

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

El principio (regla) de no penalización de víctimas de trata de personas en Chile. Una aproximación a su concepto y a sus desafíos político-criminales

The non-punishment principle (rule) of victims of human trafficking in Chile. A conceptual approach and its criminal policy challenges

Roberto Navarro-Dolmestch 

Roberto Dufraix-Tapia 

Universidad de Tarapacá, Chile

RESUMEN

En este trabajo se sostiene la hipótesis de que la solución de no perseguir criminalmente o de no responsabilizar a las víctimas de tráfico por los delitos que fueran obligadas a cometer en ese contexto es una obligación que emana del deber específico de proteger a esas víctimas y del general de garantizar la vigencia de los derechos humanos. Sobre esa base, el artículo defiende la aplicación directa de esta solución, aun cuando el ordenamiento jurídico interno o supranacional carece de una norma expresa en ese sentido, como es el caso del derecho chileno.

PALABRAS CLAVE

Tráfico de migrantes • principio de no punición • víctima de tráfico.

ABSTRACT

This paper argues that the decision not to prosecute or hold victims of human trafficking criminally liable for offenses committed under compulsion in that context is an obligation arising from the specific duty to protect these victims and from the broader duty to guarantee the effective enjoyment of individuals' fundamental rights. As a result, the article argues that this solution should be applied directly. This is notwithstanding the absence of explicit rules to that effect in the domestic or supranational legal framework, as it is in the Chilean legal system.

KEY WORDS

Human trafficking • non-punishment principle • human trafficking's victim.

I. INTRODUCCIÓN

Múltiples reportes internacionales han documentado que las víctimas de trata de personas pueden verse compelidas a ejecutar actividades ilícitas de diversa gravedad. En este marco, se han reportado casos que van desde infracciones de policía —como la mendicidad— hasta delitos de diversa naturaleza y gravedad¹, como cuando son obligadas a utilizar documentación de identificación o migratoria falsa, o bien a cometer robos o a traficar drogas o armas. En este contexto, la literatura ha precisado que la persecución penal de los delitos cometidos por la víctima de trata produce un efecto de doble victimización que va más allá de la sufrida por la circunstancia de haber sido tratada. En efecto, junto con ser víctima de trata y compelida a realizar una actividad ilícita, su no reconocimiento como tal por el sistema penal no solo la privará de acceder al sistema de protección que cada ordenamiento contempla (visas especiales, asistencia psicológica y social, entre otras ayudas), sino que además deberá enfrentar el juzgamiento y la condena por una conducta que debió llevar a cabo como consecuencia de prácticas explotadoras propias del fenómeno delictivo.

Para enfrentar este problema, en el derecho internacional y comparado se ha incorporado una herramienta que, bajo la denominación de «principio de no penalización» o de «no punición», prescribe que la víctima del delito de trata no puede ser perseguida ni sancionada por las actividades ilícitas que realizó en el contexto de dicho delito. El principio de no penalización se inserta así en el abordaje del fenómeno criminal de la trata de personas con un enfoque centrado en derechos humanos y su objetivo es hacer efectiva la obligación de los Estados de proteger a las víctimas de trata expresamente dispuesta en el Protocolo de Palermo.

En Chile, este principio aún no tiene un reconocimiento expreso en la normativa antitrata. No obstante, existen algunos antecedentes positivos que permiten advertir que el principio de no penalización debería aplicarse. Un ejemplo de ellos es el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930 de la Organización Internacional del Trabajo².

A partir de lo anterior, este artículo busca determinar si el principio de no penalización de víctimas de trata puede encontrar cabida en Chile, una tarea que no ha sido abordada por la dogmática chilena. En particular, el trabajo busca reflexionar en torno a cuál es su sentido y su alcance a la

¹ RODRÍGUEZ-LÓPEZ (2020), pp. 307-310.

² El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo y su protocolo fueron promulgados mediante el Decreto 48 por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el *Diario Oficial*, el 16 de septiembre de 2021.

luz del tipo penal de trata de personas dispuesto en el artículo 411 quáter del Código Penal chileno y aspira a sentar las bases conceptuales para su análisis y discusión en el ámbito político-criminal.

Para ello, en primer lugar, se describirán y sistematizarán las actividades ilícitas que puede abarcar el principio de no punición por medio de una tipología de casos construida con base en el tipo penal de trata en vigor en el ordenamiento penal chileno, distinguiendo entre las conductas de ejecución, las verificadas en el contexto del agotamiento (de la trata) y las defensivas. En segundo lugar, se explorará la respuesta adecuada del Estado frente a una conducta ilícita cometida por una víctima de trata y se argumentará a favor de la que se decanta por su no punición debido a su compatibilidad con el respeto de los derechos fundamentales. El apartado siguiente se destina a desarrollar y precisar el argumento de la no punición en tres ámbitos específicos: el de las estrategias para su operativización, el de sus antecedentes positivos en el ordenamiento jurídico chileno y el de su naturaleza jurídica. Finalmente, el artículo concluye con una exposición de las bases conceptuales que se deben tener presentes para discutir su articulación y los posibles efectos en el ámbito político-criminal chileno.

II. EL FENÓMENO: TIPOLOGÍA DE CONDUCTAS ILÍCITAS QUE PUEDE ABARCAR EL PRINCIPIO DE NO PUNICIÓN

El supuesto de hecho en torno al cual ha surgido el principio de no punición o de no penalización consiste en la constatación de que las víctimas del delito de trata de seres humanos pueden verse involucradas en actividades ilícitas, tanto en la ejecución como en el agotamiento de dicho delito³. Las variadas situaciones que se pueden presentar en la realidad se diferencian, en lo que aquí interesa, en el tipo de vinculación que puede existir entre el delito de trata y la ejecución del otro delito.

Para lograr una adecuada comprensión del principio de no penalización se necesita caracterizar adecuadamente el fenómeno sobre el que actúa. Esta tarea se aborda proponiendo una tipología de casos que recoja los distintos supuestos en los que la víctima debe ejecutar conductas delictuales. En términos fenomenológicos, no es equivalente la situación de la víctima de trata que debe usar una identidad falsa para sortear controles administrativos a la de quien, en ese contexto, incurre en una conducta ilícita para defenderse de sus tratantes o se ve obligada a traficar sustancias estupefacientes.

³ GALLAGHER (2001), p. 65.

El ensayo de una tipología de casos funcional para fines jurídicos y penales debe partir por identificar las premisas normativas a las que dicha tipología servirá. Tal premisa se refiere a la estructura típica que el delito de trata de personas tiene. En este caso, se utilizará como marco de referencia el tipo de trata previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal chileno⁴ que, en lo sustancial, contiene los mismos elementos que dicho crimen tiene en el derecho comparado.

El legislador chileno decidió construir este tipo penal como un delito de «tendencia interna trascendente»⁵ y, en particular, mutilado en dos actos⁶ o imperfecto en dos actos⁷, al haber incluido en él un elemento subjetivo: la explotación (captar, trasladar, acoger o recibir personas *para que* sean objeto de alguna forma de explotación, según la descripción contenida en el artículo 411 quáter del Código Penal chileno).

En consecuencia, de acuerdo con la estructura del tipo penal en la disposición transcrita, pueden reconocerse dos momentos diferenciados. El primero, que denominaremos «de ejecución», es el comprendido entre el principio de ejecución de la trata y su consumación, y es aquel en el que se verifican uno o más de sus verbos rectores y uno o más de los modos de comisión. El segundo momento, posterior a la consumación y que denominaremos «de agotamiento», es aquel en el que se materializa o concreta la explotación propiamente tal. Por eso, estimamos acertado referirse al

⁴ Cuyo tenor literal es: «Artículo 411 quáter. *El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a esta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*

»*Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*

»*El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito.*

⁵ CÁRDENAS ARAVENA (2013), p. 156.

⁶ RODRÍGUEZ-LÓPEZ (2022), p. 130.

⁷ POLITOFF LIFSCHITZ (2008), p. 108. Otra opinión en MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2021), p. 253, para quienes la trata de personas es un delito de tendencia.

fenómeno de la trata como el «proceso de trata»⁸ para recoger dentro de esa expresión los dos momentos diferenciados a causa de la inclusión en el tipo penal de la explotación como un elemento subjetivo.

La responsabilidad penal del sujeto activo de la trata varía en ambos momentos. Mientras en el primero (de ejecución de la trata) el sujeto responde por esas conductas constitutivas de trata, en el segundo (de agotamiento) responderá por los delitos que la propia explotación significa —si están prohibidos penalmente, como en el caso de que la esclavitud sea constitutiva de un delito— o por los delitos que la víctima sea compelida a ejecutar en ese contexto.

