



**EL PRINCIPIO DE NO PENALIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA:
OBSTÁCULOS Y PERSPECTIVAS PARA SU APLICACIÓN EN EL
DERECHO MIGRATORIO INTERNACIONAL¹**

***THE PRINCIPLE OF NON-PUNISHMENT OF VICTIMS OF HUMAN
TRAFFICKING: OBSTACLES AND PROSPECTS FOR ITS
ENFORCEMENT IN INTERNATIONAL MIGRATION LAW***

***O PRINCÍPIO DA NÃO PENALIZAÇÃO DAS VÍTIMAS DO TRÁFICO DE
PESSOAS: OBSTÁCULOS E PERSPECTIVAS PARA SUA APLICAÇÃO
NO DIREITO INTERNACIONAL MIGRATÓRIO***

MARCOS ANDRADE MORENO

Faculdade Acadêmica de Direito, Universidade de Tarapacá, campus Iquique (Ch.).
Doutor em Direito, Universitat Pompeu Fabra (Esp.). ORCID: 0000-0002-2796-207X
Email: mandradem@academicos.uta.cl

JULIANA DIAZ PANTOJA

Académica Facultad de Derecho Universidad de Tarapacá, sede Iquique (Ch.).
Postdoctora Ciencias Sociales, Universidad de O'Higgins (Ch.). Doctora en Derecho,
Universidad de Talca (Ch.). ORCID: 0000-0002-5213-2262. Email:
jsdiazp@academicos.uta.cl

ROBERTO DUFRAIX TAPIA

Académico Facultad de Derecho Universidad de Tarapacá, sede Iquique (Ch.). Doctor
en Derecho, Universidad del País Vasco (Esp.). ORCID: 0000-0001-8411-2568.

JAIRO LUCERO PANTOJA

Académico Facultad de Derecho Universidad de Tarapacá, sede Iquique (Ch.).
Postdoctor en Ciencias Sociales, Universidad de O'Higgins (Ch.). Doctor en Derecho,
Universidad de Talca (Ch.). ORCID: 0000-0001-7656-3641. Email:
jelucerop@academicos.uta.cl

RESUMEN

Objetivo: Este artículo examina los obstáculos en la aplicación del principio de no penalización (PNP) a las víctimas de trata en el derecho migratorio internacional, con

¹ Este artigo faz parte do projeto de iniciação Fondecyt nº 11220308, ano 2022-2025, financiado pela Agência Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento do Chile (ANID)''





ênfasis en las dificultades interpretativas sobre la definición de víctima y el estatus jurídico del PNP en el Protocolo de Palermo.

Método: La investigación utiliza un enfoque dogmático y un análisis crítico de instrumentos jurídicos internacionales, decisiones judiciales clave y doctrinas especializadas en derecho migratorio, complementado por un enfoque de derechos humanos. Se revisan documentos legales internacionales, doctrinas y opiniones de organismos especializados en derechos humanos.

Resultados: El estudio revela una ausencia de consenso sobre el estatus del PNP como principio de derecho internacional, así como divergencias interpretativas en la aplicación del PNP debido a la falta de codificación explícita en el Protocolo sobre trata de personas. Esto genera una criminalización injusta de las víctimas y limita su protección jurídica.

Conclusiones: Es fundamental adoptar un enfoque coherente basado en derechos humanos para mejorar la protección de las víctimas de trata. A pesar del reconocimiento del PNP en algunos instrumentos internacionales, su aplicación enfrenta desafíos debido a la interpretación y a la ausencia de su codificación en tratados clave.

Palabras clave: Principio de no penalización; Derecho migratorio internacional; Trata de personas; Víctimas.

ABSTRACT:

Objective: This article examines the obstacles in the application of the non-punishment principle (PNP) to victims of human trafficking in international migration law, with emphasis on the interpretative difficulties regarding the definition of victim and the legal status of the PNP in the Palermo Protocol.

Methods: The research uses a dogmatic approach and a critical analysis of international legal instruments, key judicial decisions and specialized migration law doctrines, complemented by a human rights approach. International legal documents, doctrines and opinions of specialized human rights bodies are reviewed.

Results: The study reveals an absence of consensus on the status of the PNP as a principle of international law, as well as interpretative divergences in the application of the PNP due to the lack of explicit codification in the Trafficking in Persons Protocol. This generates unfair criminalization of victims and limits their legal protection.

Conclusions: A consistent human rights-based approach is essential to improve the protection of trafficking victims. Despite the recognition of the PNP in some international instruments, its application faces challenges due to interpretation and the absence of its codification in key treaties.

Keywords: Non-criminalization principle; International migration law; Trafficking in persons; Victims.

RESUMO:

Objetivo: Este artigo examina os obstáculos na aplicação do princípio da não penalização (PNP) às vítimas de tráfico na lei de migração internacional, com ênfase nas dificuldades interpretativas relativas à definição de vítima e ao status legal do PNP nos Protocolos de Palermo.





Métodos: A pesquisa utiliza uma abordagem dogmática e uma análise crítica de instrumentos jurídicos internacionais, decisões judiciais importantes e doutrinas especializadas em direito migratório, complementadas por uma abordagem de direitos humanos. São analisados documentos jurídicos internacionais, doutrinas e pareceres de órgãos especializados em direitos humanos.

Resultados: O estudo revela uma ausência de consenso sobre o status do PNP como um princípio do direito internacional, bem como divergências interpretativas na aplicação do PNP devido à falta de codificação explícita no Protocolo sobre Tráfico. Isso resulta em uma criminalização injusta das vítimas e limita sua proteção legal.

Conclusões: Uma abordagem consistente baseada nos direitos humanos é essencial para melhorar a proteção das pessoas traficadas. Apesar do reconhecimento do PNP em alguns instrumentos internacionais, sua implementação enfrenta desafios devido à interpretação e à ausência de sua codificação nos principais tratados.

Palavras-chave: Princípio da não criminalização; Lei de migração internacional; Tráfico de pessoas; Vítimas.

1 INTRODUCTION

El principio de no penalización (PNP) ha emergido como una norma fundamental en el derecho internacional migratorio, especialmente en el contexto de la trata de personas. A pesar de su importancia, el PNP enfrenta numerosas dificultades en su aplicación práctica y reconocimiento jurídico, particularmente en lo que respecta a su implementación para proteger a las víctimas de dicho delito de trata. Este artículo busca identificar y analizar las principales dificultades que impiden el reconocimiento y aplicación efectiva del PNP, con especial atención a los problemas interpretativos derivados del carácter de víctima, la ubicación normativa de los Protocolos de Palermo, y el estatus del PNP como un principio del derecho internacional.

