. 51; Caso Achour contra Francia, 2006: párr. 42; Caso Jorgic contra Alemania, 2007: párr. 100; Caso Scoppola contra Italia (nº2), 2009: párr. 99, entre otros)²⁵. (1995c), ambos contra el Reino Unido, se ha desarrollado una jurisprudencia bastante arraigada en el TEDH (Sarmiento, Mieres y Presno, 2007: 60), que admite el llamado derecho “no escrito”. Sin embargo, existen otras muchas sentencias en las que ya no se utiliza la dicotomía “derecho escrito” y “derecho no escrito”, sino “ley en sentido formal” (statutorylaw) y “jurisprudencia” (case law). En todas las sentencias del TEDH sobre el art. 7, se hace mención a las exigencias cualitativas de accesibilidad y previsibilidad, teniendo ocasión además de precisarlas en reiterada jurisprudencia. En cuanto al requisito de la accesibilidad, la doctrina ha destacado que “no ha generado grandes problemas a lo largo de la jurisprudencia, pues alude a una elemental y sencilla exigencia de publicidad de las normas” (Sarmiento, Mieres y Presno, 2007: 60). De hecho, esta exigencia se superpone, en parte, con la previsibilidad, ya que, si lo que dispone la norma penal debe ser previsible para el ciudadano, lógicamente primero debe poder tener acceso a ella, para lo cual ha de estar públicamente disponible (Harris, O’Boyle, Warbrick et al., 2009: 334, nota al pie 32; véase también TEDH, Caso G. contra Francia, 1995).

Sobre la previsibilidad el TEDH ha señalado algunos criterios para determinar cuándo se cumple con este requisito y cuándo no, tales como el contenido del texto del que se trata, el ámbito que cubre, así como del número y de la calidad de los destinatarios. También ha dicho que la previsibilidad de la ley no se opone a que la persona implicada tenga que recurrir a asesores para evaluar, hasta un grado razonable según las circunstancias del caso, las consecuencias que pudieran resultar de un acto determinado, como ocurre con los profesionales, habituados a ser prudentes en su trabajo, pudiendo esperarse de ellos que pongan un cuidado especial en evaluar los riesgos que supone su conducta (TEDH, Caso *Cantoni contra Francia*, 1996; Sarmiento, Mieres y Presno, 2007: 61). La doctrina ha intentado conceptualizar este requisito de la previsibilidad, a la luz de los criterios que proporciona el TEDH, despertando ciertas dudas por parte algunos autores, atendida su flexibilidad o falta de concreción, no estando suficientemente claro si se trata de un concepto objetivo (en el cual la previsibilidad se evaluaría en relación con el común de los ciudadanos), o bien de un concepto subjetivo (en el cual la previsibilidad se evaluaría en relación con el ciudadano concreto)²⁶. Hay quien piensa que la previsibilidad “es un estándar de conducta que requiere de un particular conocimiento, o una práctica, de las condiciones que le son jurídicamente exigibles”, y que varía dependiendo de si es o no un profesional o carente de formación (Sarmiento, Mieres y Presno, 2007: 61), como ha expresado el TEDH en el Caso *Cantoni contra Francia* (1996). También se ha considerado que lo que interesa al TEDH es la previsibilidad “jurídica” y no la fáctica, que es indiferente a los efectos del principio de legalidad penal (De Vicente Martínez, 2004: 191), como lo demostrarían los casos *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania* (TEDH, 2001a: párr. 50) y *K.-H. W contra Alemania* (TEDH, 2001b: párr. 45).

Ambas conceptualizaciones, en mi opinión, parecen ser complementarias y no contradictorias. Por una parte, el TEDH, según su propia jurisprudencia, habrá de considerar las circunstancias personales y fácticas del caso concreto, pero, por otra parte, a partir de estas circunstancias, valorándolas, deberá construir un estándar de lo que es “razonablemente” exigible en términos de previsibilidad, esto es, un estándar normativo o jurídico. En efecto, y yendo al ejemplo antes citado,

muy probablemente la posibilidad concreta de un juicio y una posterior condena no estuvo presente en la mente de los centinelas del Muro de Berlín al momento de los hechos, atendida una “práctica estatal” que justificaba e incluso alentaba tales conductas. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, el enjuiciamiento y la condena eran perfectamente plausibles al ser las conductas contrarias tanto al derecho de la RDA como al derecho internacional, siendo, en consecuencia, jurídicamente previsibles. Lo que sí podemos descartar por completo, en mi opinión, es que la previsibilidad sea un concepto puramente subjetivo, que evalúe el conocimiento real y efectivo del acusado. En la jurisprudencia del TEDH, recordemos, hay dos conceptos, la previsibilidad y la accesibilidad, que son complementarios y de hecho se superponen, como hemos dicho. La accesibilidad, aunque se solape con la previsibilidad, cobra sentido propio e independiente precisamente aquí. Basta con que la disposición penal haya estado públicamente disponible, que haya sido accesible, para que podamos luego evaluar la previsibilidad dependiendo del contenido de la norma en cuestión. Si el ciudadano no quiere conocer la disposición, no quiere acceder a ella, pudiendo razonablemente hacerlo, la norma le será igualmente exigible. Considerados ambos criterios conjuntamente, podemos concluir que, en la jurisprudencia del TEDH, la previsibilidad y la accesibilidad no son criterios subjetivos, sino criterios objetivos a la vez que jurídicos, digamos, criterios de carácter objetivo-normativo. Sin duda, los conceptos de previsibilidad y accesibilidad persiguen el valor de la seguridad jurídica, esto es, que el ciudadano sepa de antemano “a qué atenerse”, para lo cual el ciudadano debe poder conocer qué conductas lo harán responsable penalmente. Ello, tanto desde el propio texto, por sí mismo, como con la ayuda de asesoría jurídica, si fuere necesario, como hemos visto. Ahora bien, desde una perspectiva crítica, hay quien considera que estas exigencias cualitativas de accesibilidad y previsibilidad estarían, aparentemente, destinadas a “compensar” la ausencia de reserva de ley formal en el Convenio y la jurisprudencia del TEDH (Huerta Tocildo, 2009: 518). Sin embargo, en mi opinión, en cuanto accesibilidad y previsibilidad son exigencias cualitativas, ellas tienen relación, no tanto con la jerarquía de fuentes de la norma penal, como con los demás elementos del principio de legalidad. En efecto, en cuanto al mandato de taxatividad o *lex certa*, la

previsibilidad opera como una directriz hacia el legislador en cuanto a la necesaria claridad que debe tener un texto normativo. En cuanto a *lex stricta* o prohibición de analogía e interpretaciones extensivas, el TEDH reconoce que, “por muy bien redactado que esté un texto normativo, siempre es necesario interpretarlo, lo que es válido para toda rama del ordenamiento jurídico, incluido el derecho penal”, ya que siempre habrá necesidad de aclarar puntos dudosos, como también de adaptar la norma a nuevas circunstancias, lo que es más intenso en algunos Estados, en los que el desarrollo progresivo del derecho penal se ha dado por vía jurisprudencial, de acuerdo a su tradición jurídica (así está dicho en los siguientes casos: TEDH, Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, 2001a: pár. 50; Caso K.-H.W contra Alemania, 2001b: pár. 45; Caso Jorgic contra Alemania, 2007, pár. 100; Caso Korbely contra Hungría, 2008, pár. 70). El TEDH añade, en este mismo sentido, que el artículo 7 “no puede ser interpretado como una prohibición de la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal a través de la interpretación judicial caso a caso, siempre que el resultado de este desarrollo sea consistente con la esencia del delito y pueda ser razonablemente previsible” (TEDH, Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, 2001a: pár. 50; Caso K.-H.W contra Alemania, 2001b: pár. 45; Caso Jorgic contra Alemania, 2007, pár. 100; Caso Korbely contra Hungría, 2008, pár. 70). Si esto es así, ello implica que no sólo el texto legal ha de ser previsible, sino también las interpretaciones jurisprudenciales, lo que nos lleva al problema de la irretroactividad penal o *lex previa*, tanto de la ley como de la jurisprudencia, tema, este último, debatido en el derecho interno, aunque resuelto recientemente por el TEDH en el caso Del Río Prada contra España (TEDH, Caso Del Río Prada contra España, 2012: pár. 48). La previsibilidad y la accesibilidad, entonces, son los criterios que el TEDH emplea para evaluar lo que en derecho interno conocemos como los elementos materiales del principio de legalidad de *lex stricta*, cierta y previa. Con respecto al artículo 7.2, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en pocas ocasiones, y lo ha hecho sobre todo en algunas decisiones de admisibilidad y sentencias (véase la sistematización efectuada en: Casadevall, 2012: 323). Aquí, la pregunta relevante que ha planteado la doctrina es si estamos frente a una excepción al principio de legalidad. Notablemente, la mayoría de los autores consultados consideran que el

artículo 7.2 es una excepción a la regla general contenida en el artículo 7.128, de modo tal que –en concepto de estos autores– existiría un grupo de situaciones que estarían excluidas o exceptuadas de la aplicación del principio de legalidad penal en la forma establecida en el Convenio, lo que, incluso, ha llegado a ser considerado como una excepción a la inderogabilidad del principio de legalidad establecida en el artículo 15 del mismo Convenio²⁹. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del TEDH contradice esta común opinión. En el caso *Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina* (TEDH, 2013b), luego de resolver la discusión principal del caso que giraba en torno a cuál de los dos códigos disponía la pena más favorable, el TEDH no pudo dejar de rebatir los argumentos esgrimidos por el gobierno, según el cual los hechos (crímenes de guerra cometidos en el contexto del conflicto de la antigua Yugoslavia) eran delictivos de acuerdo con “los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas”, previsto en el artículo 7.2, por lo que –decía el gobierno– no se aplicaba la prohibición de retroactividad de los delitos y las penas. El TEDH señaló que este argumento del gobierno era inconsistente con los *travaux préparatoires*, según los cuales el artículo 7.1 puede ser considerado como una regla general de prohibición de la retroactividad, y el artículo 7.2 es sólo una clarificación contextual de la obligación contenida en ella, que fue incluido con el fin de asegurar que no existiera ninguna duda sobre la validez de los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial, con respecto a los crímenes cometidos durante esa guerra (en este mismo sentido, TEDH, *Caso Kononov contra Letonia*, 2010: párr. 186). Es claro –añade el TEDH– que los redactores del Convenio no intentaron autorizar ninguna excepción general a la prohibición de retroactividad. El TEDH recordó que ha sostenido en varias ocasiones que ambos párrafos del artículo 7 están interconectados y deben ser interpretados de una manera concordante (TEDH, *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, 2013b, párr. 7230).