En el seno de organismos internacionales surgió una primera distinción que pretende describir el fenómeno de la criminalidad de la víctima de trata. En su informe de 2010, el Grupo de Trabajo sobre Trata de Personas de Naciones Unidas planteó la distinción entre delitos de coacción y de causalidad, con miras a identificar uno o más fundamentos para la no punición de la víctima de esas conductas⁹. Esta tipología fue seguida por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), que declaró que, para una adecuada aplicación del principio, la no punición debía alcanzar tanto a los delitos que las víctimas de trata cometan en el proceso de ser tales (delitos basados en la causalidad), como a los no relacionados con el acto de trata, pero que, como víctimas de tal delito, cometen por carecer de autonomía (delitos basados en coacción)¹⁰.

La doctrina también se ha dado a la labor de construir una tipología de casos. Schloenhardt y Markey-Towler propusieron distinguir tres categorías de actividades ilícitas que las víctimas pueden realizar en el marco de la trata de personas. La primera, relativa a los «delitos de estatus» o «por condición» (*status offences*), hace referencia a aquellos ilícitos que ejecutan las víctimas como «consecuencia directa de su condición en el lugar al que han sido traficadas o a través del cual han sido trasladadas»¹¹. Tal como indican los autores, estos ilícitos son especialmente relevantes en el caso de la trata externa, particularmente en relación con la infracción de controles migratorios. La segunda es la de los «delitos consecuentes» o «derivados» (*consequential offences*). En esta categoría quedan incluidas las conductas típicas ejecutadas por la víctima bajo supuestos de violencia, abuso de una situación de vulnerabilidad, coacción o engaño en el marco del delito de trata, es decir, como una «consecuencia directa de la situación de las

⁸ VILLACAMPA ESTIARTE y TORRES ROSEL (2020), p. 734.

⁹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA TRATA DE PERSONAS (2010), § 104.

¹⁰ OSCE (2013), § 50.

¹¹ SCHLOENHARDT y MARKEY-TOWLER (2016), p. 13.

víctimas de trata»¹². La tercera categoría es la de los «delitos de liberación» (*liberation offences*), que reúne aquellos ejecutados por la víctima de trata con el fin de liberarse de la situación de trata en la que se encuentra¹³.

Estas distinciones tienen un innegable valor descriptivo, pero necesitan ser adecuadas a la comprensión continental del derecho penal. Tomando como punto de partida esos aportes, pero considerando la legislación chilena, proponemos una tipología que distingue tres categorías de conductas delictuales en las que la víctima de trata de personas se ve comprometida: i) conductas de comisión; ii) conductas de agotamiento; y iii) conductas defensivas.

1. Conductas de comisión

Esta primera categoría está integrada por aquellas conductas que revisan el carácter de delito en las que incurre la víctima de trata y que son funcionalmente necesarias para la verificación del principio de ejecución o la consumación del delito de trata. En esta primera tipología quedan comprendidos comportamientos que ejecuta la víctima de trata que hacen posible su propia captación, traslado, acogimiento o recibimiento.

Este sería el caso de aquella víctima a quien se le suministra un documento de identidad de otra persona para ser utilizado en el registro de un hotel o pensión o para sortear controles policiales. Como la identidad de la que da cuenta el documento pertenece efectivamente a otra persona, su uso con fines de identificación calza con el tipo de usurpación de identidad previsto en el artículo 214 del Código Penal chileno. El uso de un documento de identidad falsificado con los mismos fines, por su parte, verificaría el tipo del artículo 196 del Código Penal chileno.

En esta categoría también quedan comprendidos los comportamientos de la víctima que permitan la ejecución de la trata de otras personas, como el caso en el que aquella se vea compelida a acoger o recibir a otras víctimas. Lo mismo puede decirse para la captación o el traslado de otras víctimas. En definitiva, estas son las conductas que, por decisión del sujeto activo de la trata, la víctima debe ejecutar para permitir la realización de la captación, del traslado, de la acogida o del recibimiento de la persona tratada o la verificación de alguno de los modos de comisión que prevé la ley para la trata de personas.

En las conductas de comisión se produce el mismo tipo de relación de funcionalidad que a la que se refiere el artículo 75 del Código Penal

¹² SCHLOENHARDT y MARKEY-TOWLER (2016), p. 14.

¹³ SCHLOENHARDT y MARKEY-TOWLER (2016), p. 15.

chileno¹⁴ cuando regula el concurso medial¹⁵ o ideal impropio¹⁶, esto es, que la conducta que ejecuta la víctima y que verifica un tipo penal es, en el caso concreto, el medio necesario para que se verifique el de trata de seres humanos.

Debe recordarse que en el caso del tipo de trata el legislador no solo ha incluido verbos rectores, sino también modos de comisión específicos. Por eso, podemos distinguir entre conductas de comisión directas o indirectas. Las conductas de comisión directas son aquellas que consisten en actuaciones de la víctima que verifican un tipo penal y que están destinadas directamente a posibilitar la verificación de uno o más de los verbos rectores que, como se lee en el artículo 411 quáter del Código Penal chileno, son captar, trasladar, acoger o recibir personas en situación de trata. De esta forma, por ejemplo, cuando la víctima es puesta en la situación de usurpar una identidad ajena para sortear controles administrativos que permitan su desplazamiento, la conducta de usurpación de identidad es funcional a uno de los verbos rectores («trasladar»). Si con su conducta la víctima «contribuye» a verificar verbos rectores respecto del delito del que ella misma es objeto, su comportamiento lo denominaremos «conducta de comisión directa propia». Si, en cambio, lo es para verificar un verbo rector respecto de un delito de trata que tiene como víctima a un tercero, la denominaremos «conducta de comisión directa impropia».

Las «conductas de comisión indirectas», por su parte, son aquellas acciones u omisiones ejecutadas por la víctima que implican la verificación de alguno de los modos de comisión de trata que ha previsto la ley, como en el caso de que la víctima sea forzada a engañar a una persona con el fin de que ejerza forzadamente la prostitución. Por referirse a los modos de comisión, las conductas de comisión indirectas requerirán siempre dos delitos de trata: uno que recae sobre la víctima que ejecuta la conducta y otro delito de trata, pero que recae sobre una tercera persona.

2. *Conductas en el contexto del agotamiento*

Esta segunda categoría se integra por las conductas punibles que la víctima ha sido llevada a ejecutar en virtud de la finalidad de explotación que el sujeto activo de la trata de personas haya tenido cuando realizó la conducta

¹⁴ Cuyo tenor literal es: «Artículo 75. La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos solo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave».

¹⁵ NAVAS MONDACA (2024), p. 430.

¹⁶ MATUS ACUÑA (2002), p. 400.

típica. En consecuencia, esos delitos son los ejecutados por la víctima de trata en el contexto del agotamiento de ese delito.

La definición categorial antes esbozada requiere un breve inciso, de acuerdo con el cual la categoría parte de la premisa de que el legislador construyó el delito de trata de personas como uno de resultado mutilado¹⁷. En consecuencia, la verificación material de la explotación se ubica —desde una perspectiva lógico-temporal— después de la consumación del delito de trata y, por ello, los delitos cometidos en virtud de la explotación son ejecutados en el contexto del agotamiento de la trata.

La verificación de las distintas formas típicas de explotación puede significar, en concreto, que la víctima deba realizar conductas ilícitas, tanto infracciones administrativas (como la mendicidad o prostitución callejera, sancionadas por numerosas ordenanzas municipales) como conductas penalmente prohibidas. En consecuencia, las acciones ilícitas —y, dentro de ellas, con especial intensidad las constitutivas de delito— serán actos de agotamiento del delito de trata de personas.

Como ya hemos adelantado, aunque la explotación queda fuera del ámbito típico del delito de trata, sí forma parte del proceso de trata de personas. El contexto fáctico en el que se produce la trata, determinado por uno o más de los modos de comisión utilizados por el sujeto activo de dicho delito, sigue presente, de modo que sin esas condiciones no podría hablarse de una explotación propiamente tal, sino de un sometimiento voluntario de la víctima a dicho estado. La persistencia del contexto fáctico violento, intimidatorio, coactivo, engañoso o abusivo durante la explotación hace que las conductas ilícitas en las que la víctima deba incurrir en ese periodo también sean alcanzadas por la solución de no punición, especialmente si ellas son constitutivas de delitos penales.

Este análisis debe considerar el tipo penal agravado previsto en el inciso segundo del artículo 411 quáter del Código Penal chileno, en el que el sujeto pasivo de la conducta son niños, niñas o adolescentes. En dicha descripción, el legislador no exige la concurrencia de los modos de comisión que sí requiere para el tipo base del inciso primero. Por consiguiente, cuando el sujeto pasivo es un niño, una niña o un adolescente, la explotación debe ser antecedida solo de la captación, el traslado, la acogida o el recibimiento con el fin de explotar a esa persona o extraerle órganos.