El problema jurídico central que aborda esta investigación radica en la ausencia de una codificación explícita del PNP en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, a diferencia del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, ambos vinculados a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

La metodología empleada en la investigación es de carácter dogmático, centrada en el análisis crítico y sistemático de las normas, principios y doctrinas del derecho internacional aplicables al PNP en el contexto de la trata de personas. La metodología se complementa con un enfoque de derechos humanos, que permite





evaluar la efectividad y la coherencia de la protección jurídica ofrecida a las víctimas de trata a nivel internacional.

Se emplea una técnica de investigación documental, basada en el análisis exhaustivo de instrumentos jurídicos internacionales, revisión de literatura doctrinal, así como informes y documentos emitidos por organismos internacionales de promoción y protección de derechos humanos.

La investigación se estructura en cinco partes. La primera parte examina el contenido básico del PNP. La segunda analiza los problemas interpretativos asociados a la determinación del carácter de víctima en el delito de trata de personas, destacando la discrepancia entre los términos utilizados en los Protocolos de Palermo y sus implicaciones jurídicas. La tercera parte aborda las dificultades derivadas del marco jurídico en el que se sitúan los Protocolos de Palermo y su relación con otros instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos. La cuarta parte se centra en la discusión sobre el reconocimiento del PNP como principio del derecho internacional, considerando su estatus normativo y su ámbito de aplicación. Luego, en el quinto acápite abordamos el enfoque progresivo que el PNP ha consolidado en el derecho internacional de los derechos humanos. Por último, ofreceremos algunas conclusiones.

2 CONTENIDO BÁSICO DEL PNP

Según el Principio 7 de los Principios y Directrices Recomendados sobre derechos humanos y trata de personas (Consejo Económico y Social, 2002), el Principio de No Penalización (PNP) implica que las víctimas de trata de personas no deben ser detenidas, acusadas o procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino, ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de víctimas.

Este contenido básico se desprende de dos elementos presentes en las normas jurídico-internacionales:

En primer lugar, del deber de protección y asistencia a las personas víctimas de trata, con pleno respeto a sus derechos humanos, el que se reconoce explícitamente, entre otros, en los artículos 2, 3 y 6 del *Protocolo para prevenir,*





reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (suscrito en 2000 y en vigor desde 2003).

En segundo lugar, con la genuina condición de “víctima” de las personas víctimas de trata. Este elemento se aprecia en el requisito de explotación establecido en la regulación internacional de este delito, el cual se desprende de la definición de trata, codificada en el artículo 3 de dicho Protocolo, que exige (a) una *acción*, que puede consolidarse en la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; (b) unos *medios*, la amenaza del uso de la fuerza o coacción; y (c) una *finalidad*, la explotación².

En contraste, la estructura del delito de tráfico ilícito de migrantes supone: una *acción*, consistente en la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte; y una *finalidad*, dirigida a obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material (Chetail, 2019). Es decir, los fines *explotadores* no se precisan para configurar el delito de tráfico ilícito de migrantes, a diferencia del delito de trata, aunque pueden estar presentes, pero como condición agravante³.

En este sentido, el tráfico puede ser consentido, en los casos en que no es agravado, vale decir, cuando no se encuentran presentes los fines de explotación, la fuerza, la coacción o el engaño; en cambio, la trata nunca puede ser consentida, ya que siempre contiene un elemento coercitivo: los fines explotadores.

² Dicha estructura se altera cuando se trata de niños víctima de trata, ya que el Protocolo solo exige una acción y una finalidad: “existirá trata cuando el niño haya sido sometido a algún acto, como la captación o el transporte, con el fin de someterlo a explotación” (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2014).

³ Si bien actualmente se sostiene que trata y tráfico son procesos que se interrelacionan y traslapan en la práctica (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2010, pp. 36-37; Gallagher, 2012, p. 51-52), se han reconocido, aunque no de manera pacífica, cinco diferencias sustanciales entre ambos fenómenos delictivos:

- i) El tráfico es consentido (aunque puede contener fines de explotación, fuerza, coacción o engaño, cuando es tráfico agravado, pero no es condición indispensable), en cambio, la trata nunca puede ser consentida, ya que siempre contiene un elemento coercitivo;
- ii) El tráfico concluye con la llegada de las personas traficadas a su destino; la trata, en cambio, supone la explotación posterior de la víctima;
- iii) El tráfico es siempre transnacional; por su parte, la trata puede producirse dentro del territorio de un mismo país;
- iv) El tráfico es un delito contra las fronteras del Estado (busca la protección del sistema migratorio o el control de los flujos migratorios); por su parte, la trata es un delito contra los derechos de las personas;
- v) Bajo los Protocolos de Palermo, la obligación de los Estados de criminalizar el tráfico es más exigente que en el caso de la trata. Esto se advierte, por ejemplo, respecto de la obligación de considerar como circunstancia agravante del tráfico (y no de la trata) toda circunstancia que ponga en peligro la vida de los migrantes afectados o diere lugar a un trato inhumano (artículo 6) (Solana, 2011; Gallagher, 2012; Gallagher y David, 2014; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2014; Rodríguez, 2014; Chetail, 2019; Salinero, 2019; Dufraix, Navarro & Ramos, 2023).





Por ello, el fin de la explotación permite distinguir el delito de trata de personas del delito de tráfico de migrantes, codificado en el *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire* (suscrito en 2000 y en vigor desde 2004), ya que por trata “no solo se entiende el *proceso* por el que se traslada a alguien hacia una situación de explotación, sino que también abarca el *mantenimiento* de esa persona en una situación de explotación” (Naciones Unidas, 2014, p. 4).

La razón subyacente para reconocer y aplicar el PNP a las víctimas de trata se encontraría, entonces, en los fines de explotación, los que se mantienen en el tiempo, y que, de manera inequívoca, permiten calificar como víctima a las personas en situación de trata, calidad que conservan durante todo el tiempo en el que la situación de explotación se mantenga.

Por ello, el contenido básico del PNP supone que los delitos que haya sido obligada a cometer la persona víctima de trata durante todo el tiempo en que dicha situación se mantenga, y que estén directamente conectados con dicha situación, no deberían ser punibles por el Estado parte.

Tomando en cuenta todo lo anterior, cabe preguntarse si el PNP es reconocido normativamente en el Derecho Internacional como un principio aplicable a las víctimas de trata. Sobre esto, existen, esencialmente, dos clases de dificultades que obstaculizan su reconocimiento y aplicación.