DEL NULLUM CRIMEN SENE PREVIA LEGE AL NULLUM CRIMEN SENE IURE

Pues bien, es precisamente este estándar del TEDH el que ha sido aplicado por el Tribunal para la ex Yugoslavia (Nilsson, 2007: 58 y ss.) y Ruanda (Trahan, 2010: 142 y ss.). La Corte Penal Internacional contempla expresamente el principio de legalidad penal en su Estatuto, define detalladamente los crímenes de su competencia, tanto en el Estatuto como en los llamados “Elementos de Crímenes”. Ello no fue casual, sino que fue el fruto de un intenso trabajo académico, denominado más tarde “Proyecto Siracusa”, en el cual participaron, entre otras organizaciones, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y el Instituto Max Plank de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Werle, 2005: 69, nota al pie 112). Este proyecto contenía un total de 21 artículos que sintetizaban las principales instituciones de la parte general del derecho penal, muchas de las cuales influyeron en el trabajo de la Comisión Preparatoria (Ambos, 1996: 521). Desde que en el ámbito internacional no hay leyes, ni Estado, ni Estado de Derecho ni democracia propiamente tal, hay quien opina que todos estos esfuerzos son indeseables (Pastor, 2006: 99 y ss.). Pero, poniendo la mirada en quienes han intentado construir un derecho penal internacional, pese a las dificultades teóricas y prácticas, hay que tomar en consideración varios factores, entre otros, las distintas tradiciones jurídicas. Así como en el derecho anglosajón es difícil hablar de un principio de legalidad, ya que no todo el derecho penal está basado en la ley desde que coexisten los Statutoryoffences con los tradicionales y antiguos commonlawoffences, siendo reconducido a un “principio de juridicidad”; del mismo modo, en el derecho penal internacional los autores han reformulado el principio de forma semejante, llamándolo algunos *nullum crimen sine iure* (Ollé Sesé, 2008: 582), o bien *nullum crimen sine lege* (Ferdinandusse, 2006: 232; Remiro Brotons, 1999: 59- 60), pero concibiendo a la *lex* en un sentido amplio, como sinónimo de Derecho. Cherif Bassiouni lo explica tomando en cuenta “la ausencia de un órgano legislativo internacional”, por lo que plantea que “el principio de legalidad del derecho penal internacional puede ser mejor expresado por la máxima “*nullum crimen sine iure*”, la que es “algo menos restrictiva que las rígidas aproximaciones nacionales positivistas de *nullum crimen sine lege*, que connota una mucho mayor especificidad”. Para Bassiouni, “*nullum crimen sine iure*” incluye prohibiciones legales que surgen tanto del derecho convencional como

consuetudinario, los cuales declaran que ciertas conductas son prohibibles o punibles (1996: 268; también en HormazabalMalarée, 2013: 253-280). En definitiva, el *nullum crimen sine iure* no prejuzga ni impone un sistema de fuentes. Lo que se exige es que la conducta sea constitutiva de delito, conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del Derecho Penal, ya sea en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate o en el ordenamiento internacional (Olásolo, 2013: 27). Aun cuando el principio *nullum crimen sine iure* es indudablemente más flexible que el principio de legalidad en la formulación tradicional del sistema de derecho codificado, de todas formas, está limitado por ciertos principios fundamentales, como la irretroactividad de todo derecho aplicable, la cual está sólidamente incrustada en el derecho penal internacional (Cassese, 2008: 44), y los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, que son aplicados en la práctica internacional. Ante ello, hay quien estima que la reformulación del *nullum crimen sine iure* “no altera el núcleo del principio”, en el sentido en que la norma ha de ser previa, con lo que de todas formas hay una barrera a la arbitrariedad, aun cuando la norma esté contenida en un convenio internacional, establecida en la costumbre o en los principios generales de derecho (HormazabalMalarée, 2013: 256-257). Ahora bien, en la definición de los delitos se constata que en el proceso de formación de las normas que los contienen ha estado exenta de una política y una técnica consistente de redacción (Cherif Bassiouni, 1996: 288). Como resultado, muchas de ellas contienen definiciones amplias de los delitos, lo que proporciona mayor libertad al juez y al mismo tiempo representa un problema en términos de *lex certa*. Este problema se ve agravado porque, bajo el principio *nullum crimen sine iure*, no sólo se incluye la aplicación de los delitos internacionales establecidos en convenciones, sino también aquellos que emanan del derecho consuetudinario. Se hace así necesario que revisemos cuáles son las fuentes del derecho penal internacional que formarían parte de este *iure* del principio *nullum crimen sine iure*, que a partir de ahora denominaremos principio de legalidad internacional. La condición de híbrido jurídico del derecho penal internacional se manifiesta con fuerza aquí, a la hora de determinar cuáles son las fuentes de este derecho, y particularmente desde cuáles de las fuentes formales pueden emanar los delitos internacionales y su penalidad, ante la ausencia de leyes en sentido estricto. Se

reconoce en general que las fuentes del derecho internacional general son las establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que incluye: los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales y, como secundarias o auxiliares, la jurisprudencia y la doctrina científica. Pero estas fuentes fueron establecidas para un Tribunal internacional que no posee competencia penal, ya que está encargado exclusivamente de resolver los problemas que se suscitan entre los Estados. Sin embargo, en general, se plantea este mismo sistema de fuentes para el derecho penal internacional (Olásolo, 2013: 27; así también HormazabalMalarée, 2013: 256). Mientras, en general, es bastante aceptado que se establezcan delitos internacionales mediante un tratado internacional, como es el caso del Genocidio o los Crímenes de Guerra, la polémica surge a la hora de considerar si un delito puede emanar de lo que se ha llamado el “derecho no escrito”, como la costumbre y, todavía más, los principios generales.

El artículo 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) recoge el principio de legalidad,¹ al modo como clásicamente se le ha concebido, puntualizando las obligaciones que de allí surgen para los Estados en materia penal, esto es, la prohibición general de retroactividad de la ley penal y el principio de favorabilidad en la aplicación de la pena. En sus orígenes, esta premisa del Estado de derecho se constituye en verdadero estandarte, por cuanto supone un límite al poder público a favor de los derechos de los particulares, más imperante todavía en el terreno del ejercicio del *ius puniendi* en cabeza del Estado. Esta perspectiva se conserva en el texto de la Convención, pero, sin duda, su alcance supera el terreno de lo penal, y se sitúa como principio transversal de todo el pacto. La fórmula apremiante y reiterada que exige la cuidadosa adecuación de las actuaciones del poder público a la ley es, en sí misma, la expresión del principio de legalidad como pilar fundamental del Estado de derecho.

El control de legalidad de cualquier posible restricción a los derechos humanos a que se refiere de manera constante la CADH —al cual se le suele llamar reserva de ley—, es una consecuencia necesaria del reconocimiento de la primacía del

principio de legalidad en el orden jurídico interamericano. Sin embargo, la lectura que de este concepto se sugiere, supera las raíces formalistas de sus orígenes, y más bien se propone como principio de juridicidad en sentido lato. Leído de este modo, este escrito parte de una perspectiva amplia del principio de legalidad —no condicionada exclusivamente al ámbito penal— que, en última instancia, apela a la necesidad de controlar la `juridicidad´ de las actuaciones del Estado, de conformidad con lo que podría denominarse un nuevo *corpus iuris* de los derechos humanos. En este sentido, el principio de legalidad irradia objetivamente el contenido de toda la Convención e impone a todas las autoridades públicas el imperativo de ajustar su actuación a derecho, bajo el entendido de que el concepto de derecho no está restringido al modo formalista positivista o legalista,⁴ sino que bien podría sugerirse una lectura desde el realismo jurídico que entiende el derecho como lo justo vigente en el contexto del derecho nacional e internacional de los derechos humanos.

Así las cosas, y partiendo de este presupuesto, los planteamientos que se expondrán en este trabajo persiguen dos objetivos centrales. En primer lugar, ilustrar el alcance que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") ha dado al principio de legalidad y al ejercicio de este control por parte de los jueces, particularmente, en algunos casos de restricción a derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, demostrar que el reciente concepto de `control de convencionalidad´ desarrollado por la Corte IDH, se desprende justamente de la trascendencia que ésta misma ha dado a la noción de control de legalidad en el marco de las nuevas exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, de modo que podría decirse que el `control de convencionalidad´ responde a una nueva dimensión del principio de legalidad, en cuanto supone la valoración judicial de una conducta del Estado como ajustada a derecho.

Lo descrito permitirá arribar a tres conclusiones fundamentales que se van concatenando en este estudio. En primer lugar, que el control de legalidad de las restricciones a derechos fundamentales que surge del principio general de legalidad, exige en la tarea judicial una valoración sobre el grado de adecuación de

la conducta de las autoridades públicas con 'el derecho', entendiendo que 'derecho' no es sólo el orden jurídico nacional, sino también el internacional en cuanto complementa la garantía y protección a los derechos fundamentales de los individuos, independientemente del modelo particular de recepción del derecho internacional en el ámbito interno. En segundo lugar, se puede concluir que el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, es una fórmula que se deriva del principio de legalidad, por cuanto apunta a determinar la 'legalidad' o 'adecuación a derecho' de una actuación del Estado en el marco jurídico de la Convención Americana, cuyo ejercicio corresponde primeramente a los jueces internos, dado un conjunto de condiciones esenciales para su operatividad. Finalmente, de una mirada conjunta a estas dos figuras: legalidad y convencionalidad en la jurisprudencia interamericana, se puede deducir que la perspectiva asumida por el tribunal regional supera el modelo de validez formal de los actos jurídicos, y se les valora como "jurídicos" porque son justos, ajustados a derecho o legítimos. Este razonamiento permitiría una lectura optimista de los aportes del sistema interamericano en el sentido de que la juridicidad de los actos que involucran derechos humanos está determinada en última instancia por su adecuación a las exigencias de la dignidad esencial de los seres humanos. Esta afirmación, aunque parezca obvia, genera muchas controversias que merecen mayores estudios, y no son discutidas en este escrito pues sobrepasan sus objetivos; valga para los propósitos del mismo enfatizar, solamente, en el hecho de que en el pensamiento de la Corte IDH se observa una transformación en la comprensión del principio de legalidad, tradicionalmente formalista, por una tendencia que apela a lo "legal" legítimamente establecido, más allá de "formalmente" establecido. Como señala: Roxin (1997:172) *Este autor, propone buscar la solución correcta por los principios de la interpretación del derecho penal, según los cuales un precepto será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador, y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación. Por ejemplo -prosigue el autor-, en los tipos penales que refieren a los conceptos de "injurias" y "otro móvil abyecto"*

CLAUS ROXIN DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I

FUNDAMENTACION Y ESTRUCTURA DELA TEORIA DEL DELITO EDITORIAL CIVITAS - TRADUCCION Y NOTAS DIEGO MANUEL LUZON PEÑA – MIGUEL DIAZ Y GARCIA CONLLEDO- JAVIER DE VICENTE REMESAL 2008. Pág. 251-257.