La conceptualización de las conductas de agotamiento requiere distinguir entre dos formas fácticas en las que se pueden presentar. La primera

¹⁷ Véanse CÁRDENAS ARAVENA (2013), p. 156; RODRÍGUEZ-LÓPEZ (2022), p. 130; POLITOFF LIFSHCITZ (2008), p. 108. Otra opinión en MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN (2021), p. 253, para quienes la trata de personas es un delito de tendencia.

se realiza cuando el fin perseguido por el sujeto activo de la trata se verifica o materializa directamente en la persona objeto de trata, como cuando la persona es captada —bajo engaño, por ejemplo— para extraerle alguno de sus órganos, someterla a actividades de comercio sexual o imponerle un régimen de ejecución de trabajos forzados. En este primer supuesto solo aparece como relevante el propio sujeto activo de la trata y, a su respecto, surge la pregunta por un concurso de delitos, régimen en el que el sujeto activo de trata podría responder.

La segunda distinción consiste en que la ejecución material de la explotación involucre a otras personas, respecto de quienes la víctima de trata interactúa para el agotamiento de ese delito, concretando la explotación. Si bien algunas de las formas de explotación descritas por la ley para el delito de trata normalmente estarán en la primera distinción de la que se dio cuenta en el párrafo anterior, lo cierto es que ello no es necesariamente así. Por ejemplo, aunque en la finalidad de extracción de órganos lo normal es que sea la misma persona víctima de trata a la que se le extraen los órganos, no puede desconocerse que podría ocurrir que tal víctima intervenga de alguna manera que permita que dicha finalidad se materialice en un tercero. O si en el contexto de la explotación la persona víctima de ese delito es compelida a mantener interacciones sexuales con un niño o niña de menos de catorce años, estaría verificando alguno de los delitos sexuales, como el de violación impropia (artículo 362 del Código Penal chileno), de abusos sexuales impropios (artículo 366 con relación al artículo 366 ter, ambos del Código Penal chileno) o algunas de las formas de estupro (artículo 363 del Código Penal chileno).

A propósito de la categoría de las conductas de agotamiento surge el problema específico de la explotación criminal o criminalidad forzada como una forma determinada de explotación en el delito de trata de personas¹⁸, en la que el «propósito de la explotación adopta una forma que a muchos todavía les resulta difícil de comprender»¹⁹. La criminalidad forzada consiste en que la explotación propia de la trata se concreta en la obligación que se impone a la víctima de involucrarse en actividades:

No solo ilegales o antinormativas —como la mendicidad o el ejercicio de la prostitución allí donde es ilegal—, sino que tengan directamente relevancia penal —cultivo de hachís o marihuana, empleo como mulas

¹⁸ PIOTROWICZ y SORRENTINO (2017), p. 171; RACE PROJECT (2014).

¹⁹ SKRIVANKOVA (2017), p. 116.

llevando droga, delincuencia patrimonial callejera, fraude con tarjetas de crédito, etcétera—²⁰.

Esta forma específica de explotación en la trata de personas es real a nivel fenomenológico²¹, pero no se encuentra descrita expresamente en la ley chilena. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la ausencia de una referencia expresa en la ley chilena a la criminalidad forzada como una forma de explotación hace surgir un problema de interpretación del tipo penal que no es posible abordar con la debida profundidad en este lugar. Reservado este tema para una investigación posterior, provisionalmente adoptaremos la posición de que la criminalidad forzada sí se encuentra prevista, en forma implícita, como una de las maneras de explotación típicamente relevantes de la trata de seres humanos en el derecho chileno, ya que ella puede ser «fácilmente incluida dentro del amplio concepto de servicios forzados»²², en coincidencia con la definición que, al respecto, ha adoptado la Organización Internacional del Trabajo²³.

Para el objeto de este estudio, es importante verificar que la finalidad de criminalidad forzada como forma de explotación implica que la víctima de trata de seres humanos ejecuta conductas que, al menos, desde una perspectiva objetiva, calzan en algún tipo penal. Por ello, la explotación criminal también conduce al problema del tratamiento de los delitos ejecutados por la víctima objeto de trata y que implican la verificación del elemento subjetivo del tipo del delito de trata de seres humanos.

Junto con su tipicidad como forma de explotación a través de servicios forzados²⁴, el fenómeno de la criminalidad forzada en el delito de trata de personas presenta elementos que es necesario atender para la construcción y aplicación de una política criminal verdaderamente democrática. Uno de esos elementos se presenta como una paradoja sobre la visibilidad. Piénsese, por ejemplo, en un caso de trata de personas en el que la finalidad de la explotación es la criminalidad forzada para el tráfico de drogas, particularmente para que transporten drogas de un país a otro. La conducta de llevar consigo sustancias ilegales es tangible y puede ser descubierta más fácilmente que la condición de víctima de trata en la que

²⁰ VILLACAMPA ESTIARTE y TORRES ROSSEL (2020), pp. 731-732.

²¹ DUFRAIX-TAPIA, CONCHA y VARELA (2024).

²² RODRÍGUEZ-LÓPEZ (2020), p. 305.

²³ SKRIVANKOVA (2017), p. 116.

²⁴ Aunque el tenor de la ley no contiene alguna referencia a la explotación criminal como forma de explotación, estimamos que sí es típica porque puede considerarse comprendida dentro de la hipótesis de servicios forzados prevista en el artículo 411 quáter del Código Penal chileno. Al respecto, véase NAVARRO-DOLMESTCH y DUFRAIX-TAPIA (2025).

se encuentra quien las porta. La víctima de trata es el sujeto visible en la operación de tráfico²⁵, mientras que el sujeto activo de la trata (y «hombre de detrás» del tráfico de drogas) es quien abulta su cifra oculta y asegura su impunidad. De hecho, las dificultades para una adecuada y oportuna identificación de una persona como una víctima de trata —y, en consecuencia, las dificultades para el descubrimiento del delito de trata de personas— es un aspecto que ha generado la atención de la dogmática²⁶.

El problema de la falta de identificación de la víctima —y su contracara, el descubrimiento del propio delito de trata de personas— se profundiza si se agregan otros sesgos que, en la práctica, interfieren en la identificación y el descubrimiento, como los de género²⁷ o el accionar de acuerdo con estereotipos sobre la víctima ideal²⁸. Estas constataciones muestran lo injusto que puede llegar a ser conformarse con la persecución y condena de la víctima de trata: esa persona no solo ha debido soportar ser tratada, sino que, además, debe asumir la responsabilidad por el otro delito. En ambos casos, sus derechos son vulnerados: por el tratante, en el caso de la trata, y por Estado, en el de la persecución del otro delito.

3. *Conductas defensivas*

La tercera categoría relevante para la descripción del principio de no punición es la aquí denominada «delitos defensivos». Esta categoría, similar a la de los *liberation offences* antes citada, comprende todos aquellos delitos que la víctima objeto de trata ejecute para poner término a dicho delito para sí o para terceros, ya sea defendiéndose de la agresión ilegítima que representa el delito de trata o la explotación posterior a él, o como reacción para apartar de sí el mal que esas instancias representan para la víctima. De acuerdo con el objeto de estudio de este trabajo, se justifica solo una referencia a esta categoría. Es cierto que esta categoría presenta aspectos significativos en lo relacionado con la operatividad de las soluciones que se exponen en el apartado siguiente, pero esa interesante discusión queda reservada para un trabajo que se encuentra en elaboración.

²⁵ SKRIVANKOVA (2017), p. 116.

²⁶ ALONSO GARCÍA (2020); BLANCO y MARINELLI (2017); FARALDO-CABANA (2017); HEYS y NIEZNA (2024); MARTÍNEZ ESCAMILLA (2024a); QUINTEROS ROJAS, DUFRAIX-TAPIA y RAMOS RODRÍGUEZ (2020); VILLACAMPA ESTIARTE y TORRES ROSSEL (2017) y SALAT (2023).

²⁷ FARALDO-CABANA (2017).

²⁸ DUFRAIX-TAPIA y RAMOS RODRÍGUEZ (2022).

III. EL PROBLEMA Y SUS SOLUCIONES

Como se ha adelantado, el problema que subyace tras la aplicación del principio de no punición dice relación con cuál debería ser la respuesta del Estado frente a las conductas ilícitas ejecutadas por las víctimas de trata. En nuestra opinión, esta respuesta se mueve entre dos posibles soluciones disyuntivas: la de sancionar a las víctimas por los delitos que debieron cometer (solución de punición) o la de optar por su no punición (solución de no punición).