En primer lugar, se encuentran las dificultades de carácter interpretativo, que se presentan de manera tripartita: la equiparación de los conceptos de víctima de trata y de objeto de tráfico en los Protocolos de Palermo (¿El PNP se aplica tanto a víctimas de tráfico como de trata?); la calificación jurídica de los Protocolos de Palermo como instrumento internacional (¿Cuál es el marco jurídico internacional donde se deben situar los Protocolos de Palermo); y el estatus del PNP como un principio del Derecho Internacional (¿Es el PNP un principio general del Derecho Internacional?). Estas cuestiones serán abordadas en los capítulos siguientes, donde se analizará cómo estas interpretaciones influyen en la práctica jurídica y en la protección de los derechos de las víctimas.

En segundo lugar, existen dificultades de carácter sustancial que, aunque no son el foco de este artículo, merecen ser destacadas como desafíos pendientes para el desarrollo futuro de la doctrina y la práctica jurídica. Estas dificultades sustanciales incluyen debates sobre el contenido específico del principio, la extensión temporal de la finalidad de explotación y los complejos desafíos que surgen al intentar diferenciar





entre migración irregular, tráfico de migrantes y trata de personas. Estas cuestiones, que exceden el propósito del presente artículo, constituyen una línea de investigación que será explorada en un estudio posterior.

Así, en los siguientes capítulos, nos centraremos en desentrañar las dificultades interpretativas que rodean al PNP y que, al no ser resueltas, continúan limitando su efectividad y su aplicación práctica en el ámbito del derecho internacional migratorio.

3 LA EQUIPARACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE VÍCTIMA DE TRATA Y DE OBJETO DE TRÁFICO EN LOS PROTOCOLOS DE PALERMO

La primera dificultad tiene que ver con que el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas* no codificó el PNP. Este principio fue solo codificado en el *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire* en su artículo 5, el que establece: “Responsabilidad penal de los migrantes. Los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo”.

Esta falta de codificación se produjo a pesar de que ambos Protocolos pertenecen al mismo instrumento internacional, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y que ambos apuntan a prevenir y sancionar flagelos sociales que afectan a toda la comunidad internacional⁴.

Por ello, resulta un auténtico despropósito que el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas* no cuente con una disposición semejante a la del artículo 5 (Chetail, 2019, p. 265), sobre todo si se tiene en cuenta que “las personas víctimas de trata son habitualmente criminalizadas, encarceladas y deportadas por delitos que se relacionan directamente con su condición de víctimas”

⁴ El artículo 3(2) de la Convención contra la delincuencia organizada internacional señala que el delito será de carácter transnacional si: a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.





(Gallagher, 2012, p. 284)⁵. Si el PNP se dirige a proteger a las víctimas, ¿por qué no se codificó en un instrumento donde sí se considera a los migrantes como “víctimas” y, en cambio, se codificó en un instrumento donde los migrantes no son reconocidos como víctimas propiamente tales, sino solo como “objetos” de un delito?⁶

Los términos sistemáticamente empleados en ambos Protocolos dan cuenta de ello. Así, el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas* utiliza consistentemente la expresión “víctima”, mientras que el *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire*, utiliza sistemáticamente la expresión “objetos -de- tráfico” para referirse a las personas migrantes.

Una explicación posible se encuentra en los *Travaux préparatoires* de los Protocolos de Palermo, donde se da cuenta del debate respecto de la inclusión o no en el Protocolo de trata de una definición de explotación⁷. Finalmente, se decidió no incluir una definición de explotación, concepto clave para configurar el delito de trata, debido al estatus legal de la prostitución en varios Estados parte.

No hubo, y todavía no existe, un consenso internacional sobre el estatus legal de la prostitución, ya que diversas legislaciones la regulan de manera distinta: en algunas es un delito, que pueden cometer quien ejerce la prostitución, quien la solicita o ambos; en otras, no es un delito, sino que es una actividad lícita, con mayor o menor grado de control estatal sobre el ejercicio de la prostitución y los prostíbulos, y en otras no tiene un estatus legal claro, siendo una actividad más o menos tolerada socialmente.

Por ello, los *Travaux préparatoires* dan cuenta de dos posturas enfrentadas: la tesis abolicionista y la tesis regulativa. Mientras la primera consideraba que no correspondía distinguir entre prostitución forzada y voluntaria para efectos de imputar

⁵ Respecto de considerar a los migrantes traficados como víctimas, en los *Travaux Préparatoires* se señala: “[h]ubo consenso en que los migrantes eran víctimas y, por tanto, no debían ser criminalizados. Sin embargo, también se acordó que no se debería conceder inmunidad total a los inmigrantes” (*Travaux Préparatoires*, 2006, p. 483).

⁶ Lo anterior, justamente termina “disuadiendo a las víctimas a denunciar, situación que aprovechan los tratantes para controlar a las víctimas” (Jovanovic, 2017, p. 42), al mismo tiempo que se fomenta el desconocimiento sobre la verdadera dimensión de este fenómeno (cifra oculta, ya que rara vez los traficantes de personas enfrentan la justicia (Schloenhardt & Markey, 2016; Blizard, 2017; Informe del Relator Especial sobre la Trata de Personas, 2020).

⁷ Sin embargo, precisa Jovanovic (2017), “el Protocolo de Palermo no define el concepto de explotación en sí, ni ofrece ningún criterio que ayude a determinar qué otras prácticas también pueden caer dentro de su ámbito. De hecho, el concepto de explotación nunca ha sido definido en el derecho internacional, por lo que toda la noción de trata de personas, que se basa en él, resulta jurídica y teóricamente superficial” (p. 45).





la trata, la segunda sostenía que solo debía incluirse en el ámbito de aplicación del delito aquellos casos en los que la víctima no hubiera consentido libremente.

Al no alcanzarse un acuerdo, “se decidió plasmar en el Protocolo un concepto amplio de explotación, es decir, que permitiera a los Estados abarcar también los casos de prostitución voluntaria si lo estimaran conveniente de acuerdo con sus respectivas realidades” (Ramos & Dufraix, 2022).

Por ello, la técnica jurídica utilizada para su codificación fue no definir explotación, pero indicar su contenido mínimo. Así, el artículo 3(a) del Protocolo sobre trata de personas señala que: “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”.

La falta de definición de explotación se explica, entonces, debido a los consensos que se necesitaron alcanzar para adoptar y codificar convencionalmente las normas jurídicas internacionales sobre la trata de personas.

Esta necesidad de alcanzar consensos se puede extender al caso del reconocimiento del PNP en el delito de trata: su codificación en el Protocolo sobre trata de personas hubiera significado indirectamente inmiscuirse en un asunto internacionalmente debatido, ya que la aplicación del PNP en el delito de trata habría supuesto tomar partido por la tesis abolicionista, la que se sostiene fundamentalmente en abolir progresivamente la prostitución, castigando al cliente y no a quien la ejerce (Ranea-Triviño, 2021, p. 93; Raymond, 2004, 1157-ss.).