1.10.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE LAS ACTUACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El principio de legalidad no sólo es un componente característico del Estado democrático de derecho sino que, a la luz del nuevo orden internacional de los derechos humanos, se constituye en verdadera garantía indispensable para la protección de los derechos fundamentales respecto de esta afirmación conviene algunas precisiones en el contexto del sistema interamericano y, particularmente, de la jurisprudencia de la Corte IDH, escenario en el cual se han hecho numerosos aportes en relación con el alcance sustancial de esta premisa, los efectos que de este principio se desprenden y las obligaciones que se derivan para los Estados, en especial, las relacionadas con la función judicial.

En el espíritu mismo de la noción de Estado de derecho, el principio de legalidad aparece con una doble función: como contención y como protección. Visto desde la óptica tradicional, el principio de legalidad sirve, por un lado, como contención al ejercicio del poder público que encuentra en la ley su fundamento y margen de actuación; por otro lado, como garantía individual, en cuanto preserva la órbita individual libre de intervención estatal, salvo en los casos previstos en la ley. Esta perspectiva tradicional no deja de ser importante hoy, pero resulta ser sólo un presupuesto de la verdadera dimensión que adquiere el principio de legalidad en un escenario contemporáneo, profundamente marcado por la necesidad de la promoción y protección de una auténtica cultura de los derechos humanos.

La idea misma de una legalidad cuyo referente exclusivo sea la ley nacional meramente formal es un concepto reevaluado intelectualmente, aunque quizá aún muy enquistado en la práctica judicial. A partir de la vigencia de la CADH, el principio de legalidad de vieja data se renueva con implicaciones originales. Puede

decirse que el alcance de la clásica función de contención de este principio adquiere nuevos matices a la luz de las obligaciones del Estado, en calidad de garante de los derechos humanos y promotor especial de los derechos económicos, sociales y culturales. Los efectos de este análisis resultan muy variados y merecen un estudio propio que desborda el objeto del presente escrito; sin embargo, vale la pena anotar que, en el Estado moderno, la ley como instrumento del orden público no sólo cumple un papel de cortapisa, sino también de canal facilitador de una gestión eficaz en la tarea de promover y elevar la calidad de vida de los ciudadanos. Desde este ángulo, podría decirse que el principio de legalidad no tiene ya tanto una connotación negativa sino más bien positiva.

Por otra parte, y como se sustentará, si bien es cierto que el principio de legalidad y no retroactividad sigue cumpliendo un rol fundamental en materia penal, también lo es que el espectro de protección se amplía a otros campos, tanto del orden sancionatorio como, en general, en materia de derechos fundamentales. La reserva de ley no es más que una expresión del principio de legalidad, según la cual sólo pueden restringirse derechos fundamentales en virtud de leyes formal y materialmente ajustadas al orden constitucional e internacional de protección de derechos humanos; de lo cual se colige que el principio de reserva de ley aplica para todos los derechos fundamentales, no sólo aquellos cuya titularidad reside en un imputado o procesado penalmente.

Visto así, el principio de legalidad irradia toda la CADH, como lo confirma la jurisprudencia. El hecho de que el artículo 9o. se titule "principio de legalidad y no retroactividad" de ninguna manera limita la noción de "legalidad" entendida como "juridicidad", que subyace en el texto convencional; la importancia de la premisa *nullum crimen nullapoena, sine lege* ha sido ampliamente reconocida, como lo indicara la Corte en el caso Baena Ricardo vs. Panamá, pero no se concluye que la vigencia del principio de legalidad en la Convención se restrinja al ámbito penal, más cuando, justamente en el caso Baena, la Corte se inclina por extender la cobertura del artículo 9o. también a materia administrativa o incluso a cualquier otra en la que se ejercite el poder punitivo del Estado. En consecuencia,

el análisis que se propone del principio de legalidad como garantía individual, desborda el ámbito de lo penal e invita a entenderlo como principio transversal de la Convención, plausible tanto en el ámbito sancionatorio como en los demás órdenes jurídicos en los que se erige la primacía de los derechos humanos. Desde esta óptica, el principio de legalidad se sitúa como verdadero estandarte a partir del cual se funda toda actividad legítima del Estado, encuadrada en el marco de un sistema democrático de derecho.

Una lectura integrada de la jurisprudencia interamericana permite entender el principio de legalidad como "sujeción a derecho", perspectiva que invita a la comprensión de un concepto de derecho realista que apunta a 'lo justo en el caso concreto'. El camino recorrido para superar los efectos nocivos del positivismo legalista de la primera mitad del siglo XX, abre el horizonte para que el derecho internacional de los derechos humanos apele por una noción de legalidad más enraizada con la virtud de la justicia en el marco del Estado contemporáneo de derecho. Con este ideal en mente, en la primera parte de este estudio se considera de manera general el progresivo desarrollo de la noción de legalidad en el pensamiento de la Corte Interamericana, y el control a cargo de los jueces en situaciones de restricción de derechos fundamentales. En la segunda parte, se revisará el concepto de control de convencionalidad desarrollado en la jurisprudencia interamericana, como una nueva tarea a cargo de los jueces nacionales que se desprende del espíritu mismo del principio de legalidad.

1.11 El contenido y expresiones del principio de legalidad

Cualquier manifestación del poder estatal que afecte a los derechos humanos debe estar sometida a controles estrictos que impidan la vulneración de los atributos inviolables de la persona humana. Esta premisa implica la existencia de una barrera infranqueable que protege al individuo, frente a la cual únicamente serán admisibles intervenciones estatales plenamente respaldadas por el mismo sistema jurídico que reconoce la imperatividad de estos bienes, los cuales, en todo caso, están limitados por su misma esencia y serían limitables externamente sólo en virtud de bienes legítimos mayores. La realidad misma de los derechos humanos

pone de relieve la noción de restricción al poder estatal, como lo expresara la Corte en la opinión consultiva núm. 6 de 1986, al sostener que:

La protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente.

En este escenario, el principio de legalidad se constituye en verdadera garantía necesaria, aunque nunca suficiente, para la protección de los derechos humanos en el contexto de la llamada relación vertical entre el Estado y el individuo. Según la Corte IDH, quizá el más importante de estos controles es la exigencia de que las limitaciones a los derechos humanos se establezcan por ley.

Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte se esmeró por condicionar el concepto de leyes, de modo que solamente estuvieran comprendidas aquellas normas jurídicas emitidas por el Poder Legislativo como órgano de representación popular, constituido democráticamente y elegido según lo determina la Constitución del Estado. Para la Corte, ese procedimiento de creación legislativa garantiza que tales actos estén investidos del asentimiento de la representación popular, asegurando que incluso las minorías puedan expresar su inconformidad, de modo que participen en la formación de la voluntad política, pero la Corte aborda en una mirada conjunta el procedimiento y la finalidad de la ley, y sostiene que la expresión leyes:

En el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público

en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. Y es que precisamente a la luz de la función central de salvaguarda de la persona humana —propia del derecho internacional de los derechos humanos— y teniendo en cuenta el principio de subsidiaridad que le caracteriza, no se justificaría una concepción meramente formalista de la ley.

Este modo de ver el imperio de la ley como condición para cualquier limitación de los derechos fundamentales, es comúnmente denominado principio de reserva de ley, según el cual "los derechos fundamentales pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de una nación". Así se entiende que la reserva de ley es una manifestación concreta del principio de legalidad y no un principio autónomo e independiente, pues su función se precisa en reafirmar el principio de "sujeción a derecho". Esta visión que relaciona uno y otro concepto es asumida por la misma Corte cuando afirma que la reserva de ley:

Dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos. *Roxin (1997:172) Este autor, propone buscar la solución correcta por los principios de la interpretación del derecho penal, según los cuales un precepto será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador, y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación. Por ejemplo -prosigue el autor-, en los tipos penales que refieren a los conceptos de "injurias" y "otro móvil abyecto" CLAUS ROXIN DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I FUNDAMENTACION Y ESTRUCTURA DELA TEORIA DEL DELITO EDITORIAL CIVITAS - TRADUCCION Y NOTAS DIEGO MANUEL LUZON PEÑA – MIGUEL DIAZ Y GARCIA CONLLEDO- JAVIER DE VICENTE REMESAL 2008. Pág. 251- 257.*

En todo caso, el control de legalidad de una restricción no se limita a evaluar el origen de la misma —a modo de *test de pedigree*, como anotará Dworkin—, de forma tal que la mera existencia de la ley creada conforme al procedimiento exigido será insuficiente para establecer la licitud de las restricciones a los derechos y libertades individuales. De la abundante jurisprudencia de la Corte sobre este tema, podría concluirse que el test que ésta aplica para determinar la licitud de una "restricción legal" a un derecho fundamental, exige una serie de condiciones, necesariamente concurrentes, las cuales apelan principalmente a las nociones de interés general o bien común, el criterio de necesidad y el de proporcionalidad. El desarrollo de estos requerimientos en el pensamiento de la Corte hace pensar que existe, desde el inicio de su labor, una posición clara que desecha la idea de un principio de legalidad meramente formalista, y demanda por un concepto articulado con el principio de legitimidad. Una restricción de los derechos humanos será legítima, cuando se ajusta a las condiciones legales y constitucionales del orden nacional y a las exigencias establecidas en el orden internacional, en cuanto abogan por una más amplia protección de la persona humana.