1. La solución de punición

Esta alternativa se fundamenta en la perspectiva positiva de la legalidad penal —muy asentada en nuestra cultura jurídica—, según la cual el Estado tiene un «deber constitucional de castigar» a los culpables haciendo efectivo el derecho penal²⁹. En los sistemas jurídicos continentales, la legalidad penal se ha expresado tanto en el axioma de que solo la ley puede decidir qué conducta es constitutiva de delito, como en una regla de obligatoriedad³⁰ que se pretende que actúe como «garantía de igualdad y seguridad jurídica en cuanto [la acción penal] se ejercitará siempre que la ley así lo determine»³¹. En este contexto, la solución de punición sería, *prima facie*, la procedente: la víctima de trata de personas que verifica un delito debe responder penalmente si en la ejecución de la conducta se reúnen los requisitos previstos para imponerle responsabilidad penal. A fin de cuentas, la presencia física en el territorio de la República es el principal factor de conexión para la vinculación obligatoria a la ley penal chilena —en los términos del artículo 5 del Código Penal chileno—, regla de la que las víctimas del delito de trata no están excluidas.

Desde la lógica del principio de obligatoriedad, unida a la idea de maximizar la efectividad del derecho penal, las conductas defensivas aparecen como las únicas mejores candidatas para ser excluidas de la punición. Para esa categoría de conductas parecería no haber muchos obstáculos para reconocer a la víctima una causa de justificación (como la legítima defensa o un estado de necesidad) o aun una causa de exculpación; pero ello siempre sujeto a un estricto control sobre el cumplimiento de las reglas que configuran esas causas. Las conductas de comisión y de agotamiento, por otro lado, no parecen ser portadoras de alguna buena razón que permita excluirlas del régimen de punibilidad.

²⁹ FLETCHER (1998), pp. 207-208. En el mismo sentido, véase HALLEVY (2010), p. 11.

³⁰ NAVARRO-DOLMESTCH (2022), pp. 243-244.

³¹ ARMENTA DEU (2014), p. 31.

Aunque la solución de punición aparece como una alternativa atractiva, tiene defectos que la tornan inadmisible. Y tal inadmisibilidad se fundamenta, a nuestro juicio, en tres niveles. Desde una perspectiva axiológica, la solución de punición se presenta como esencialmente injusta y contraria a valores democráticos y derechos fundamentales. Responsabilizar penalmente a la víctima de trata implica una doble negación de sus derechos: la que sufrió por el hecho de ser víctima de trata, por un lado, y la que verifica el Estado que la sanciona desatendiendo su deber de protección³². Es una situación en la que «el Estado no reconoce que son víctimas de un delito y, en lugar de protegerlas, las trata como violadoras de la ley»³³.

El problema podría plantearse, como lo hacen Schloenhardt y Markey-Towler, sosteniéndose que «el principio de no criminalización debería equilibrar el interés de la justicia con la protección de las víctimas de la trata»³⁴. Se refieren al interés de establecer responsabilidad penal por los delitos cometidos, por un lado, y la protección de las víctimas, por otro. Sin embargo, creemos que el carácter dialéctico de la formulación no es adecuado. Cuando se intenta determinar el tratamiento que debe dispensársele a los delitos cometidos por víctimas de trata de seres humanos en ese contexto delictual, no hay contraposición de intereses. El interés de la justicia, lejos de atribuir responsabilidades penales, debería ser el de la vigencia efectiva de los derechos de las personas. Esto significa adoptar una posición crítica frente al principio de obligatoriedad de la persecución penal, ya que no puede ser entendido en términos absolutos.

El caso de la criminalidad de la víctima de trata de seres humanos es, precisamente, uno de esos puntos en los que la obligatoriedad de la persecución penal debe retroceder. Concurre aquí el mismo sentido jurídico trascendente que aquel por el que consideramos que la «cifra de injusticia» (inocentes condenados) es decididamente intolerable frente a la «cifra de la ineeficiencia» (culpables impunes)³⁵.

En síntesis, la legalidad penal y su derivada regla de obligatoriedad tienen plena justificación cuando actúan como un escudo para la defensa de los derechos de las personas; pero su razón de ser se desdibuja, con

³² Grupo de Expertos en la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, Greta (por sus siglas en inglés: *Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*) (2015), p. 52; (2020), p. 62.

³³ PIOTROWICZ y SORRENTINO (2017), pp. 171 y 179.

³⁴ SCHLOENHARDT y MARKEY-TOWLER (2016), p. 17.

³⁵ FERRAJOLI (2016), p. 210.

la pérdida consecuente de legitimidad, cuando se privilegia su actuación como una espada, siguiendo la metáfora de Fletcher³⁶.

Desde una perspectiva dogmática, estimamos inadmisible la solución de punición porque esa respuesta pugna con las estructuras y categorías de lo que entendemos por delito. En este sentido, las exigencias asociadas con la libertad en el ámbito de la conducta y la culpabilidad como principio constituyen una objeción válida a la solución que se inclina por la punición. De hecho, responsabilizar a la víctima de trata por los delitos que haya ejecutado en ese contexto delictual lleva a un forzamiento de las estructuras de imputación penales de tal magnitud que termina por desdibujarlas. La solución de punición podría significar una alteración de la esencia democrática del derecho penal y aceptarla sin más implicaría una renuncia al derecho penal como una herramienta de resolución de conflictos fundada en el reproche personal y pasaría a ser una de mero disciplinamiento.

Finalmente, desde una perspectiva fenomenológica, vuelve a ser relevante la paradoja de visibilidad ya señalada. Si se opta por responsabilizar a la víctima de trata por los delitos en que haya debido incurrir en ese contexto, se incrementan las probabilidades de impunidad para el sujeto activo de la trata o para quien controla la explotación, con lo cual la solución de punición operaría como un factor criminógeno respecto de la trata misma. Ello genera un efecto político criminal perverso: produce un estímulo para recurrir a la trata como medio para cometer otros delitos, ya que esa forma de actuación criminal reduce ostensiblemente las posibilidades de ser descubierto.

2. *La solución de no punición*

La segunda posible solución al problema es, como se adelantó, la que opta por no punir a la víctima de trata de personas (solución de no punición). En términos generales, esta solución consiste en:

No hacer responder a las víctimas por los delitos u otras conductas antinormativas que han sido obligadas a cometer por los tratantes o en que puedan haber incurrido como consecuencia del padecimiento de una situación de trata³⁷.

³⁶ FLETCHER (1998), p. 208.

³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE (2022), § 1. En el mismo sentido, véase RODRÍGUEZ-LÓPEZ (2024), pp. 321-323.

Este principio se expresa, en el ámbito procesal, en evitar el sometimiento de la víctima a la investigación y al proceso penal³⁸, con los costos y restricciones de derechos que ambas actividades estatales conllevan. Desde la perspectiva del derecho penal material, esto se traduce en que «las víctimas de la trata no serán castigadas por los delitos que cometieron como consecuencia o durante el transcurso de haber sido objeto de trata»³⁹. También, en que «las víctimas de trata de personas no deben ser castigadas por actividades ilegales que fueron obligadas a cometer por sus explotadores»⁴⁰. O, por su parte, en 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»⁴¹.

La solución de no punición no pretende construir una excepción a la regla de obligatoriedad de la ley penal para las víctimas de trata de seres humanos, ni de concederles una autorización general para cometer delitos. Se trata, en cambio, de establecer un principio jurídico que resuelva la paradoja que se produce cuando una víctima de trata es enjuiciada y condenada por las conductas ilícitas que cometió en el contexto del delito de trata⁴². En suma, el propósito es asegurar que el estatus de víctima de la persona objeto de trata prevalezca⁴³. La aplicación de este principio y de la solución que de este emana es una necesidad, no solo por sus fundamentos de «evidente sentido humanitario y de justicia material»⁴⁴, sino porque se configura como una forma efectiva para garantizar los derechos de la víctima de trata de personas y evitar su revictimización⁴⁵.

³⁸ Sobre la distinción entre investigación y proceso penal, véase NAVARRO-DOLMESTCH (2018), pp. 27-28.

³⁹ PIOTROWICZ y SORRENTINO (2017), p. 172.

⁴⁰ Greta, (2016), p. 16.

⁴¹ ANDRADE MORENO *et al.* (2024), p. 179.

⁴² PIOTROWICZ y SORRENTINO (2017), pp. 171-172.