Lo anterior, teniendo en cuenta que la trata de personas nunca puede ser consentida, que la explotación debe incluir mínimamente los fines de explotación sexual, y que la prostitución en el norte y el sur global capta a mujeres extranjeras de países pobres como ocurre en la Unión Europea (Parlamento Europeo, 2023).

Por ello, una interpretación amplificativa del concepto de explotación por parte de los tribunales nacionales de esos países, orientada a proteger a las víctimas, sumado al deber de aplicar el PNP, terminaría difuminando la distinción entre prostitución forzada y voluntaria, ya que se pondría de relieve que muchas prostitutas del norte y sur global son siempre víctimas, debiendo el Estado no solo protegerlas y asistirles, sino que también perseguir a los tratantes que las explotan.

A todas luces, lo anterior significaría una amenaza a la prostitución lícita defendida por la tesis regulativa.





En cualquier caso, la forma en que se determina la calidad de víctima del delito de trata queda entregada al derecho interno de cada Estado parte, como se desprende del artículo 6 del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas* respecto del deber de asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas.

Esto produce un problema substantivo adicional, que tiene que ver con el concepto de víctima, pero esta vez se trata del desfase entre el cuándo y cómo se produce el reconocimiento de esta calidad, que varía enormemente en el derecho interno de cada Estado parte. Esta es, por supuesto, una dificultad de carácter sustancial, la que no será abordada en el presente trabajo.

4 EL MARCO JURÍDICO DONDE SITUAR LOS PROTOCOLOS DE PALERMO

¿Qué lugar le corresponde, dentro del Derecho Internacional Público, a la trata de personas? Hasta el año 2000 no había una definición de trata de personas codificada en el Derecho Internacional, a pesar de su incorporación en varios instrumentos internacionales de larga data (Gallagher, 2000).

La historia de la regulación internacional de la trata de personas se vincula a los esfuerzos de la comunidad internacional por abordar, en la segunda mitad del siglo XIX, dos flagelos sociales cuya ocurrencia se producía a través de los territorios de dos o más Estados: la trata esclavista y la mal llamada “trata de blancas”.

El Derecho Internacional Público clásico buscó regular la responsabilidad internacional por “los daños producidos sobre extranjeros”. Ello, porque bajo el Paradigma Westfaliano, “los extranjeros son dignos de protección como los nacionales, porque ellos personifican a su propio Estado” (Chetail, 2013, p. 227). A este respecto, existía una doble dependencia del individuo: del Estado territorial (del cual era residente) y del Estado personal (del que era nacional).

El problema para determinar este tipo de responsabilidad lo planteaba justamente los casos donde los extranjeros sufrían daños, dándose la paradoja de que, debido a que personificaban a su propio Estado, disfrutaban de medidas de protección más extensas que como ciudadanos de su propio Estado. El epítome de esta situación es la discusión sobre “la naturaleza discrecional de la protección diplomática”, donde se enfrentaba dos posiciones encontradas: el igual trato contra los estándares mínimos de trato (Chetail, 2013, pp. 228-229).





Con el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que transforma el paradigma clásico del Derecho Internacional, se produce una “síntesis normativa entre estas dos concepciones tradicionales del tratamiento concedido a los extranjeros” (Chetail, 2013, p. 230), vale decir, el otorgamiento de un trato igualitario y el reconocimiento de unos estándares mínimos que se debe garantizar respecto de ellos/as. Esto no quiere decir que el tratamiento de las personas extranjeras haya dejado de ser un asunto del Derecho Internacional Público, al revés, “la migración se enmarca en el derecho internacional” (Chetail, 2013, p. 253).

Estos desarrollos son relevantes, ya que ayudan a precisar el marco jurídico donde se produce la regulación internacional sobre la trata de personas, evitando con ello confusiones respecto del estatus del PNP en el Derecho Internacional Público.

Lo anterior es especialmente importante porque, desde el momento en que se codificó la trata de personas, han surgido críticas respecto a la manera en que se realizó dicha codificación. En este sentido, las críticas se han dirigido sobre la manera en que ella se realizó: al igual que en el caso del tráfico de migrantes, mediante un protocolo adicional a la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado (Delincuencia) Transnacional (2000), y no como una convención específica e independiente, como la relevancia y gravedad del fenómeno que regula exigía.

De esta manera, la regulación de la trata y tráfico de migrantes, a través de protocolos adicionales, no solo rompió con el patrón sobre la regulación internacional de la migración en un sentido amplio, sino que, al mismo tiempo, alojó dicha regulación en un marco jurídico internacional distinto: el de la delincuencia transnacional y el crimen organizado, “en marcado contraste con la lógica de protección que prevalece en los otros tratados especializados dedicado a los refugiados y a los trabajadores migrantes” (Chetail, 2019, p. 251), los que pertenecen al derecho internacional de los derechos humanos (Villani & Vieira, 2021, pp. 123-127).

Por otra parte, la trata de personas se erige como un delito internacional grave, una forma de esclavitud contemporánea⁸ y, como tal, las normas que la prohíben incluso son consideradas normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*),

⁸ Gallagher (2012) precisa “[e]l derecho internacional consuetudinario también puede desempeñar un papel importante a la hora de arrojar luz sobre el contenido real de las normas codificadas. Por ejemplo, con frecuencia se ha argumentado que la prohibición internacional de la esclavitud, tal como está codificada en diversos tratados de derechos humanos, se ha ampliado posteriormente (mediante la *opinio juris* y la práctica de los Estados) para incluir manifestaciones contemporáneas de la esclavitud, como la trata. Tal conclusión, si se demuestra, fortalecería significativamente la base jurídica de una prohibición general de la trata” (p. 135).





tanto por la doctrina (Rassam, 2005; Scarpa, 2008; Gallagher, 2000; Bassiouni, 2013), como por las instituciones internacionales (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2002; Organización Internacional del Trabajo, 2014; Parlamento Europeo, 2018; Comisión Interamericana, 2019; Relatora Especial sobre la trata de personas, 2020 y 2021; Relator Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, 2022).

No obstante, la trata de personas no solo puede afectar los derechos humanos de las víctimas, su libertad personal, su integridad física, psíquica o moral, etc., sino que constituye en sí misma una violación a los derechos humanos, ya que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe tanto la servidumbre por deudas como el trabajo forzoso (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2014)⁹, las que se producen como parte del delito de trata de personas¹⁰. Finalmente, existen dos convenciones específicas de derechos humanos que se refieren a la trata: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 6)¹¹ y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 35)¹².

A partir de este crisol normativo internacional, podemos abordar la pregunta sobre el lugar que le corresponde a la regulación sobre la trata de personas dentro del Derecho Internacional Público.