Legalidad y legitimidad se comprometen esencialmente en la defensa de los derechos humanos, aunque, en la mayor parte de las decisiones, la Corte no lo establezca expresamente. Esta mirada es cierta y consistente, si se leen de manera integrada sus pronunciamientos, recabando en los hitos iniciales de los desarrollos de la Corte: "La ley, en el Estado democrático, no es simplemente un mandato de la autoridad, revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido, y está dirigida a una finalidad... En una sociedad democrática, el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad". Y es desde esta perspectiva que se pueden entender mejor cada uno de los criterios elaborados por la jurisprudencia interamericana, para evaluar la licitud o adecuación a derecho de las conductas de las autoridades públicas cuando afectan derechos y libertades fundamentales.

1.12 El test de legalidad de las restricciones a los derechos humanos

Las directrices definidas por la Corte en las opiniones consultivas núm. 5 de 1985 y núm. 6 de 1986, serían determinantes para los posteriores desarrollos en relación con el principio de legalidad en la CADH. Sin embargo, la jurisprudencia interamericana se enriquece con el paso del tiempo, y las luces de los casos particulares, unas quizá más nítidas que otras, juegan a favor de un test de legalidad riguroso, exigente y que apela a un sentido de lo justo, más allá de lo formal sin desconocerlo. Para efectos de claridad en la exposición, en primer lugar, se hará referencia a los distintos elementos o condiciones usados por la Corte en su test de legalidad. Seguidamente, se analizará la aplicación de este test en casos particulares de restricción de derechos, a manera de banco de pruebas que confirme el alcance del principio de legalidad con los matices particulares desarrollados en el sistema interamericano; contexto en el cual aparece claro que de cualquier modo las limitaciones o restricciones a los derechos humanos en el orden nacional están sujetas a un riguroso análisis de "racionalidad, oportunidad y moderación".

1.12.1 La noción de bien común como condición de legitimidad de la ley

En la opinión consultiva núm. 6, la Corte manifestaba con contundencia que para que las restricciones a los derechos y libertades, impuestos en virtud de una ley, sean jurídicamente lícitas, es necesario que ésta se establezca "por razones de interés general y con el propósito para el cual ha... sido establecida". La noción misma de bien común subyace en este criterio, tal como se reconociera en esa misma providencia, y a partir de ella en numerosos casos.

La noción de bien común, adoptada por la Corte en sus primeras providencias, se refiere al entorno social que el Estado debe promover para el mejor desarrollo de cada uno de sus miembros y de la sociedad en su conjunto, "circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad"; de manera que una ley que contiene restricciones a ciertos derechos individuales sólo será legítima cuando se ha concebido para la búsqueda de ese mayor bien social, y los

medios que ha previsto para lograrlo son necesarios y adecuados, como se verá adelante. En palabras del tribunal, el concepto de bien común hace alusión:

A las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social, en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas, y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.

Si bien es cierto que la amplitud de este concepto en un escenario de diversidad ideológica provoca polémica, no puede perderse de vista el carácter teleológico que le es propio. La misma CADH trae a colación principios y valores sociales que merecen especial protección, en virtud de los cuales serían legítimas las restricciones a ciertos derechos consagrados en el pacto. El artículo 13 en relación con la libertad de pensamiento y expresión, por ejemplo, hace referencia a los siguientes criterios: "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás", "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" y "la protección moral de la infancia y la adolescencia". El artículo 15, que contiene el derecho de reunión, alude a los criterios de "interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos", así como la protección de "la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás"; por su parte, el artículo 21, en relación con el derecho de propiedad, reconoce las "razones de utilidad pública o de interés social". En el mismo sentido se orientan las prescripciones de los artículos 12, sobre libertad de conciencia y religión, 16, sobre libertad de asociación, y 22, en relación con el derecho de circulación y residencia.

Todos los criterios anotados resultarían válidos al evaluar la licitud de una restricción en un caso concreto, siempre y cuando la modalidad y el alcance de la restricción sean completamente necesarios para el logro del fin propuesto y resulten proporcionales para alcanzarlo.

1.12.2 El criterio de necesidad: la opción que menos restrinja el derecho protegido

La ponderación del criterio de necesidad requiere del contexto del caso concreto y es evaluado usualmente al lado del criterio de proporcionalidad, adoptando el criterio de `necesidad social imperiosa`, desarrollado por la Corte Europea y expuesto por primera vez en la opinión consultiva núm. 5 de 1985. Este concepto articula los criterios de necesidad y proporcionalidad en la evaluación de la licitud de una restricción de un derecho fundamental. Por un lado, puede decirse que el criterio de necesidad se cumplirá si las medidas restrictivas adoptadas en la ley están orientadas a satisfacer un interés público imperativo en una sociedad democrática y no existen otras medidas menos restrictivas; por otro lado, el criterio de proporcionalidad apunta a que la restricción sea proporcionada al interés que la justifica y se adecua estrictamente a ese fin. La Corte Interamericana, siguiendo el análisis de su homóloga europea, entiende que para que la medida restrictiva adoptada cumpla con el criterio de necesidad no basta con el hecho de que sea razonable, útil u oportuna, sino que se requiere además que sea la que afecte en menor medida el derecho protegido por la Convención.

1.12.3 La proporcionalidad como medida

Como se ha indicado, la valoración sobre la licitud de una medida restrictiva de un derecho fundamental, en el caso concreto, supone analizar la estricta concordancia o adecuación entre la medida impuesta y el fin perseguido, de modo que el fin no justifica los medios. El fin determina la medida, pero no justifica cualquier medida ni cualquier medio. Como lo insistiera la Corte en el caso Herrera Ulloa "la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión".

A partir de esa premisa, que fuera ya expuesta en la primeras opiniones consultivas de la Corte y luego adoptada en los casos contenciosos, el test de proporcionalidad se ha ido desarrollando en la jurisprudencia con elementos cada vez más explícitos, que aportan a los jueces nacionales también criterios más

claros en relación con una adecuada ponderación de bienes jurídicos que permita determinar puntos de balance proporcionados y ajustados a las exigencias de los derechos en aparente colisión

Necesariamente por su objetivo, el test de proporcionalidad permitirá muy diversos resultados en el contexto de los distintos casos, pero de cualquier manera siempre se tendrá que atender el criterio de equilibrio entre los bienes protegidos, cuestión que idealmente podría llevar a la Corte a asumir una visión más armonizadora de los derechos humanos.

1.12.4 Los principios que subyacen a la noción de control de convencionalidad

Los pronunciamientos reiterados de la Corte coinciden en señalar que el control de convencionalidad es una consecuencia necesaria de los principios de derecho internacional general y derecho internacional de los derechos humanos, ineludibles para los Estados. Así, la obligación judicial de controlar la convencionalidad de los distintos actos de poder del Estado es una concreción del principio consuetudinario que indica que el derecho interno nunca es excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales y que, por tanto, de acuerdo con el principio de buena fe en las relaciones internacionales, es obligación del Estado parte en un tratado internacional —como es la Convención Americana— ajustar su ordenamiento jurídico para hacerlo compatible con las obligaciones adquiridas en aquel escenario.

La función del Poder Judicial, en este sentido, protege el principio de efecto útil de los tratados internacionales, consagrada en el artículo 2o., en cuanto establece "la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effetutile*)". La omisión de este deber por parte de los jueces genera responsabilidad al Estado, puesto que es un principio de derecho internacional el que indica que todos los órganos del Estado, independientemente de su denominación interna y su jerarquía, comprometen su responsabilidad.

1.12.5 Los parámetros legítimos del derecho interno: matices al control de convencionalidad

En la decisión de los Trabajadores cesados del Congreso, la Corte introduce un ligero matiz al ejercicio del control de convencionalidad, a cargo de los jueces nacionales, al reconocer el margen de discrecionalidad de los Estados para la organización de sus instituciones de acuerdo con las necesidades históricas, y para establecer conforme con el derecho interno, las formalidades para la admisibilidad y procedencia de los recursos judiciales. Esta será la única sentencia en la que se puntualiza que el ejercicio del control de convencionalidad, en todo caso, está sujeto al marco de las competencias judiciales internas y las regulaciones procesales. En palabras del tribunal, "esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones"

CAPÍTULO II

2 DELITO DE TRATA DE PERSONAS

2.1.1 DERECHO COMPARADO

2.1.1.1 VENEZUELA

Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (2007) Artículo 15.- Formas de violencia. (...) 18. Tráfico de mujeres, niñas y adolescentes: Son todos los actos que implican su reclutamiento o transporte dentro o entre fronteras, empleando engaños, coerción o fuerza, con el propósito de obtener un beneficio de tipo financiero u otro de orden material de carácter ilícito. 19. Trata de mujeres, niñas y adolescentes: Es la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de mujeres, niñas y adolescentes, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza o de otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre mujeres, niñas o adolescentes, con fines de explotación, tales como prostitución, explotación sexual, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. *Código Penal de Venezuela LA COMISION LEGISLATIVA NACIONAL En ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 6, numeral 1 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente mediante el cual se establece el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.920 de fecha 28 de marzo del año 2.000, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 187 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Pág. 57.*

2.1.1.2 ECUADOR

Ley Orgánica de Movilidad Humana (2017) Artículo 119.- Principios de actuación en materia de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. - En materia de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes se considerará los siguientes principios: Protección integral y especializada. El Estado protegerá la vida, seguridad e integridad de las posibles víctimas de trata de personas o tráfico ilícito de

migrantes desde el instante de su identificación, mediante la protección de la vida, integridad y seguridad. La protección no estará subordinada a la interposición de una denuncia o rendición de un testimonio. La protección será ampliada a los familiares de las víctimas de trata y tráfico ilícito de migrantes, siempre y cuando estos no hayan sido responsables de generar dicha situación. Acceso a la información. La víctima de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes será informada de todos los procesos relacionados con su tratamiento integral. No criminalización y no detención a las víctimas. No se aplicará sanciones de ninguna clase a las víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes por la realización de actos que sean el resultado directo de haber sido objeto de estos delitos. Confidencialidad. Se guardará la debida reserva de la información personal de las víctimas de trata de persona y tráfico ilícito de migrantes. Presunción de minoría de edad. En el caso en que no se pueda establecer que la persona víctima posee menos de dieciocho años o exista duda razonable sobre su edad o de la veracidad de sus documentos de identificación personal o de viaje, se presumirá que es menor de edad. No discriminación. Las víctimas de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes no podrán ser discriminadas o recibir trato menos favorable por condiciones de nacionalidad, sexo, orientación sexual, edad o cualquier otra circunstancia que implique discriminación. No re victimización. Durante el proceso de atención todo servidor público, personas particulares y organismos internacionales que atiendan a las víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes deberán evitar un nuevo riesgo de victimización, para ello se deberá hacer uso de instrumentos desarrollados para el efecto.