⁴³ JOVANOVIC (2017), p. 45. Por otra parte, como lo ha declarado el Tribunal Supremo español, además de la garantía de los derechos humanos de las víctimas, la solución de no punibilidad pretende «evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores». Véase Tribunal Supremo español, 29 de marzo de 2017, STS 1229/2017, ECLI:ES:TS:2017:1229, fundamento jurídico séptimo; 1935/2020, 14 de mayo de 2020, ECLI:ES:TS:2020:1935, fundamento jurídico tercero; 375/2023, 6 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:375, fundamento jurídico primero.

⁴⁴ ESQUINAS VALVERDE (2023), p. 190.

⁴⁵ Surgen aspectos diferentes del problema según si la solución de no punición está o no expresada en términos formales en el ordenamiento jurídico de que trata. Así, en los ordenamientos que sí la prevén —como es el caso de España, Bolivia (artículo 43 de la Ley 263), Ecuador (artículo 93 del Código Orgánico Integral Penal) o Uruguay (artícu-

No puede desconocerse que el temor a la pérdida de efectividad del control penal puede explicar no solo la reticencia de los legisladores a positivizar la solución de no punición, sino también la de los operadores jurídicos a optar por ella, lo que hace que la adhesión a dicho principio sea compleja y genere resistencias⁴⁶. No por casualidad ni la Convención de Palermo ni su Protocolo complementario sobre el delito de seres

lo 40 de la Ley 19643)—surge el problema de determinar la naturaleza jurídica de la regla. Véanse VILLACAMPA ESTIARTE y TORRES ROSSEL (2016) y VILLACAMPA ESTIARTE (2022). Tal como lo expresa CUERDA ARNAU (2024), p. 16, disquisiciones precisas sobre la materia serían innecesarias, porque lo relevante es «entender que estamos ante una mera causa de exención de la pena aplicable a todas y exclusivamente a las víctimas de trata, que, por lo demás, deja subsistente la responsabilidad penal de los tratantes y de terceras personas en el delito». En el caso de los sistemas jurídicos que no la prevén expresamente, como el chileno, el problema consiste en determinar la forma en que dicho principio podría ser aplicado, recurriendo para ello a las estructuras e instituciones generales del derecho penal. Este último aspecto requiere un análisis pormenorizado que no es posible asumir en esta instancia.

⁴⁶ Esto es lo que puede estar sucediendo en el caso español. En su artículo 177 bis II, el Código Penal español prevé una regla expresa de no punibilidad para las víctimas de trata. Sin embargo, como lo ha indicado la doctrina, los tribunales se muestran renuentes a su aplicación; véase CUERDA ARNAU (2024). Sin embargo, es necesario precisar que, ante la existencia de una norma expresa, la resistencia puede estar materializándose a través de una vía argumentativa distinta y que es expresión de otro problema criminológico que surge del fenómeno de la trata: las dificultades para la identificación correcta y oportuna de la víctima de este delito; véase CUERDA ARNAU (2024), pp. 15-16. Este es el razonamiento del Tribunal Supremo español para rechazar la aplicación de la excusa absolutoria (STS 6008/2023, ECLI:ES:TS:2023:6008), argumentando que el proceso en el que pretendió su aplicación —y, de hecho, había sido aplicada por los tribunales de instancia; véase MARISCAL DE GANTE (2022)— lo era sobre el delito de tráfico de drogas y no de trata de personas. A juicio del Tribunal Supremo español, si el delito imputado es distinto del de trata de personas, se impide la aplicación de la excusa absolutoria, que solo puede invocarse y aplicarse si el objeto del proceso es el último de los delitos mencionados (fundamento jurídico quinto). Más allá del argumento formal esgrimido por el Tribunal, cuyo carácter discutible es evidente —véase CUERDA ARNAU (2024)—, de la lectura de la sentencia se puede inferir que la motivación real es la discusión sobre la condición de víctima de la persona que resultó condenada por tráfico de drogas. Analizando esa sentencia, MARTÍNEZ ESCAMILLA (2024b), § 3.2, estima que esta «invisibiliza el abuso de la situación de extrema vulnerabilidad y necesidad que caracteriza el caso de [la acusada], entendiendo que estamos ante un mero acto de participación delictiva al que [la condenada] consintió». SALAT (2023), p. 83, por su parte, analizando en general la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, también ha concluido que la identificación de la víctima sigue siendo un tema pendiente, y que esa magistratura debería conocer la información empírica derivada de investigaciones fenomenológicas sobre la trata «para evitar que otros casos de trata que se escapan del típico perfil [...] continúen siendo invisibles por parte del sistema». Sobre el problema de la identificación, véase SKRIVANKOVA (2017), p. 116.

humanos⁴⁷ —este último, el primer instrumento internacional específico sobre ese crimen— establecieron el deber de los Estados parte de prever en sus legislaciones tal principio. De hecho, a pesar de que grupos de interés por la defensa de los derechos de las víctimas de trata propusieron incluir en el Protocolo el deber de los Estados parte de prever una regla de no punición en sus derechos internos, dicha iniciativa no prosperó debido «al temor al uso injustificado de la “defensa contra la trata” y al consiguiente debilitamiento de la capacidad de los Estados para controlar tanto la prostitución como los flujos migratorios mediante la aplicación de sanciones penales»⁴⁸ y a la lucha entre corrientes ideológicas encontradas⁴⁹. Con razón, tanto la Convención de Palermo como su Protocolo han sido criticados por no adoptar un decidido enfoque en materia de derechos fundamentales en el control del delito de trata de seres humanos y en las medidas de protección y reparación para las personas victimizadas por este crimen⁵⁰.

En todo caso, las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Trata de Personas de Naciones Unidas marcan el inicio de la tendencia —que comenzó a consolidarse a comienzos de 2010⁵¹— al reconocimiento de la no punición como un principio y su incorporación en ordenamientos jurídicos como disposiciones expresas.

Sin perjuicio de las resistencias, es imperioso reconocer que un enfoque fundado en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la víctima de trata requiere, antes que todo, que la acción persecutoria del Estado no tenga efectos negativos sobre ella. Por ello, el principio de no punición se considera una parte integrante fundamental de tal enfoque⁵². La necesidad de adoptar y operativizar el principio de no punición se fundamenta en una justificación axiológica, ámbito en el que creemos que el Estado tiene vedada la posibilidad de perseguir penalmente y responsabilizar a las víctimas de trata de personas por los delitos que hayan debido ejecutar en el marco de aquel crimen. Como lo ha sostenido la doctrina, la solución de no punición implica un compromiso con la dignidad de la persona

⁴⁷ 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, promulgado en Chile mediante el Decreto 342 por el Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 16 de febrero de 2005.

⁴⁸ GALLAGHER (2001), p. 991.

⁴⁹ KAYE, MILLAR y O'DOHERTY (2019), p. 604.

⁵⁰ KAYE, MILLAR y O'DOHERTY (2019).

⁵¹ GALLAGHER (2010), p. 285.

⁵² OSCE (2013), p. 15; PIOTROWICZ y SORRENTINO (2016), p. 4.

víctima de trata, ya que «su ausencia de observancia supondría una vulneración fundamental de los derechos humanos de la víctima por parte del Estado que no la aplicase»⁵³.

IV. CARACTERIZACIÓN DE LA SOLUCIÓN DE NO PUNICIÓN

Una vez que se ha concluido que la solución de no punición es preferible por su encaje democrático frente a su competidora, es necesario exponer los presupuestos para su caracterización a la luz del ordenamiento jurídico chileno. Estos presupuestos serán desarrollados en tres ámbitos: el de las estrategias para la adopción de la solución que deriva del principio de no punición, el de los antecedentes positivos de dicha solución y el de su naturaleza jurídica.

1. Estrategias de operativización de la solución de no punición

En este primer ámbito de análisis surge la pregunta sobre la estrategia más adecuada para operativizar la solución de no punición. En concreto, cabe preguntarse a través de qué instrumentos jurídicos es posible prever la protección debida a las víctimas de trata.

En términos abstractos, podría sostenerse que la única vía o mecanismo posible para operativizar el principio de no punición es la incorporación al ordenamiento interno de una norma que prevea la exclusión de persecución y de pena para la víctima de trata de personas. Esta podría denominarse una estrategia de «adopción expresa» y es la que se ha elegido adoptar en Europa. En efecto, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005 dispuso el deber de los Estados parte de prever el principio de no punición⁵⁴; y en la Unión Europea, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 2011⁵⁵

⁵³ VILLACAMPA ESTIARTE y TORRES ROSSEL (2020), p. 734.

⁵⁴ Cuyo tenor literal es: «Artículo 26. 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 obligadas a tomar parte en ellas».

⁵⁵ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 5 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 que, en lo pertinente, dispone: «Artículo 8. 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

adoptó una disposición similar⁵⁶. En virtud de estos deberes, por ejemplo, se incorporó el apartado 11 al artículo 177 bis del Código Penal español, que exime de pena a la víctima de trata «*por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida*». Así, sujeta la aplicación de esta exención a la exigencia de una relación de causalidad entre el acto ejecutado y la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida la víctima, y a un criterio de proporcionalidad.