El problema no es el reconocimiento de la trata de personas como parte de las preocupaciones del Derecho Internacional, sino que la forma en que éste ha abordado su regulación: mediante una multiplicidad de instrumentos y fuentes (Lucero, 2021,

⁹ La servidumbre por deudas es una práctica análoga a la esclavitud y se encuentra prohibida por el artículo 1(a) de la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* (1956), por el artículo 8(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe en el mismo artículo el trabajo forzoso, y por el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930 (OIT). Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la trata de personas constituye una violación a la prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados establecida en el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase casos *Rantsev v. Cyprus and Russia* (aplicación 25965/04), sentencia de 7 de enero de 2010; y *L.E. v. Greece* (aplicación No. 71545/12), sentencia de 21 de enero de 2016.

¹⁰ Al mismo tiempo, existen también prácticas relacionadas con la trata: “esclavitud, la servidumbre, la explotación sexual de niños, el matrimonio forzado, las formas serviles de matrimonio, el matrimonio de niños, la prostitución forzada y la explotación de la prostitución” (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2014, p. 6).

¹¹ Señala el artículo: “Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

¹² Señala el artículo: “Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.





pp. 74-81). Estas dudas subsisten y se acrecientan con la forma en que se realizó la codificación de la trata de personas a través del Protocolo de Palermo.

A nuestro juicio, la regulación sobre la trata debe situarse dentro del Derecho Internacional Migratorio¹³, que resulta en el epítome de los derechos humanos de las personas migrantes, y que actúa como un “marco global de análisis” que busca la integralidad, la coherencia y la contextualización para la aplicación (Chetail, 2019, p. 7), de esta multiplicidad de fuentes e instrumentos de Derecho Internacional que regulan el tema.

En otras palabras, este marco global de análisis que configura el Derecho Internacional Migratorio significa “reunir todas las normas internacionales relevantes que se aplican a los individuos que están dejando su país, están entrando a otro y/o permanecen en él” (Chetail, 2019, pp. 7-8). En este sentido, no busca ser otro subcampo de especialización del Derecho Internacional, sino que:

“proveer un marco holístico de análisis que coloca a los migrantes en su centro. Cuando se lo evalúa en su conjunto, el derecho internacional –tal como está consagrado en particular en los tratados de derechos humanos– proporciona el marco legal común que se aplica a todos los migrantes (...) [Este marco se ve subsecuentemente] complementado por regímenes convencionales más especializados que se concentran en categorías específicas de personas, tales como trabajadores migrantes, refugiados, migrantes traficados, y víctimas de trata” (Chetail, 2019, p. 8)¹⁴.

Visto de esta manera, las normas, reglas y principios internacionales, sobre trata de personas y tráfico de migrantes, codificadas por los Protocolos de Palermo, son parte del Derecho Internacional Migratorio y, como tales, deben ser interpretadas y aplicadas de forma integral, coherente y contextualizada, a partir de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y de las demás normas de derecho internacional general.

5 RECONOCIMIENTO DEL PNP COMO PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO INTERNACIONAL

¹³ Chetail (2019) lo define como “el conjunto de reglas y principios internacionales que rigen el movimiento de personas entre Estados y el estatus legal de los migrantes dentro de los países de acogida” (p. 7).

¹⁴ Proponemos el siguiente esquema explicativo, que se encuentra en el Anexo 1.





No hay consenso respecto de si el PNP se ha convertido en un principio general del Derecho Internacional, es decir, en un estándar normativo ampliamente aceptado en el Derecho Internacional (Gallagher, 2000, p. 285; Chetail, 2019, p. 265).

Lo anterior contrasta con lo que los organismos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos consideran. Así, la Relatora Especial sobre la trata de Personas ha señalado lo siguiente: “El principio de no penalización es un principio general de derecho internacional” (Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, 2021).

La idea de que el PNP ha devenido en un principio general del derecho internacional se apoya en las obligaciones específicas de no criminalizar a las víctimas de trata que varios instrumentos internacionales han establecido: artículo 4(2) del Protocolo sobre el Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930 (2014)¹⁵; artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005)¹⁶; artículo 14(7) de la ASEAN Convention Against Trafficking in Persons, Especially Women and Children (2015)¹⁷; y el artículo 8 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de abril de 2011¹⁸.

Teniendo en cuenta lo que se dijo sobre el Derecho Internacional Migratorio, como un marco holístico de análisis, el PNP se encuentra también reconocido en el caso de los solicitantes de refugio, en el artículo 31(1) de la Convención sobre el estatuto de los refugiados (1951)¹⁹, pero solo en cuanto la entrada o presencia ilegal en el país sea un delito.

¹⁵ Señala el artículo: “Cada Miembro, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para garantizar que las autoridades competentes tengan derecho a no procesar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, por su participación en actividades ilícitas que hayan sido obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido sometido a trabajo forzoso u obligatorio”.

¹⁶ Señala el artículo: “Disposición de no sanción. Cada Parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, preverá la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida que se hayan visto obligada a tomar parte de ellas”.

¹⁷ Señala el artículo: “Cada Estado parte, con sujeción a su derecho interno, normas, regulaciones y políticas nacionales, y en los casos apropiados, considerará no responsabilizar penal o administrativamente a las víctimas de trata de personas por actos ilícitos cometidos, si dichos actos están directamente relacionados con los actos de trata”.

¹⁸ Señala el artículo: “No enjuiciamiento o no imposición de penas a la víctima. Los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2”.

¹⁹ Señala el artículo: “Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados





No obstante, en 2021, la Relatora Siobhán Mullally solicitó a los Estados miembros información sobre la implementación del PNP en sus jurisdicciones. De los 33 Estados que informaron, 16 confirmaron el reconocimiento expreso del PNP en su legislación, incluyendo Argentina, Brasil, y México. Por otro lado, 14 Estados indicaron que no tienen un reconocimiento expreso, pero cuentan con normativas que implementan el principio. Solo 3 Estados (Argelia, Catar y Kirguistán) no proporcionaron información (Relatora Especial sobre la Trata de Personas, 2021).

Asimismo, en un informe de 2022 sobre la implementación del PNP en la ASEAN, de los 10 Estados miembros, 7 confirmaron su reconocimiento en la legislación, como Brunéi y Filipinas, mientras que 3, como Camboya y Vietnam, señalaron tener otras normas que aplican el principio (McAdam, 2022).

Por ello, parece al mismo tiempo que no es claro que el PNP en el caso de trata haya devenido en un principio general del derecho internacional, ya que su reconocimiento es todavía parcial en la práctica de los Estados y no se encuentra explícitamente reconocido en Protocolo de trata, única convención de derecho internacional general suscrita a la fecha sobre el tema.