Código penal:

Artículo 91.- Trata de Personas

La captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción para sí o para un tercero, de una o más personas, ya sea dentro del país o desde o hacia otros países con fines de explotación, constituye delito de trata de personas.

Constituye explotación, toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un

tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, obtenidos de:

- 1. La extracción o comercialización ilegal de órganos, tejidos, fluidos o material genético de personas vivas, incluido el turismo para la donación o trasplante de órganos.*
- 2. La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil.*
- 3. La explotación laboral, incluido el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el trabajo infantil.*
- 4. Promesa de matrimonio o unión de hecho servil, incluida la unión de hecho precoz, arreglada, como indemnización o transacción, temporal o para fines de procreación.*
- 5. La adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes.*
- 6. La mendicidad.*
- 7. Reclutamiento forzoso para conflictos armados o para el cometimiento de actos penados por la ley.*
- 8. Cualquier otra modalidad de explotación.*

Artículo 92.- Sanción para el delito de trata de personas

La trata de personas será sancionada:

- 1. Con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.*
- 2. Con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años, si la infracción recae en personas de uno de los grupos de atención prioritaria o en situación de doble vulnerabilidad o si entre la víctima y el agresor ha existido relación afectiva, consensual de pareja, conyugal, convivencia, de familia o de dependencia económica o exista vínculo de autoridad civil, militar, educativa, religiosa o laboral.*
- 3. Con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años, si con ocasión de la trata de personas, la víctima ha sufrido enfermedades o daños psicológicos o físicos graves o de carácter irreversible.*

4. *Con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si por motivo de la trata de personas se produce la muerte de la víctima.*

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. ING. HUGO ENRIQUE DEL POZO
BARREZUETA DIRECTOR Quito: Avenida 12 de octubre N 23-990 y Wilson
 Edificio 12 de octubre Segundo Piso Dirección: Telf. 2901 - 629
 Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540 Distribución (Almacén):
 Mañosca N° 201 y Av. 10 de agosto Telf. 2430 - 110 Sucursal Guayaquil: Malecón
 N° 1606 y Av. 10 de agosto Telf. 2527 - 107 Suscripción anual: US\$ 400 + IVA
 para la ciudad de Quito US\$ 450 + IVA para el resto del país
 Impreso en Editora Nacional 144 páginas www.registroficial.gob.ec
 Al servicio del país desde el 1° de julio de 1895. Pag 70- 73.

2.1.1.3 COSTA RICA

Ley contra la trata de personas y creación de la coalición nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (2013) ARTÍCULO 1.- Fines. Los fines de la presente ley son: a) Promover políticas públicas para el combate integral de la trata de personas. b) Propiciar la normativa necesaria para fortalecer la sanción de la trata de personas y sus actividades conexas. c) Definir un marco específico y complementario de protección y asistencia a las víctimas de trata de personas y sus dependientes. e) Impulsar y facilitar la cooperación nacional e internacional en el tema de la trata de personas ARTÍCULO 8.- Creación. Se crea la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas, que en adelante se denominará la Coalición o por sus siglas Conatt, cuya integración y funciones se regirán por lo dispuesto en la presente ley y su reglamento. ARTÍCULO 9.- Objetivo. La Coalición será la responsable de promover la formulación, la ejecución, el seguimiento y la evaluación de políticas públicas nacionales, regionales y locales, para la prevención del tráfico ilícito y la trata de personas, la atención y protección de las víctimas, y la persecución y sanción de los responsables, lo que incluye la revisión de la normativa nacional y su adecuación a los compromisos internacionales contraídos por el Estado costarricense, y la capacitación y especialización del recurso humano institucional.

Asimismo, le compete la valoración de los proyectos que serán sujetos de recibir presupuesto del Fondo Nacional contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes (Fonatt), creado por la presente ley. Art. 11. Observadores. Pueden asistir como observadores a las sesiones de la Coalición representantes de cualquier institución pública, de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), del Alto Comisionado para las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), así como otros representantes de organismos internacionales y de organizaciones sociales relacionados con la materia, que sean invitados por la conato. *Como señala: el Código Penal No. 4573 CODIGO PENAL LIBRO PRIMERO COSTA RICA. Pág. 73.*

2.1.2 Dentro del Código penalboliviano

En el Artículo 5 de la Ley 9095: “Por trata de personas se entenderá el promover, facilitar o favorecer la entrada o salida del país o el desplazamiento, dentro del territorio nacional de personas de cualquier sexo para realizar uno o varios actos de prostitución o someterlas a explotación o servidumbre, ya sea sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad forzada, extracción ilícita de órganos o adopción irregular.”

Es por tal motivo, que este delito transgrede la dignidad de la persona, es la compra y venta de una persona para manipulada como esclavo (a) y conseguir múltiples ganancias con su comercialización. La trata de personas se conoce también como la "Esclavitud del Siglo XXI" y su definición según el Protocolo de Palermo se puede resumir así:

- Es un proceso para: Captar, Transportar, Acoger y Reclutar a una o más personas.’
- Mediante el uso de: Fuerza, Coacción, Rapto, Fraude, Engaño, Abuso de poder y Abuso de una situación de vulnerabilidad.
- Cuyo fin primordial es: La explotación y esclavitud de las víctimas.

Los fines de la Trata de Personas:

- Explotación Sexual.
- Explotación Laboral.
- Servidumbre y Matrimonio.
- Explotación en actividades delictivas.
- Extracción de Órganos.
- Adopción Irregular.

2.2 ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO

Habiendo revisado la redacción del delito de Trata de Personas en los países de Venezuela, Ecuador y Costa Rica, se concluye que en realidad en todos los países establecen comportamientos similares que buscan evitar el reclutamiento o transporte dentro o entre fronteras de personas empleando engaños, coerción o fuerza, con el propósito de obtener un beneficio de tipo financiero u otro de orden material de carácter ilícito. La República de Venezuela establece como norma especial el delito de “Trata de mujeres, niñas y adolescentes” y su redacción en cuanto al establecimiento de las prohibiciones es bastante clara y no adolece de ningún error cuando establece que incurre en este delito quien capta, transporta, traslada, acoge o la recepción de mujeres, niñas y adolescentes, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza o de otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre mujeres, niñas o adolescentes, con fines de explotación, tales como prostitución, explotación sexual, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. Creemos que esta redacción no da lugar a ningún error en el comportamiento del agente que pueda invocar el “error de prohibición” por estar mal redactada la norma, creemos que es clara sencilla y muy entendible. Lamentablemente los otros países de Ecuador y Venezuela incurren en el mismo error de violación al principio de legalidad en forma similar a lo que ocurre en Bolivia con el Art. 281 bis del C.P.

CAPÍTULO III

3 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 DIAGNÓSTICO

Para poder determinar si la problemática planteada es tal, se aplicó encuestas a Abogados en el ejercicio libre de la profesión.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA DIRIGIDA A ABOGADOS LITIGANTES

¿A su criterio la redacción del tipo penal de “¿Trata de Personas” (Art. 281 bis del C.P.) como formas de comisión de este delito, establecen el “matrimonio servil”, “servidumbre costumbrista” o “turismo sexual” viola el Principio de legalidad?

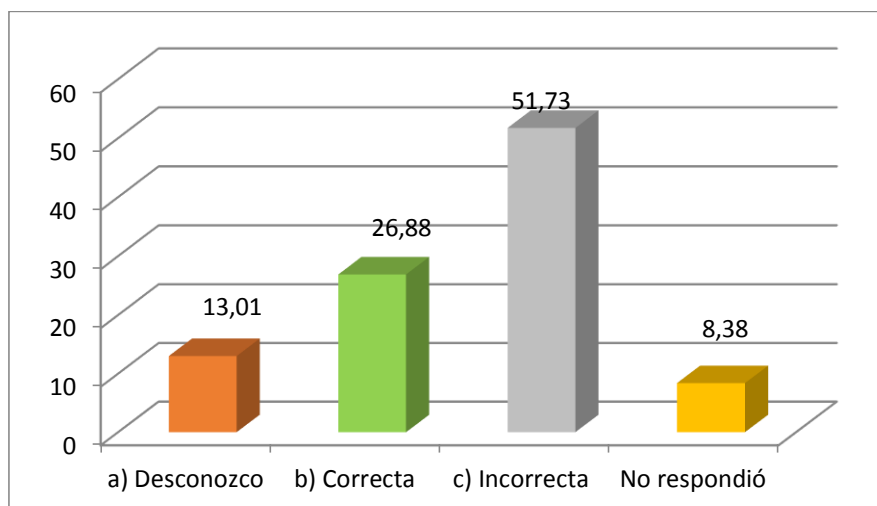
Cuadro Nº 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a) Desconozco	45	13,01
b) Es correcta	93	26,88
c) Viola el Principio de Legalidad	179	51,73
No respondió	29	8,38
TOTAL	346	100,00

FUENTE: Elaboración Propia.

Gráfico Nº 1

APRECIACIÓN ENCUESTA LA REDACCIÓN DEL TIPO PENAL DE TRATA DE PERSONAS VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD



FUENTE: Elaboración Propia.

Una mayoría de los Abogados que fueron encuestados opinan que es incorrecta la redacción porque viola el Principio de legalidad penal, por otra parte, el 26,88% opina que es correcta la redacción. Por otro lado, el 13 % desconoce esta modificación y el 8 % no responde.

¿Ud. considera que corresponde la modificación a la redacción del tipo penal de Trata de personas (Art. 281 bis del C.P.) a efectos de que sea clara para todos los ciudadanos la prohibición de la norma?