Sin embargo, esta manera de operativizar el principio de no punición puede tener algunos inconvenientes. Desde luego, porque requiere de una reforma legal, un proceso que puede ser lento y para el que se necesitan recursos políticos y compromisos de los legisladores. En segundo lugar, porque, por defectos de redacción, una disposición expresa puede terminar limitando su ámbito de aplicación, como ocurre precisamente en el caso español.

En efecto, según lo ha puesto de relieve la doctrina, la cláusula expresa de exención del artículo 177 bis 11 del Código Penal español cubre solo los ilícitos ejecutados por la víctima «*en la situación de explotación sufrida*». Ello ha llevado a concluir que la regulación es incoherente porque «la exención de pena no va referida precisamente a los delitos cometidos por la víctima en el marco espacial y cronológico de la trata»⁵⁷, sino a un momento posterior, esto es, uno en el que se materializa el objetivo del explotador que, a juicio de esa autora, no forma parte del tipo.

Una segunda estrategia de operativización del principio de no punición, que denominaremos de «adopción indirecta», consiste en recurrir a las normas generales del derecho penal y a los instrumentos dogmáticos desarrollados en torno a aquellas. Esta vía está disponible para sistemas jurídicos, como el chileno, que carecen de una cláusula expresa de exención de pena para las víctimas del delito de trata. La estrategia remite a la materialidad del comportamiento que reviste los caracteres de delito ejecutado por la víctima de trata de personas y su relación con los principios e instituciones que conforman el derecho penal.

como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2».

⁵⁶ Hasta 2019, de los cuarenta y dos Estados parte del Convenio, solo diecisiete habían adoptado en su legislación interna una cláusula de no punición de víctimas de trata: Albania, Alemania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chipre, España, Finlandia, Georgia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Rumanía, República Eslovaca y Reino Unido (GRETA, 2020, p. 62). Posteriormente, Bélgica introdujo dicha disposición (GRETA, 2023, p. 23).

⁵⁷ POMARES CINTAS (2024), p. 1137. En el mismo sentido, véanse MARISCAL DE GANTE (2022), § 1; VILLACAMPA ESTIARTE (2022), § 4; CUERDA ARNAU (2024), p. 24.

2. Antecedentes positivos

A nivel supranacional, la solución de no punición se relevó en 2009⁵⁸ cuando el Grupo de Trabajo sobre Trata de Personas de Naciones Unidas recomendó a los Estados parte de la Convención de Palermo⁵⁹ adoptar medidas en sus ordenamientos jurídicos para establecer procedimientos adecuados para identificar a las víctimas de dicho delito y darles, así, apoyo y protección. Además de «estudiar, de conformidad con su legislación nacional, la posibilidad de no sancionar ni enjuiciar a las víctimas de la trata de personas por los actos ilegales cometidos como consecuencia directa de su situación de víctimas de la trata de personas o por haberse visto obligadas a cometer esos actos ilegales»⁶⁰. Tales expectativas fueron reiteradas en su informe de 2010⁶¹.

Este segundo ámbito de análisis requiere precisar que el legislador chileno no ha incorporado al ordenamiento jurídico una cláusula expresa de no penalización. A pesar de esta ausencia, el principio de no penalización no le es completamente ajeno y, desde luego, tal omisión no constituye un impedimento para adoptar la solución de no punición que se deriva del principio de no penalización.

En efecto, en el ordenamiento jurídico chileno, además de las normas internacionales de *soft law*⁶² que le son aplicables, pueden reconocerse,

⁵⁸ ZABYELINA (2020), p. 1168.

⁵⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la Resolución 55/25 de la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000, promulgada en Chile por el Ministerio de Relaciones Internacionales mediante el Decreto 342 publicado en el *Diario Oficial* el 16 de febrero de 2005.

⁶⁰ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA TRATA DE PERSONAS (2009), § 12.

⁶¹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA TRATA DE PERSONAS (2010), § 104.

⁶² La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 55/67 invitó «a los gobiernos a que consideren la posibilidad de impedir, dentro del marco jurídico y de conformidad con la política nacional, que las víctimas de la trata, en particular mujeres y niñas, sean enjuiciadas por el cargo de ingreso o residencia ilícitos, teniendo en cuenta que son víctimas de actos de explotación», véase NACIONES UNIDAS (2001), § 13. Por su parte, los «Principios y guías recomendadas sobre derechos humanos y trata de personas» del ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2022), § 7, indican que «las personas víctimas de trata no serán detenidas, acusadas ni procesadas por la ilegalidad de su entrada o residencia en países de tránsito y destino, ni por su participación en actividades ilegales en la medida en que dicha participación sea una consecuencia directa de su situación como víctimas de trata». Asimismo, en su Ley Modelo contra la Trata de Personas, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito sugiere a los Estados una disposición del siguiente tenor: «*1. Las víctimas de la trata de personas no serán [sancionadas, encarceladas, multadas o de cualquier otra forma castigadas de manera inapropiada] consideradas penal o administrativamente responsables*

al menos, tres antecedentes positivos que permiten decidirse por dicha solución.

El primero puede encontrarse en el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930. Según este instrumento, el Estado chileno debe:

Adoptar [...] las medidas necesarias para velar porque las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer como consecuencia directa de estar sometidas a trabajo forzoso u obligatorio.

El que tal deber de no punición esté previsto a propósito de un instrumento internacional sobre trabajo forzoso produce una paradoja. Por un lado, hace que el deber de prever la cláusula de no punición sea más extenso que el que se deriva del derecho supranacional europeo, ya que lo es para cualquier víctima de trabajo forzoso, sea que dicha situación de explotación se derive o no de un delito de trata de personas. Pero, por otro lado, su texto deja fuera de su ámbito a las formas de concreción de la explotación en la trata de personas distinta de los trabajos o servicios forzados, como la explotación sexual, la servidumbre y la extracción de órganos, sin perjuicio de la interpretación que pueda sostenerse sobre la inclusión en los trabajos forzados de formas de explotación criminal.

Con todo, más allá de que la aplicación de esta norma dependa del dictado de una ley que la incorpore al ordenamiento jurídico y de que su extensión esté limitada a casos de trabajo o servicio forzoso, nada obsta a interpretar extensivamente el deber del Estado de no castigar a víctimas de trata de seres humanos y, en consecuencia, nada impide aplicar la solución de la no punición en Chile, como se expone en el siguiente apartado.

El segundo antecedente se encuentra en el artículo 31.1 de la Convención sobre Refugiados⁶³ y el tercero, en el artículo 5 del Protocolo Adi-

de delitos [actos ilícitos] cometidos por ellas, en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de víctimas. 2. Las víctimas de la trata de personas no serán consideradas penal o administrativamente responsables por delitos de inmigración tipificados en la ley nacional. 3. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de las defensas generales a disposición de las víctimas, según la ley. 4. Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán cuando el delito sea de naturaleza particularmente grave, tipificado en la legislación nacional».

⁶³ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, incorporada al ordenamiento jurídico chileno mediante su promulgación por el Decreto 287 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 19 de julio de 1972 y cuyo tenor literal es: «Artículo 31. Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio. 1. Los Estados

cional a la Convención de Palermo⁶⁴ sobre tráfico ilícito de migrantes⁶⁵. Aunque ambos positivizan un deber para los Estados parte de no punición respecto de refugiados y migrantes traficados, respectivamente, la mayor importancia práctica la tiene el segundo de los instrumentos indicados⁶⁶. Este prevé el deber de abstenerse de enjuiciar a las víctimas de tráfico ilícito de migrantes por los delitos que el propio tráfico implique, como, por ejemplo, la infracción de leyes migratorias o los necesarios para que el delito de tráfico pueda verificarse (como el uso de identidad falsa o documentos de identificación apócrifos).

Es cierto que esta disposición se aplica, de acuerdo con su tenor literal, a las víctimas de tráfico ilícito de migrantes, que es un delito distinto del de trata de personas, y que, aunque ambos tienen fenomenológicamente algunos puntos de conexión en la trata transfronteriza, son esencialmente distintos. Sin embargo, también es cierto que de dicha disposición puede extraerse un principio que consiste en el deber del Estado de abstenerse de perseguir penalmente a una víctima por los ilícitos en que haya debido incurrir a propósito del delito que padeció. La situación material de la víctima de trata es, por consiguiente, análoga, en la medida que esta última también puede verse compelida a ejecutar conductas penalmente prohibidas.