A la luz de estas diferencias de apreciación, respecto del estatus jurídico del PNP como principio general de derecho internacional, conviene precisar primeramente qué son los principios generales del derecho en el Derecho Internacional, de qué tipo de fuente se trata y cuál es la consecuencia de calificarlo de esta manera, es decir, el estatus del PNP dentro del sistema de fuentes del Derecho Internacional.

En el Derecho Internacional se reconoce, por la mayor parte de la doctrina, que el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia indica las fuentes del Derecho Internacional y que, la letra c) de dicho artículo, reconoce explícitamente a estos principios como una fuente principal o primaria de Derecho Internacional (Diez, 1999, p. 119; Crawford, 2019, p. 18).

En otras palabras, estos principios no son medios subsidiarios o auxiliares para determinar el Derecho Internacional, como sí lo son la jurisprudencia y la doctrina científica, sino que son “una fuente autónoma, con independencia de que su contenido se vea también normalmente reflejado en normas consuetudinarias o convencionales” (Diez, 1999, p. 126; Petrova, 2018, p. 110).

sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales”.





Uno de los problemas que aquejan a los principios generales del derecho como fuente del Derecho Internacional es su proveniencia, ya que, a pesar de ser una fuente principal o primaria, “no dependen inmediatamente del consentimiento estatal” (Crawford, 2019, p. 32).

En este sentido, respecto de su concreción, su aplicación en el ordenamiento internacional tiene dos procedencias: a) aquellos que han sido recogidos de los ordenamientos internos, es decir, principios considerados como tales *in foro domestico* que “tienen su origen en una convicción jurídica reflejada en la generalidad de los ordenamientos jurídicos y que tras su constatación y correspondientes adaptación a las características del Derecho Internacional son reconocidos como tales en la categoría de principios internacionales”; b) aquellos que son principios generales *propriamente internacionales*, que “tiene un origen diverso [...] pero son esencialmente producto de la acción conjugada del juez internacional y de la diplomacia normativa de los Estados” (Diez, 1999, p. 126), de gran abstracción y generalidad.

Por ello, para evaluar la afirmación de que el PNP es un principio general del Derecho Internacional, como sostiene la Relatora Mullally, debe verse a la luz de la distinción indicada, razón por la cual, como vimos, el PNP, como principio general proveniente del foro doméstico, tendría un reconocimiento parcial, que no permitiría sostener la generalidad requerida para ser considerado un principio general del Derecho Internacional.

Lo anterior se ve reforzado por lo indicado anteriormente por la Relatora Giammarinaro en 2020, que recomendó a los Estados “que introduzcan una disposición jurídica específica y sencilla sobre la no sanción en su legislación interna” (Relatora Especial sobre la Trata de Personas, 2020, §28), cuyo objetivo “preciso y crucial es garantizar a las víctimas de la trata la protección a la que tienen derecho legalmente, al mismo tiempo que se previene la reincidencia y se castiga a los autores, en pleno cumplimiento de los objetivos establecidos en el Preámbulo del Protocolo de Palermo” (Relatora Especial sobre la Trata de Personas, 2020, §7)

Por otro lado, pudiera considerarse la afirmación de que el PNP es un principio general del Derecho Internacional, vale decir, como un principio propiamente internacional, en cuyo caso, la práctica internacional, expresada en su reconocimiento focalizado en Europa o en algunos países de Asia, como muestran los instrumentos internacionales que explícitamente lo han adoptado en materia de trata y la escasa jurisprudencia existente, conjugan contra su generalidad.





Ahor bien, podría sostenerse que el PNP, como principio de derecho internacional, a pesar de no ser general, podría tener la forma de *soft law*, ya que si bien se reconocen en algunos instrumentos internacionales, su forma de adopción no sugiere que haya sido “reconocido como vinculantes según el derecho internacional”, a diferencia de lo que ocurre con las normas de *hard law*, donde los textos se adoptaron “en una forma que sugiere la existencia de una obligación jurídica” (Pronto, 2015, p. 942).

En este sentido, se ha sostenido la relación de los principios generales del derecho y de las normas de *soft law* como derecho no-consensual. Esto supone caracterizar las fuentes de *hard law* como consensuales y las de *soft law*, como no-consensuales, lo que resulta complejo, debido a la denominada paradoja del consentimiento en el Derecho Internacional: el consentimiento explica el origen de las convenciones y costumbres, pero, al mismo tiempo, dicho consentimiento “simplemente no permite realizar una descripción sensata de lo que son las disputas jurídicas” en materia internacional (Elias & Lim, 1997, p. 18). Ellas pueden ser disputas empíricas, “sobre las circunstancias que indican las condiciones de creación o existencia de reglas u obligaciones”, y teóricas, “sobre qué son dichas condiciones” (Elias & Lim, 1997, p. 11).

Esta paradoja se aplica también a los principios generales del derecho (Elias & Lim, 1997, p. 30). Por ende, al colapsar la noción de consentimiento y no-consentimiento, como criterio para identificar las normas de Derecho Internacional, colapsa también la distinción entre *hard law* y *soft law*.

Otro problema que aqueja a los principios generales del derecho es su contenido. A este respecto se han considerado como: a) “principios fundamentales o estructurales del sistema jurídico internacional”; b) “principios rectores para la adopción de normas internacionales”; c) “un ‘marco jurídico general’ de las demás normas internacionales”; d) “principios que permiten la resolución de los conflictos que surgen entre las distintas normas internacionales”; y e) “principios interpretativos que los tribunales internacionales utilizan para aclarar el significado de las normas internacionales o para escoger su interpretación más idónea entre las varias posibles” (Petrova, 2018, pp. 167-169).

Respecto del PNP como principio general del derecho, nos parece que el sentido a) queda descartado, porque a esta categoría se reduce a los principios más relevantes del Derecho Internacional Público, como por ejemplo el de no intervención.





Asimismo, también se descarta b), teniendo en cuenta que no fue considerado a la hora de la codificación de las normas internacionales sobre la trata de personas. En cambio, nos parece que el PNP como principio general del derecho puede ser adecuadamente representando por los sentidos c), d) y e).

Por ello, la principal consecuencia de calificar al PNP como un principio general de derecho internacional consiste en la reducción de su ámbito de aplicación: sería un principio exclusivamente jurisdiccional.

Todo lo anterior, lleva a afirmar de manera clara que el PNP es un principio general del derecho internacional, a pesar de que existan dudas sobre su generalidad.

6 EL PNP, EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y MÁS ALLÁ

Puede argumentarse también que el PNP pertenecen al ámbito de los derechos humanos. Considerando que dichas normas son el ejemplo paradigmático de normas de *ius cogens* internacional, es decir, principios imperativos de derecho internacional general, entonces se podría defender que el PNP sí es un principio general del derecho internacional, ya que cuenta con reconocimiento tanto en diversas convenciones internacionales como en la costumbre y práctica internacional.