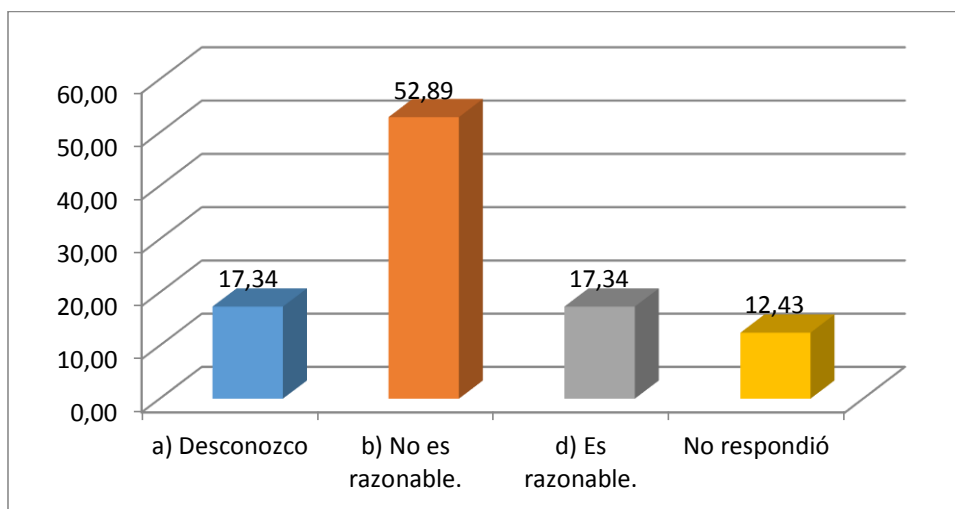
Cuadro Nº 2

INCORRECTA REDACCIÓN DEL TIPO PENAL DE TRATA DE PERSONAS

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a) Desconozco	60	17,34
b) No es razonable.	183	52,89
d) Es razonable.	60	17,34
No respondió	43	12,43
TOTAL	346	100,00

FUENTE: Elaboración Propia.

Gráfico Nº 2

INCORRECTA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

FUENTE: Elaboración Propia.

El mayor porcentaje de encuestados estableció que no es razonable la redacción del tipo penal de “Trata de Personas” (Art. 281 bis del C.P.), por otra parte, el 17,34 % opina que, sí es razonable, alegando que corresponde a los jueces interpretar la norma.

¿Ud. considera prudente que la redacción del Tipo penal de Trata de personas sea modificada a la brevedad posible a efectos de evitar a la violación al derecho al debido proceso en su componente de violación al principio de legalidad?

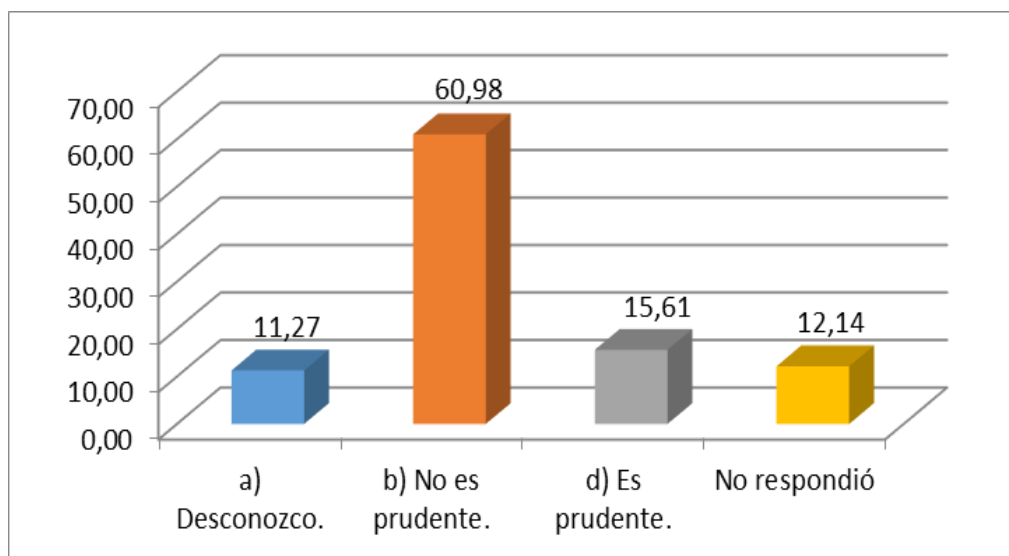
Cuadro Nº 3

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR GÉNERO

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a) Desconozco.	39	11,27
b) No es prudente.	211	60,98
d) Es prudente.	54	15,61
No respondió	42	12,14
TOTAL	346	100,00

FUENTE: Elaboración Propia.

Gráfico Nº 3

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR GÉNERO

FUENTE: Elaboración Propia

La mayoría de los Abogados en un 60,98% afirman que es prudente y necesario cuanto antes modificar el texto del de la redacción del tipo penal de “Trata de Personas” (Art. 281 bis del C.P.). un 15,61% opinó que corresponde establecer este error al legislativo, otro 12,14% se abstuvo de responder y un 11,27% estableció que desconoce.

Uno de los principios fundamentales del derecho penal es la igualdad el cual se encuentra consagrado constitucionalmente y señala que las personas tienen derecho a un trato justo y equitativo. Esta igualdad también se ve reflejada en el derecho penal cuando se establecen las garantías para el cumplimiento de un proceso justo, que el trato de las personas al momento de sancionar un delito sea igual, sin hacer ningún tipo de diferenciación.

ENTREVISTA A ESPECIALISTAS DEL TRIBUNAL DEPARTAMENTAL DE JUSTICIA DE CHUQUISACA

ENTREVISTAS REALIZADAS EN FECHA 10 DE OCTUBRE DE 2019

Dra. XIMENA LUCIA MENDIZABAL HURTADO, JUEZ TERCERO DE INSTRUCCIÓN EN LO PENAL DE LA CAPITAL SUCRE.

Haciendo un resumen de la entrevista la Dra. Mendizábal señaló: “ (...) En Bolivia el código penal al referirse a la servidumbre costumbrista, no aclara a que se refiere, tenemos que en este contexto la servidumbre se refiere a un estado de dependencia o sometimiento de la voluntad en el que se obliga a una persona (sea niño, niña, adolescente, varón o mujer, adulto) a realizar actos de trabajo o servicios con fines diversos, mediante coacción amenaza o violencia estos elementos deben estar presentes cuando hablamos de servidumbre costumbrista, sin embargo esto no se toma en cuenta y se aplica esta ley de manera equivocada, respecto a situaciones en las que por ejemplo, los padres dejan en una casa a su hijo (a) para que trabajen y las personas que la cobijan le dan alimentación, vestimenta, atención médica, etc. No es esta situación un caso de trata y tráfico, porque no está presente la coacción, la violencia, la amenaza el engaño, y la persona que ha sido dejada en otro lugar en estas condiciones, ha mejorado su situación inicial sin embargo se aplica mal la tipificación contenida en el código penal, y se priva de libertad muchas veces a personas que han dado cobijo, alimentación, educación a una o varias personas.

La servidumbre costumbrista se refiere entonces a esas situaciones en que el victimario “porque es un uso o costumbre”, tiene a su servicio personas a las que explota, no les paga ningún estipendio, coacciona, amenaza, obliga y aplica contra ellas violencia de cualquier naturaleza. Esto por supuesto que tendría que estar claramente señalado en el código penal porque lo contrario significa una violación de derechos y garantías de las personas porque la “prohibición” que debe tener en cuenta el ciudadano no es para nada clara, precisa y se presta a cualquier interpretación, lo cual es pues una violación del principio de legalidad”.

Dr. JAIMERENÉ CONDE ANDRADE Juez Primero de Instrucción en lo Penal de la Capital Sucre.

El Dr. Conde a la conclusión de la entrevista señaló: “(...) En mi criterio personal como profesional del derecho y autoridad judicial, considero que no viola el principio de legalidad, por cuanto el juez ante la presencia de alguna laguna

jurídica debe acudir al principio de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad prevista en la CPE que acudiendo a dichas fuentes se puede sacar definiciones

SIN EMBARGO, DESDE LA ÓPTICA DEL CIUDADANO DE A PIE COMÚN Y CORRIENTE, es evidente que viola el principio de legalidad, en este sentido que el art. 281 bis de la Ley 263, no define que entendemos por dichas figuras delictivas o cual es el concepto de dichas conductas y esto es muy importante, por cuanto en nuestro País se presenta con frecuencia, la costumbre de que los compadres del campo envían a sus hijos donde sus padrinos a la ciudad. Debo recomendar que dicha ley, debería complementar aun articulado “para los efectos de la presente ley se entiende por...” Y con esto salvamos el cumplimiento del principio de legalidad. Tal como ocurre en el art. 33 de la Ley 1008”.

Dr. RENÉSALOMÓN MANCILLACESPEDES (EX JUEZ DE TRIBUNAL DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA DEL DISTRITO DE CHUQUISACA

El ex Juez Técnico del Tribunal de Sentencia en lo Penal N° 2 de la Capital Sucre, sostiene lo siguiente: “(...) Si bien nosotros como entendidos en la materia podríamos recurrir a consultar distintas fuentes como ser libros, derecho comparado, etc. En la pregunta planteada claramente se nota la violación al principio de legalidad, en el sentido de que un ciudadano y debemos entender que cualquier ciudadano podría cometer un delito, pues no se entiende, es decir no es clara la norma, pues un ciudadano podría entender de distinto forma estos tipos penales y caer error, así mismo al no ser clara pueden interpretar de muchas formar e incluso los mismos jueces aplicar de manera errónea, en tal sentido el legislador

debería ser más claro y especificar la prohibición y así evitar la vulneración de Derechos”.