El fundamento para la regla de restricción de la responsabilidad penal de los migrantes, esto es, la necesidad de resguardar sus derechos evitando someterlos a un nuevo enjuiciamiento, también se presenta con relación a la víctima de trata, incluso con mayor intensidad. Por consiguiente, no solo nada obsta a considerar que la regla del artículo 5 del Protocolo, pre-

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

⁶⁴ Véanse POMARES CINTAS (2024), p. 1137; MARISCAL DE GANTE (2022), § 1; VILLACAMPA ESTIARTE (2022), § 4; CUERDA ARNAU (2024), p. 24.

⁶⁵ Cuyo tenor literal es: «*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 enumadas en el artículo 6 del presente Protocolo».*

⁶⁶ La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue diseñada para operar como protección a personas relacionadas con acontecimientos enmarcados en un periodo determinado («*acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951*», artículo 1.A.2 de la Convención) y para personas declaradas refugiadas por los arreglos del 12 de mayo de 1926 y el 30 de junio de 1928, por las convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, por el Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o por la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados (artículo 1.A.1 de la Convención).

vista formalmente para las víctimas de tráfico ilícito de migrantes, sea extendida analógicamente a las de trata de personas.

Por otro lado, la inexistencia de una norma expresa que positivice el principio de no punición en el ordenamiento interno no es un obstáculo para adoptar la solución que de este se deriva. La solución de no punición requiere de una norma que permita no perseguir penalmente a la víctima de trata de seres humanos por los delitos que, vinculados con ese ilícito, haya debido ejecutar. Esa norma sería de aquellas que le restan fundamento a la pena en ese caso, esto es, una norma por la que «no puede imponerse pena alguna o debe imponerse una de menor entidad» y, en consecuencia, no se encuentra sujeta al estatuto de la legalidad penal aplicable a las normas que fundamentan la pena, es decir, aquellas por las que «se autoriza la imposición de una pena o su agravación»⁶⁷.

Al estar fuera de las restricciones propias de las normas que fundamentan la pena, el catálogo de fuentes formales del derecho para encontrar el antecedente normativo para la aplicación de la solución de no punición se amplía considerablemente. En consecuencia, la norma que necesita la solución de no punición para su desenvolvimiento puede ser una prevista para casos similares que podrá ser integrada analógicamente al caso en el que se deba recurrir a la no punición, o se puede recurrir directamente a principios.

3. Naturaleza jurídica

El tercer ámbito de análisis sobre la adopción de la solución de no punición que emana del principio homónimo consiste en determinar su naturaleza jurídica, la que se abordará desde dos perspectivas.

La primera es que la denominación como «principio» no determina la naturaleza de la no punición. Esta debe entenderse en un sentido expresivo de la necesidad de su incorporación. Siguiendo el esquema conceptual de Alexy, el de no punición no es calificable como un principio porque «los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes»⁶⁸. De acuerdo con su fundamento, la solución de no punición debe operar siempre que se configure su presupuesto, esto es, la actuación de una víctima de trata derivada de su condición de tal, y su operación no queda subordinada a unas posibilidades de desenvolvimiento. En ese sentido, el de no punición es una regla, ya que, si esta es válida, «entonces

⁶⁷ NAVARRO-DOLMESTCH (2022), p. 90.

⁶⁸ ALEXY (2017), p. 67.

debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos»⁶⁹. En estricto rigor, lo preciso sería referirse a la «regla» de no punición o de no penalización. Este cambio de denominación no es, en realidad, rigurosamente necesario, ya que puede seguir usándose la etiqueta de «principio», pero sin perder de perspectiva que su operación es obligatoria.

En la determinación de la naturaleza jurídica de la regla de no punición, una segunda perspectiva requiere identificar sus elementos relevantes para luego señalar si esos elementos calzan o no con alguna de las instituciones existentes en el derecho penal. Con relación a la primera parte, esto es, la identificación de los elementos del principio, son relevantes cuatro:

1. El carácter sustantivo y procesal: el primero, relativo al ámbito de sus efectos, consiste en que la regla de no penalización prescribe que la víctima de trata no sea condenada por el delito que se vio constreñida a ejecutar, pero también que no sea sometida a una investigación penal. El fundamento, valga reiterarlo, es que tanto la investigación y el juzgamiento como la eventual condena tienen el mismo efecto revictimizador que el principio de no penalización pretende evitar. Por consiguiente, la adopción de la solución de no punición implica adherir a alguna institución que opera no solo en el ámbito de lo sustantivo, sino también en el de lo procedural, por lo que tiene una extensión amplia.
2. Las condiciones simultáneas y posteriores al delito de trata: el principio opera respecto de condiciones fácticas que son simultáneas o posteriores a la ejecución del delito de trata. La no punición de la víctima por las conductas delictuales que esta haya debido ejecutar lo es tanto en virtud del contexto de hecho que determina la existencia del delito de trata de personas (desde su principio de ejecución y hasta su consumación), como del momento posterior de su agotamiento (en la verificación de la explotación). De ahí que la solución de no punición debe cubrir, por igual, las conductas ejecutadas por la víctima que aquí hemos denominado de ejecución y de agotamiento.
3. El carácter personal: el tercer elemento es que, sin perjuicio de la base esencialmente objetiva de operación de la solución de no punición (desde el punto de vista de la posición de la víctima), esta surte sus efectos con relación a una persona específica y determinada en atención a su propia condición de víctima, por lo que dicho principio tiene un carácter personal. Es decir, que la solución de no

⁶⁹ ALEXY (2017), p. 68.

punición solo alcanza a la víctima de trata de personas por el delito que ella haya debido cometer en dicho contexto y, en principio, no beneficia a coautores o partícipes de ese delito, salvo que tengan también la condición de víctimas de trata.

4. La independencia de la actitud de la víctima: en último lugar, la solución de no punición que emana del principio (regla) debe operar con prescindencia de la actitud de la víctima. En otras palabras, que la solución de no punición no debe quedar subordinada a una actuación o a una actitud de la víctima posteriores a la ejecución del hecho típico.

Los cuatro elementos característicos de la solución de no punición permiten anticipar que la determinación de su naturaleza jurídica no será fácil. En efecto, el carácter procesal que, junto con el sustantivo, debe tener la solución de no punición la aleja conceptualmente de las causas de exclusión de la pena como elementos negativos de la punibilidad. Estas tienen la función de excluir «la sanción de un hecho que satisface todos los elementos del tipo penal, no se encuentra justificado y respecto de cuyo autor no concurren excusas ni causas de exclusión de la culpabilidad»⁷⁰. Entre estas, la solución de no punibilidad no puede considerarse una condición objetiva de punibilidad porque estas producen el efecto contrario de aquella, que consiste en fundamentar la pena. En este caso, a lo más que podría aspirarse es a considerar la solución de no punición como una condición objetiva de no-punibilidad, lo que carece de sentido y deja sin solución la necesidad de que se evite también la investigación y el juzgamiento.

Como se requiere que la solución de no punición también proteja a la víctima de la investigación y de su enjuiciamiento, este es un problema al que el legislador penal chileno ya se ha enfrentado. Se trata de la denominada «legítima defensa privilegiada»⁷¹ que surgió «como reacción frente al

⁷⁰ VAN WEEZEL DE LA CRUZ (2023), p. 142.

⁷¹ El apartado final del artículo 10 número 4 del Código Penal chileno, en su versión original de 1874, preveía que, en el caso de la legítima defensa, sus requisitos legales debían entenderse concurrentes en el caso de una persona que haya actuado dentro del ámbito de esa causa de justificación en supuestos de hechos específicos, como rechazar el escalamiento o la fractura de los cercados, las paredes o las entradas de una casa. Esta regla fue sustituida por otra de mayor amplitud, aunque en el mismo sentido, mediante la Ley 19164, que introduce modificaciones al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal y deroga la Ley 17010, publicada en el *Diario Oficial* el 2 de septiembre de 1992, la cual reguló la denominada legítima defensa privilegiada. La regulación actualmente vigente se completó posteriormente con la dictación de la Ley 21560, que modifica diver-

problema de los efectos punitivos que el proceso penal puede ocasionar al sujeto que ha actuado amparado por la causal de justificación legítima defensa [y que] puede verse expuesto a sufrir graves perjuicios con motivo del proceso penal que se origine con ocasión de su actividad defensiva»⁷². Esta regulación recurre a la técnica de la presunción de los requisitos que configuran la legítima defensa en determinados supuestos de hecho. Con ello se intenta prescindir de la investigación sobre esos requisitos y de las discusiones procesales sobre su configuración, pretendiendo que el tiempo del enjuiciamiento sea breve y evitando actuaciones procesales como la detención y comparecencia judicial del sujeto amparado por esa causa de justificación. Pero la legítima defensa privilegiada no excluye del todo la posibilidad de que la persona que alega su amparo pueda ser condenada, ya que se trata de una presunción *iuris tantum* que, por consiguiente, admite prueba en contrario, y cuya operación requiere que se acrediten algunos elementos⁷³.