No obstante, se podría también argumentar que los Protocolos de Palermo no son -técnicamente hablando- tratados de derechos humanos, ya que la Convención de la que dependen tiene como su objeto y fin establecer obligaciones recíprocas entre los Estados parte para sancionar y prevenir los delitos transnacionales, siguiendo lo que señala el artículo 31 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados²⁰.

Sin embargo, dado que unas de las obligaciones principales que establece el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas* consiste en proteger y asistir a las víctimas²¹, cabría interpretar este tratado, o al menos estas cláusulas, como propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que los Estados asumirían “varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia

²⁰ Señala el artículo: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

²¹ El contenido de esta obligación incluye: a) Identificación rápida y precisa de la víctima; b) no-penalización o detención de las víctimas; c) protección y asistencia de las víctimas; d) asistencia legal, participación y derecho a permanecer; e) obligaciones especiales respecto de las necesidades de NNA víctimas de trata (Gallagher, 2010).





los individuos bajo su jurisdicción”, en la fórmula que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos²².

En consecuencia, dado que este tratado, o al menos esta cláusula, establece una obligación de derechos humanos, corresponde aplicar las técnicas de interpretación propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: “éstos se interpreten bajo ciertas reglas particulares, que son importantes de conocer para poder realizar una aplicación efectiva de ellos en el ordenamiento nacional” (Nash, 2012, p. 31). Dichas reglas de interpretación son bien conocidas: *pro persona*, *dinámica* e *integral*.

Desde este punto de vista, es innegable entonces que el PNP se aplica, y debe aplicarse, por los Estados parte en el caso del delito de trata, y no tan solo en el delito de tráfico de migrantes, en el ámbito de su derecho interno.

Por otra parte, sin necesidad de calificar como obligaciones de derechos humanos, las obligaciones de proteger y asistir a las víctimas que se encuentran en los Protocolos de Palermo, es posible reconocer implícitamente al PNP en el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas*, a pesar de no haber sido codificado expresamente, apelando a la buena fe y al objeto y fin del propio tratado, como señala la regla de interpretación del artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Lo anterior se ve reforzado si consideramos la definición de tratado que hace dicha Convención en su el Art. 2(a), donde se señala que un tratado puede constar en un instrumento único o “en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, lo que se ve refrendado en las reglas de interpretación de los tratados del Art. 31(1 y 2). En este sentido, interpretar por separado los Protocolos de trata y tráfico sería contradecir las obligaciones que dicha Convención establece.

Para ello, se precisa interpretar extensivamente el artículo 7 de dicho Protocolo, adscribiendo a esta formulación el contenido básico del PNP. Dicho artículo señala: “cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras

²² Precisa la Corte Interamericana: “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Corte IDH OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982).





medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda”.

El contenido básico del PNP se adscribe entonces a la norma del artículo 7 de dicho Protocolo, por interpretación extensiva, considerando el objeto y fin de este instrumento, el que se establece en su artículo 7(b): “Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos”.

En este sentido, recobra importancia lo señalado en las secciones anteriores: la regulación sobre la trata debe situarse dentro del Derecho Internacional Migratorio, el que, como marco global de análisis, cumple también la función de ser un marco de interpretación e integración de las normas jurídico-internacionales.

Por último, en tanto no cabe duda que el PNP es un principio reconocido o reconocible y aplicable al *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas*, ¿cómo y de qué manera se debe aplicar este principio a nivel doméstico?

La respuesta a este cuestionamiento parte de la comprensión en que el PNP es un principio, más allá de su origen y contenido, y por tanto, debe ser entendido funcionalmente como un mandato de optimización (Alexy, 2007, pp. 67-68) dirigido a los Estados, los que deben reconocerlo mediante una disposición jurídica específica y sencilla en su derecho interno.

En este sentido, el PNP establece una obligación internacional *prima facie* (Ródenas, 2015, pp. 18-19), ya que al tener el carácter de principio posee una dimensión de peso, por lo que debe, por tanto, ponderarse con los demás principios que cada Estado reconoce en su jurisdicción interna. Ello supone que puede quedar entregado al margen de apreciación o discreción estatal respecto de su reconocimiento y aplicación, lo que tensiona su carácter de principio general del derecho internacional.

Lo anterior constituye una de las dificultades interpretativas más complejas del PNP para el derecho interno: su coexistencia con otros principios que los Estados también deben tratar de implementar en su mayor grado, como son la seguridad, el orden público, el debido proceso, etc.

Frente a esos otros principios, el PNP tendrá que ponderarse, a fin de que su aplicación llegue a un grado razonable que satisfaga no solo los estándares internacionales que se han ido desarrollando al respecto, sino también las aspiraciones de sus defensores.





7 CONCLUSIONES

El reconocimiento y aplicación efectiva del PNP efectiva enfrentan múltiples dificultades. La ausencia de una codificación explícita del PNP en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas representa una de las principales barreras para proteger adecuadamente a las víctimas.

Las dificultades de carácter interpretativo impiden una aplicación uniforme del PNP. La falta de claridad respecto al carácter de víctima en los casos de trata de personas, la ubicación jurídica de los Protocolos de Palermo en el derecho internacional y el estatus del PNP como principio general son cuestiones que generan interpretaciones divergentes y afectan la protección efectiva de las víctimas.

El marco jurídico en el que se sitúan los Protocolos de Palermo, ligados a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, refuerza una perspectiva criminalizadora en lugar de una de derechos humanos. Esta situación limita el reconocimiento del PNP como un principio aplicable a las víctimas de trata, afectando negativamente su implementación práctica.

Aunque algunos instrumentos internacionales de derechos humanos han reconocido el PNP, su estatus como norma de derecho internacional sigue siendo objeto de debate. Esta falta de consenso genera incertidumbre en su aplicación, reduciendo su alcance a un ámbito jurisdiccional limitado y subordinado a otros principios de derecho internacional.

Para avanzar en la aplicación efectiva del PNP, es necesario un enfoque más coherente e integral que reconozca su naturaleza como principio de derechos humanos, devenido de su reconocimiento jurídico en instrumentos, práctica y costumbre internacional. De tal forma, la aplicación interna del PNP pasa por la ponderación con los demás principios contenidos en el ordenamiento jurídico, priorizando la interpretación y cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados de proteger a todas las personas en situación de movilidad, asegurando que las víctimas de trata no sean penalizadas por actos derivados de su explotación.