Dr. CÉSAR SUAREZ SAAVEDRA, DOCTOR EN DERECHO, EX PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL DEPARTAMENTAL DE JUSTICIA DE

CHUQUISACA Y ACTUAL DOCENTE TITULAR DE LA CARRERA DE DERECHO LA UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO XAVIER DE CHUQUISACA

Entrevistado el Dr. Suárez, estableció lo siguiente:“ (...) *lamentablemente la redacción del Art 281 bis del C.P. es una muestra clara, de la violación al Principio de Legalidad penal toda vez que no es posible comprender de manera alguna cual fuere la prohibición de la ciudadanía referente a lo que denomina “matrimonio servil”, o “servidumbre costumbrista” o finalmente “turismo sexual”, obviamente de la lectura del artículo se entiende que la intención de la norma es proteger la libertad sexual, la libertad de las personas y la dignidad de las mismas, sin embargo de manera alguna se puede comprender cuales serían los verbos rectores aplicando el principio de legalidad penal que traduce el axioma “Nullum Crimen sene previa lege” que la norma trata de evitar, recordemos que en el delito de homicidio el verbo rector es “matar” en el delito de Trata de personas si beine es cierto que existen ciertos verbos rectores al inicio de la redacción, como son: engañar-intimidar-usar la fuerza-coaccionar-amenazar-abusar de la situación de vulnerabilidad etc. Sin embargo, la norma no explica de forma alguna como dichos verbos podrían emplearse en las especiales situaciones de matrimonio servil, servidumbre costumbrista o turismo sexual, lo que determina la inmediata modificación de dicha redacción a fin de no violar el derecho al debido proceso en su componente de violación al principio de legalidad.*

3.2 CONCLUSIONES DEL DIAGNÓSTICO

Una vez concluidas las encuestas a los Abogados en el ejercicio libre de la profesión, se puede evidenciar que la mayoría de los profesionales coinciden que la Ley 263 con relación al Art. 281 bis del C.P. que establece el tipo penal de “trata de seres humanos”, viola el debido proceso y en su vertiente de violación al principio de legalidad, porque no establece de manera clara (Principio de lex certa) la prohibición respecto a conductas como servidumbre costumbrista, matrimonio servil o turismo sexual sin ingresar a la prohibición expresa de cada una de estas posibilidades, en consecuencia existe evidente violación al Principio de legalidad en su vertiente de violación a lex certa, al haberse omitido los verbos rectores de cada una de estas circunstancias inmersas en la ley Art. 281 bis del C.P. esta

violación al debido proceso que emerge de la falta de claridad en el tipo penal impide que un ciudadano común comprenda la prohibición que dimana de la norma a efectos de una verdadera protección a los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal en lo que se refiere a los tópicos de “matrimonio servil”, “servidumbre costumbrista” o finalmente “turismo sexual”, obviamente de la lectura del artículo se entiende que la intención de la norma es proteger la libertad sexual, la libertad de las personas y la dignidad de las mismas, sin embargo, de manera alguna se puede comprender cuales serían los verbos rectores que eviten la afectación a los bienes jurídicos señalados, en consecuencia de acuerdo a la entrevista de los especialistas mencionados, autoridades que cada día se enfrentan a dichas conductas vulneratorias que trata de evitar el Cdgo. Penal, concluyen en forma similar que la redacción del delito de Trata de Personas (Art. 281 bis del C.P.) viola el derecho al Debido Proceso en su componente de violación al principio de legalidad violando a su vez el sub principio de LEX CERTA.

CAPÍTULO IV

4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

Este trabajo de investigación en su conclusión, establece de forma tajante la existencia de violación al derecho al debido proceso en su vertiente de violación al principio de legalidad penal, toda vez que la redacción de la norma que establece verbos rectores inmersos en el Art. 281 bis del C.P. de forma genérica, omitiendo establecer los verbos rectores que claramente prohibían conductas vinculadas denominadas: “matrimonio servil”, “servidumbre costumbrista” o “turismo sexual” de acuerdo con las encuestas realizadas y sobretodo el análisis de las entrevistas a expertos se concluye en forma clara que la mayoría de los profesionales coinciden que el Art. 281 bis del C.P. que establece el tipo penal de “trata de seres humanos”, viola el debido proceso y en su vertiente de violación al principio de legalidad, porque no establece de manera clara (Principio de lex certa) la prohibición respecto a las conductas referidas (“servidumbre costumbrista”, “matrimonio servil” o “turismo sexual”) al haberse omitido establecer los verbos rectores que determinen la prohibición del desarrollo de conductas a evitar las mismas, en consecuencia existe evidente violación al Principio de legalidad en su vertiente de violación a lex certa, al haberse omitido los verbos rectores de cada una de estas circunstancias inmersas en la ley Art. 281 bis del C.P. esta violación al debido proceso que emerge de la falta de claridad en el tipo penal impide que un ciudadano común comprenda la prohibición que dimana de la norma a efectos de una verdadera protección a los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal inmerso en el Art. 281 bis del C.P.

4.2 CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS

En el presente trabajo de investigación se analizó en detalle el Art. 281 bis del Código Penal, con relación al delito de trata de seres humanos desde el orden de la Teoría del Delito, puse como objetivo principal establecer que la redacción del delito de Trata de Personas (Art. 281 bis. del C.P.) en Bolivia viola el derecho al debido proceso en su componente de violación al Principio de legalidad, este objetivo fue plenamente logrado puesto que de acuerdo con el análisis teórico y a

la contrastación de los estándares mínimos respecto que el debido proceso en su componente de aplicación del Principio de legalidad , sub principio de “lex certa” indudablemente que las finalidades establecidas en dicha norma de “matrimonio servil” , “servidumbre costumbre” , o “turismo sexual” , cuyas definiciones de acuerdo al enfoque del derecho internacional se tiene referencia; en el marco de la prohibición adolece de claridad en su redacción infringiendo el derecho al debido proceso .

Respecto al logro de los objetivos específicos en el presente trabajo de investigación se ha logrado establecer los antecedentes históricos del delito de Trata de Personas, así como los elementos objetivos y subjetivos del Tipo Penal de Trata de Personas (Art. 281 bis del C.P.). De la misma manera se ha logrado analizar el delito de Trata de personas en el Derecho comparado

Finalmente se ha consultado a expertos del medio respecto a establecer su opinión sobre la temática planteada.

Es así que se ha efectuado el estudio del Derecho Comparado realizando un análisis de los siguientes países: Venezuela.

COLOMBIA, ESPAÑA y URUGUAY realizando el análisis respectivo de cada uno de estos países que norman el delito de “TRATA DE SERES HUMANOS”, habiéndose cumplido el objetivo propuesto.

Finalmente, respecto a la evidente existencia de violación al principio de legalidad la tipificación actual del delito de “Trata de seres humanos” a consecuencia de la reforma existente en vigencia de la Ley 263 el trabajo de investigación realiza el estudio de violación al principio de legalidad desde el orden constitucional y el análisis del Principio Constitucional del derecho a la igualdad de trato. Estudio que demuestra el cumplimiento del objetivo propuesto.

4.3 RECOMENDACIONES

Con el presente trabajo de investigación se pretende establecer ámbitos de discusión respecto a la modificación del Art. 281 bis del C:P., que permita el debate y discusión de la pertinencia de modificación de dicho artículo para la mejor redacción del tipo penal a efectos de impedir violación al derecho al debido proceso en los juicios penales vinculados a este tipo penal, así como impedir la emisión de Sentencias penales ilegales que dé lugar a que se imponga el subjetivismo del tribunal de juicio. El estudio de investigación se recomienda que sea debatido en el legislativo a efectos de un cambio normativo que permita ulteriormente la correcta redacción de la norma Que dé lugar a la aplicación correcta del tipo penal en todos sus incisos.

Como se ha establecido, la incorrecta redacción del legislador, puede dar lugar a la mala interpretación del ciudadano y así su mala interpretación de la ley.

De lo expuesto se propone abrir el debate a la discusión en las Carreras de Derecho, Tribunales de Justicia, Colegios de Abogados, etc. A fin de evitar la vulneración ya que en la actualidad el tipo penal de Trata de personas ya se viene aplicando con la consecuente violación al principio de legalidad penal.

Bibliografía

- Último informe sobre el Tráfico de Personas 2018 del Departamento de Estado de Estados Unidos FUENTE: [.https://www.eldeber.com.bo/62351_trata-y-traffic-de-personas-en-boliviapopa](https://www.eldeber.com.bo/62351_trata-y-traffic-de-personas-en-boliviapopa) FUENTE <https://www.unicef.es/noticia/las-causas-que-originan-el-traffic-de-seres-humanos-no-estan-siendo-tratadas-adecuadamente>
- Informe sobre Tráfico de Seres Humanos en el Sureste de Eu
- Informe sobre Tráfico de Seres Humanos en el Sureste de Europa FUENTE: <https://www.unicef.es/noticia/las-causas-que-originan-el-traffic-de-seres-humanos-no-estan-siendo-tratadas-adecuadamente>
- Defensoría del pueblo, en conmemoración al “Día Mundial contra la Trata”, Informe de sensibilización. FUENTE <https://www.defensoria.gob.bo/documentos/9>
- Informe del Departamento de Estado de Estados Unidos FUENTE: <https://www.paginasiete.bo/seguridad/2018/7/2/bolivia-en-lista-negra-de-traffic-de-personas-tras-anos-en-observacion-185534.html>
- ACNUR el término “trata de blancas” FUENTE: <https://www.monografias.com/docs/Historia-de-la-trata-de-personas-P3CRTLWZMY>
- Denominación de Debido Proceso de Julián Pérez Porto y María Merino. FUENTE: (<https://definicion.de/debido-proceso/>)
- Hans-Heinrich Jescheck, “Tratado de Derecho Penal Parte General”, Editorial COMARES Granada-España 1993. p. 121.
- Beccaria, Cesare, De los delitos y de las Penas, Bogotá, Colombia: Temis, 3ra, 2005, página 74.
- Ángela Castellanos Aranguren, “La trata de personas, mucho más que prostitución” (Aranguren, 2009). Pag 345
- Convención relativa a la esclavitud. Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. Esta convención fue enmendada mediante el protocolo de 1953 y firmada por Bolivia el 6 octubre de 1983, no ha ratificado.

- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (INO, de 2 de diciembre de 1949. Entró en vigor el 25 de julio de 1951 y Bolivia se adhirió en octubre de 1983.
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ratificada por Bolivia el 20 de noviembre de 1989, proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, para la protección y el desarrollo armonioso de los niños y niñas del mundo.
- Convenio 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso 1930. Ratificado por Bolivia el 31 de mayo 2005.
- Convenio 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 Ratificado por Bolivia el 11 junio 1990.
- Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999. Ratificado por Bolivia el 6 julio 2003.
- Convención Interamericana sobre tráfico Internacional de Menores (1994) Aprobada por Bolivia mediante Ley 1725 de 13 de noviembre de 1996.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General, en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer "CONVENCIÓN DE BELEM DO PARA" de 1994 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, del 9 de junio de 1994, en Belem do Para, Brasil, entró en vigor el 5 de marzo de 1995.
- Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Aprobado en 1999, ratificado por Bolivia el año 2002 mediante Ley 2428 del 28 de noviembre de 2002. Entre las peores

formas de trabajo infantil se incluyen todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud como la trata de niños.

- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución Infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Nueva York, 25 de mayo de 2000. Fue firmado por Bolivia el 10 de noviembre del 2001 y ratificado por Ley 2367, el 3 de junio de 2003. Se refiere a "tráfico de niños, niñas y adolescentes" como venta de niños y lo define como "todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución".
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por el Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 (III) de 10 diciembre 1948.
- Estatuto de Roma. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Art. 7 (1) (C) (2) (C) Esclavitud y trata son delitos de lesa humanidad y en su Art. 8 (2) Crimen de Guerra.
- Estatuto de Roma. 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. [https://www.gob.mx > pgr > articulos > conoces-el-protocolo-de-Palermo](https://www.gob.mx/pgr/articulos/conoces-el-protocolo-de-Palermo)
- Jurisprudencia. Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, 1999: párr. 121; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, 2004: párr. 125) y de la irretroactividad o lex previa (Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, 2001: párr. 107; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, 2004: párr. 177; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, 2004: párr. 125; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, 1999: párr. 121).
- Jurisprudencia. TEDH, Caso S.W. contra el Reino Unido, 1995b: pág. 35; Caso C.R. contra el Reino Unido, 1995c: pág. 33; Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, 2001a, pág. 50; Caso K.-H.W contra Alemania,

- 2001b: pár. 45; Caso Korbely contra Hungría, 2008: pár. 70; Caso Kononov contra Letonia, 2010: pár. 185; Caso Vyerentsov contra Ukraine, 2013a, pár. 63; Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina, 2013b: pár. 66, entre otros.
- Harris, O'Boyle, Warbrick et al., 2009: 334, nota al pie 32; véase también TEDH, Caso G. contra Francia, 1995.
 - Jurisprudencia. Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania (TEDH, 2001a: párr. 50) y K.-H. W contra Alemania (TEDH, 2001b: párr. 45).
 - Jurisprudencia del TEDH (Huerta Tocildo, 2009: 518)
 - Jurisprudencia. TEDH, Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, 2001a: pár. 50; Caso K.-H.W contra Alemania, 2001b: pár. 45; Caso Jorgic contra Alemania, 2007, pár. 100; Caso Korbely contra Hungría, 2008, pár. 70).
 - Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y el Instituto Max Plank de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Werle, 2005: 69, nota al pie 112).
 - Ferdinandusse, 2006: 232; Remiro Brotons, 1999: 59- 60 Alemania. Pag. 32.
 - Roxin (1997:172) CLAUS ROXIN DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I FUNDAMENTACION Y ESTRUCTURA DELA TEORIA DEL DELITO EDITORIAL CIVITAS - TRADUCCION Y NOTAS DIEGO MANUEL LUZON PEÑA – MIGUEL DIAZ Y GARCIA CONLLEDO-JAVIER DE VICENTE REMESAL 2008. Pág. 251- 257.
 - Roxin (1997:172) Ob. Cit. Pág. 258- 259.
 - Código Penal de Venezuela COMISION LEGISLATIVA NACIONAL Pág. 57.
 - CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.
ING. HUGO ENRIQUE DEL POZO BARREZUETA DIRECTOR
Editora Nacional 144 páginas. www.registroficial.gob.ec.
1º de julio de 1895. Pag 70- 73.

- Código Penal No. 4573 CODIGO PENAL LIBRO PRIMERO COSTA RICA. Pág. 73.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almagro Nosete y Tome Paula, José: “Institución de Derecho Procesal-Procesal Penal”, 2da. Ed. Trivium, Madrid; 1994.
- Alvarado Velloso, Adolfo: “Recurso de Reposición”. En Revista de Estudios Procesales, Centro de Estudios Procesales, Rosario Argentina, año 1969. Nro: 1.Pg.-27.
- Andia Chávez, Juan: “Repertorio de Jurisprudencia Penal”: Perú; Edt. Grijley.1996.
- Andrés Ibáñez, Perfecto: “El Ministerio Fiscal entre el Viejo y Nuevo Proceso” en AA.VV.: La Reforma del Proceso Penal, Madrid; Edt. Tecnos.1990.
- Ascencio Mellado José María: “Derecho Procesal Penal”, Valencia; 1998.
- Ayan Manuel: “Recursos en Materia Penal”, Argentina, Editorial Cordova;1985.
- Baumann, Jurgén: Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires; Depalma. 1986.
- Bacigalupo: “Teoría y Práctica del Derecho Penal”. Editorial Marcial Pons. Madrid 2009.
- Beling, Ernst: “Derecho Procesal Penal; España, Labor 1945.
- Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo: Eduardo: “El Proceso Penal”, Universidad Extremado de Colombia”, Bogotá; 1995, p 232 – 243.
- Cafferata Norea, José Ignacio: “Introducción al D. P. Penal”: Marcos Lerner Editora Córdoba; 1994 – p. 222.
- Calderón Cuadros, María Pía: “Apelación de Sentencias en el Proceso Penal Abreviado”, Camares, Granada; 1996, pp. 18 – 23.
- Centro de Estudios Judiciales: “La Prueba en el Proceso Penal” (varios autores), Ministerio de Justicia Madrid; 1993.

- Claus Roxin: "Derecho Procesal Penal": Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L.; 25 edición, 2000 – Traducción por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor.
- Comisión Andina de Juristas: "Protección de los Derechos Humanos" Definiciones Operativas-Lima-Perú. EDIAS S.A. 1997.
- Donna Edgardo, Derecho Penal. Parte General. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe Argentina 2008.
- Eugenio Raul Zaffaroni, Derecho Penal Parte General. Editorial Porrúa México 2010.
- Escobar López, Edgar: "Regulación Legal de la Consulta en el Proceso Penal": en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Vol. XIII, Nro. 21 y 22; Medellín 1990, p. 103.
- Fidel Rojas Vargas: "Jurisprudencia Procesal Penal" Tomo II. Ira. Edición 1999. Lima Gaceta Jurídica Editores Perú.
- Suárez Saavedra César. "Crítica al Código Procesal Penal Boliviano". Ed. Kipus. 2004. Cochabamba-Bolivia.
- Suárez Saavedra César "El Rol del Abogado Defensor". Ed. Kipus 2009. Cochabamba-Bolivia.

ANEXOS

ANEXO N° 1

PROPUESTA DE MODIFICACION DEL ART. 281 BIS. DEL CDGO. PENAL

ANTEPROYECTO DE LEY N°

EVO MORALES AYMA PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Por cuanto, la Asamblea Legislativa Plurinacional, ha sancionado la siguiente Ley: LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL, DECRETA:

ARTÍCULO ÚNICO. - (JUSTIFICACION). La presente Ley modifica la redacción del Art. 281 bis del Código Penal, porque la actual redacción del tipo penal de “Trata de Personas” infringe el Principio de Legalidad penal, al adolecer de imprecisión en lo que respecta a los comportamientos de “servidumbre costumbrista”, “matrimonio servil” o “turismo sexual”, por esta razón es que se requiere su inmediata modificación. Habiéndose determinado la omisión de verbos rectores que claramente prohibían conductas vinculadas a las conductas denominadas: “matrimonio servil”, “servidumbre costumbrista” o “turismo sexual”, esta omisión trae como consecuencia, dentro de los procesos penales donde se viene administrando este delito por el Órgano Judicial Boliviano, la violación al derecho al “debido proceso” en su vertiente de violación al principio de legalidad, porque no establece de manera clara (Principio de lex certa) la prohibición respecto a las conductas referidas (“servidumbre costumbrista”, “matrimonio servil” o “turismo sexual”, en consecuencia existe evidente violación al Principio de legalidad dando lugar a falta de claridad en el tipo penal señalado, impidiendo que un ciudadano común comprenda la prohibición que pretende dicha norma penal, lo que justifica su inmediata modificación.

En consecuencia, el Art. 281 bis del Cdgo. Penal se modifica con el siguiente tenor:

Art. 281 bis del Cdgo. Penal.- (“ Trata de Personas”) Se entiende la comisión de este delito a todos los actos de acción u omisión que implican reclutamiento o transporte dentro o entre fronteras de personas, empleando engaños, coerción o fuerza, con el propósito de obtener un beneficio de tipo financiero u

otro de orden material de carácter ilícito, así como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de mujeres, niñas y adolescentes, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza o de otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre hombres, mujeres, niñas, niños o adolescentes, con fines de explotación, tales como prostitución, explotación sexual, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Es dada en la Sala de Sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional...

La misma que refiere que ante la aplicación de dicha norma se puede conceptualizar bajo la teoría del delito.

ANEXO N°2

ENCUESTA

Nombre.....

Fecha.....

ENCUESTA DIRIGIDA A ABOGADOS LITIGANTES:

1.- ¿A su criterio la redacción del tipo penal de “¿Trata de Personas” (Art. 281 bis del C.P.) como formas de comisión de este delito, establecen el “matrimonio servil”, “servidumbre costumbrista” o “turismo sexual” viola el Principio de legalidad?

- a) Desconozco
- b) Es correcta
- c) Viola el Principio de Legalidad

2.-¿Ud. considera que corresponde la modificación a la redacción del tipo penal de Tata de personas (Art. 281 bis del C.P.) a efectos de que sea clara para todos los ciudadanos la prohibición de la norma?

- a) Desconozco
- b) No es razonable.
- d) Es razonable.

3.- ¿Ud. considera prudente que la redacción del Tipo penal de Tata de personas sea modificada a la brevedad posible a efectos de evitar a la violación al derecho al debido proceso en su componente de violación al principio de legalidad?

- a) Desconozco.
- b) No es prudente.
- d) Es prudente.

ANEXO N°3

ENTREVISTA A ESPECIALISTAS DEL TRIBUNAL DEPARTAMENTAL DE JUSTICIA DE CHUQUISACA

ENTREVISTAS REALIZADAS EN FECHA 10 DE OCTUBRE DE 2019:

- Dra. XIMENA LUCIA MENDIZABAL HURTADO, JUEZ TERCERO DE INSTRUCCION EN LO PENAL DE LA CAPITAL SUCRE.
- Dr. JAIME RENE CONDE ANDRADE Juez Primero de Instrucción en lo Penal de la Capital Sucre.
- Dr. RENE SALOMON MANCILLA CESPEDez (EX JUEZ DE TRIBUNAL DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA DEL DISTRITO DE CHUQUISACA
- Dr. CESAR SUAREZ SAAVEDRA, DOCTOR EN DERECHO, EX PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL DEPARTAMENTAL DE JUSTICIA DE CHUQUISACA Y ACTUAL DOCENTE TITULAR DE LA CARRERA DE DERECHO LA UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO XAVIER DE CHUQUISACA