REFERENCIAS





Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. C. Bernal). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bassiouni, M. Ch. (2014). *Introduction to International Criminal Law*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Blizard, I. (2017). Chapter 636: Catching Those Who Fall, An Affirmative Defense for Human Trafficking Victims. *The University of the Pacific Law Review*, 48(3), 631-646. Available in: <https://scholarlycommons.pacific.edu/uoplawreview/vol48/iss3/15>

Chetail, V. (2013). The Human Rights of Migrants in General International Law: From Minimum Standards to Fundamental Rights. *Georgetown Immigration Law Journal*, 28(1), 225-255.

Chetail, V. (2019). *International Migration Law*. Oxford: Oxford University Press.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019): Resolución 04/19, "Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas", 7 de diciembre de 2019.

Consejo Económico y Social Naciones Unidas (2002). Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Documento E/2002/68/Add.1. Available in: https://www.refworld.org/themes/custom/unhcr_rw/pdf-js/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fwww.refworld.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2F2024-02%2F14085.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982): Opinión Consultiva OC-2/82 "El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", del 24 de septiembre de 1982.

Crawford, J. (2019). *Brownlie's Principles of Public International Law (9th Edition)*. Oxford: Oxford University Press.

Diez de Velasco, M. (1999). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.

Dufraix, R. & Ramos, R. (2022). La "víctima ideal" del delito de trata de personas en el sistema penal chileno. *Política Criminal*, 17(34), 795-818. Available in: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2022/12/Vol17N34A14.pdf>

Dufraix, R., Navarro, R. & Ramos, R. (2023). El delito de tráfico ilícito de migrantes. En *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal N°24*. Santiago de Chile: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, pp. 151-229.

Elias, O. & Lim, Ch. (1997). 'General principles of law', 'soft law' and the identification of International Law. *Netherlands Yearbook of International Law*, 28(1997), 3-49.

Gallagher, A. (2010). *The International Law of Human Trafficking*. Cambridge: Cambridge University Press.





Gallagher, A. y David, F. (2014). *The International Law of migrant smuggling*. New York: Cambridge University Press.

Jovanovic, M. (2017). The Principle of Non-Punishment of Victims of Trafficking in Human Beings: A Quest for Rationale and Practical Guidance. *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, 1(1), 41-76. Available in: <https://doi.org/10.7590/24522775112>

Kirchner, S. & Frese, V. (2015). Slavery Under the European Convention on Human Rights and the Jus cogens Prohibition of Human trafficking. *The Denning Law Journal*, 27, 130-145.

Lucero, J. (2021). El juez multinivel y la transversalidad de garantías. Un acercamiento a los escenarios fácticos en América y Europa. *Opinión Jurídica*, 20(41), 71-99.

McAdam, Marika (2022). Implementation of the Non-Punishment Principle for Victims of Human Trafficking in ASEAN Member States. Available in: <https://www.aseanact.org/resources/non-punishment-study/>

Naciones Unidas (2006): Travaux Préparatoires (of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto). Available in: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60074_ebook-e.pdf

Nash, C. (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: Recepción y Aplicación en el ámbito interno*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas (2002): Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Available in: <https://digitallibrary.un.org/record/478074?ln=es&v=pdf>

Parlamento Europeo (, 2018). Contemporary forms of slavery. (Estudio, a cargo de S. Scarpa), Directorate-General for External Policies of the Union (S. Scarpa). Available in: <https://doi.org/DOI:10.2861/976594>

Parlamento Europeo (2011). Directiva 2011/36/UE del 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

Parlamento Europeo (2023). Resolución 2022/2139(INI) de 14 de septiembre de 2023, sobre la Regulación de la prostitución en la Unión: repercusiones transfronterizas e impacto en la igualdad de género y los derechos de las mujeres.

Petrova Gerogieva, V. (2018). *Los principios comunes a los tribunales internacionales*. México D.F.: UNAM.





Piotrowicz, R. & Sorrentino, L. (2016). Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle. *Human Rights Law Review*, 0, 1–31. Available in: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw028>

Pronto, A. (2015). Understanding the Hard/Soft Distinction in International Law *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48(4), 941-956.

Ranea-Triviño, B. (2021): "Una mirada crítica al abordaje de la prostitución: reflexiones sobre la abolición". *Gaceta Sanitaria* 35(1), 93-94.

Rassam, A. (2005). International Law and Contemporary Forms of Slavery: An Economic and Social Rights-Based Approach. *Penn State International Law Review*, 23(4), 809-855. Available in: <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol23/iss4/15>

Raymond, J. (2004). Prostitution on demand: Legalizing the buyers as sexual consumers. *Violence Against women*, 10(10), 1156-1186.

Relator Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud (Tomoya Obokata), Naciones Unidas (2022): El papel de los grupos delictivos organizados en las formas contemporáneas de la esclavitud (Documento A/76/170). Available in: <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a76170-role-organized-criminal-groups-regard-contemporary-forms-slavery>

Relatora Especial sobre la Trata de Personas (Maria Grazia Giammarinaro), Naciones Unidas (2020): The importance of implementing the non-punishment provision: the obligation to protect victims. Available in: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-trafficking-in-persons/importance-implementing-non-punishment-provision-obligation-protect-victims>

Relatora Especial sobre la Trata de Personas (Siobhán Mullally), Naciones Unidas (2021): Aplicación del principio de no penalización (Documento A/HRC/47/34). Available in: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc4734-report-implementation-non-punishment-principle>

Ródenas, A. (2015). Normas regulativas: principios y reglas. En D. González (ed.), *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 15-25.

Rodríguez, P. (2014). *Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)*. Available in: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791.pdf?view=1>

Salinero, S. (2019). El delito de tráfico de migrantes. Un análisis comparado a los tipos penales español y chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 51(155), 1015-1045.

Scarpa, S. (2008). *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*. Oxford: Oxford University Press.





Schloenhardt, A. & Markey, R. (2016). Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons — Principles, Promises, and Perspectives. *Groningen Journal of International Law*, 4(1), 10-38.

Solana, J. (2011). La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico. En F. García & N. Kressova (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada: Instituto de Migraciones, pp. 915-923.

The Inter-Agency Coordination Group against Trafficking in Persons (ICAT) (2020): Non-Punishment of Victims of Trafficking. Available in: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/ICAT/19-10800_ICAT_Issue_Brief_8_Ebook.pdf

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010). Caso Rantsev v. Cyprus and Russia (aplicación 25965/04), sentencia de 7 de enero de 2010. Available in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-96549%22%5D%7D>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016). Caso L.E. v. Greece (aplicación No. 71545/12), sentencia de 21 de enero de 2016. Available in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-11012%22%5D%7D>

Villani, V. & Vieira, E. (2021). Refugees as an important item for the development of the international human rights and business agenda. *Relações Internacionais do Mundo Atual*, 30(1), 120-137.

ANEXO 1