Por otro lado, que la solución de no punibilidad deba abarcar también supuestos de delitos cometidos por la víctima de trata en el periodo de agotamiento (conductas de agotamiento) también conflictúa con las categorías tradicionales de evitación de la pena o de la responsabilidad penal propias del derecho penal. En efecto, la existencia de condiciones que permiten que la explotación de la víctima se lleve a cabo, contexto en el que esta ejecuta conductas constitutivas de delito, conduce a la idea de que la solución de no punición se concretiza en una causa de exculpación fundada en la exculpación. Aunque no es posible abordar en este lugar la determinación de las categorías concretas a través de las cuales se puede operacionalizar la solución de no punición ante la inexistencia de una norma que la positivice en forma expresa —cuestión que queda reservada para una investigación posterior—, se puede adelantar, como hipótesis, la idea de que la inexigibilidad no es la vía adecuada e idónea para ello. El

sos textos legales con el objeto de fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile, publicada en el *Diario Oficial* el 10 de abril de 2023, y que extendió la legítima defensa privilegiada a las policías, a los militares y a los funcionarios penitenciarios cuando desempeñan funciones de orden y seguridad pública interior.

⁷² ROJO ARANEDA (2013), p. 466.

⁷³ Cuáles de los elementos requieren ser acreditados es un aspecto que ha sido discutido en la doctrina: se ha sostenido que la presunción alcanza a todos los requisitos de la legítima defensa (GARRIDO MONTT, 2005, p. 178; NAVAS MONDACA, 2024, p. 207); a todos, con excepción de la agresión actual o inminente (ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, 1999, p. 260; MATÚS ACUÑA Y RAMÍREZ GUZMÁN, 2025, p. 366; VAN WEEZEL DE LA CRUZ, 2023, p. 279); o que se presume únicamente la necesidad racional del medio empleado para defenderse (CURY, 2020, p. 546).

fundamento de la solución de no punición parece estar fuera de las categorías de la teoría del delito, ubicada al nivel de los principios constitutivos del derecho penal, si se acepta la distinción propuesta por Martínez-Buján Pérez entre culpabilidad como principio y culpabilidad como categoría dogmática⁷⁴.

Finalmente, la irrelevancia de la actitud de la víctima en la aplicación de la solución de no punición impide considerarla perteneciente a la categoría de las causas de levantamiento o anulación de la pena, porque estas consisten en un «comportamiento postdelictivo positivo y voluntario del sujeto que tiene el efecto de eximir completamente de pena por el hecho delictivo ya realizado»⁷⁵, como sería la regla de exención de responsabilidad penal prevista en el inciso final del artículo 206 del Código Penal chileno.

En síntesis, el principio o la regla de no penalización corresponde a una causa *sui generis* de exclusión de la pena y de la investigación y el juzgamiento. Si esta regla se operativiza en el ordenamiento jurídico interno a través de una estrategia de adopción expresa o de una de adopción indirecta, generaría una nueva categoría de exclusión de la víctima de trata del sistema de persecución penal y de la responsabilidad penal.

V. CONCLUSIONES

Se puede arribar a una primera conclusión de acuerdo con lo expuesto: el principio (regla) de no penalización de la víctima de trata por los delitos en que esta haya debido incurrir es una derivación de la necesidad de los Estados de garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, en general, y de las personas víctimas de trata, en particular. La decisión de un Estado de renunciar a la persecución penal y a la responsabilidad penal por los delitos cometidos por la víctima de trata se plantea, entonces, como una necesidad que se enmarca dentro del compromiso por configurar un sistema penal democrático.

Desde una perspectiva fenomenológica, el involucramiento de una víctima de trata de seres humanos en conductas penalmente prohibidas puede presentarse en tres tipos de relaciones con el delito de trata: como conductas de ejecución, de agotamiento o defensivas. La solución de no punición que prevé el principio de no penalización debe aplicarse a esos tres tipos de relaciones por igual.

Podemos sostener que quedan dos espacios abiertos para discusiones futuras. La constatación de la ausencia en el ordenamiento jurídico chile-

⁷⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2022), pp. 710-711.

⁷⁵ FARALDO-CABANA (2000), p. 150.

no de una norma que positivice expresamente el principio de no punición determina que, para los operadores del sistema de persecución penal en Chile, solo está disponible una estrategia de adopción indirecta. Luego, el primer espacio de discusión consiste en identificar las vías positivas o dogmáticas que permitirían adoptar la solución de no punición. En otras palabras, es necesario identificar los argumentos normativos, positivos o dogmáticos por los cuales el Ministerio Público podría decidir válidamente no investigar a una víctima de trata, y aquellos en los que un tribunal podría fundar una decisión de absolución sin infringir con ello el sistema jurídico.

Vinculado con esto, el segundo espacio de discusión que queda abierto se relaciona con la necesidad de optar por la estrategia de adopción expresa incorporando una norma que positivice la regla. Greta, que es el mecanismo de verificación del cumplimiento del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005, integrado por agentes independientes e imparciales (artículo 36 del Convenio), ha considerado que la regla de no punición prevista en ese instrumento internacional no puede operativizarse a través de las disposiciones generales de los ordenamientos internos de los Estados parte. Greta estima que esas disposiciones tienen un ámbito más restringido que el requerido por el principio de no punición, porque las cláusulas generales como la legítima defensa o el estado de necesidad producen el efecto de invertir la carga de la prueba imponiéndola en la víctima y porque recurrir a esas disposiciones no impide que la víctima sea sometida al enjuiciamiento y, eventualmente, incluso a la prisión preventiva⁷⁶.

En general, las aprehensiones expresadas por Greta son verdaderas, pero ellas pueden ser matizadas. Estimamos que, en una perspectiva de *lege ferenda*, el estándar ideal es la incorporación al ordenamiento jurídico de una cláusula expresa de no punición de la víctima de trata porque ella podría tener un efecto expresivo-integrador⁷⁷ importante en la tarea de concientizar a los operadores jurídicos y al público en general del fenómeno que dicho principio/regla pretende abordar y resolver.

En concreto, las aprehensiones expresadas por Greta pueden ser matizadas desde tres perspectivas de análisis. La primera consiste en que no vemos como especialmente problemática la ausencia de una cláusula expresa de no punición a nivel legal, ya que ella puede ser suplida por las disposiciones generales del derecho penal.

⁷⁶ GRETA (2023), § 130.

⁷⁷ DÍEZ RIPOLLÉS (2003), p. 151.

La segunda, porque dichas cláusulas ya existentes no necesariamente tienen un menor ámbito o contemplan supuestos de hecho de un alcance inferior al que podría tener una cláusula de no punición. Como hemos visto en este artículo, los supuestos problemáticos pueden ser abordados con ese instrumental ya existente en la legislación.

Posteriormente, se considera que, en un sistema procesal como el chileno, el Ministerio Público está dotado de las suficientes herramientas para evitar la investigación, el juzgamiento y la condena de la víctima de trata de personas: la fiscalía puede recurrir a los mecanismos de selectividad fundados en el principio de discrecionalidad, a la desestimación temprana de casos para decidir no investigar a la víctima y, con ello, evitar someterla a la (nueva) victimización que implica el proceso penal; o los mecanismos de desestimación propiamente tales que implican no ejercer la acción penal sobre la víctima⁷⁸. Por otro lado, el deber de objetividad (previsto en el artículo 3 de la Ley 19640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público) obliga a investigar «con igual celo no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen». La aplicación estricta de esta regla podría evitar la inversión a la víctima de la carga de la prueba sobre la causa de no punición y se hallaría en línea con el deber de protección a las víctimas de trata que tiene el Estado desde que ratificó la Convención de Palermo y su Protocolo complementario.

Por último, y en un punto esencial, a nuestro juicio, está el tema de las actitudes de los operadores del sistema de persecución penal. Más o menos disposiciones legales expresas no son suficiente garantía de que tales operadores empatizarán con los fundamentos de la solución de no punición y, en consecuencia, esta será una realidad. Cuestiones como la temprana identificación de las víctimas de trata, los sesgos y prejuicios, y las actitudes culturales frente al fenómeno son elementos que, a fin de cuentas, serán los realmente determinantes de una efectiva no punición a las víctimas de este delito.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2017): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición).
- ALONSO GARCÍA, Serena (2020): «La trata de seres humanos en España. Análisis crítico de la normativa española y propuestas para una mayor

⁷⁸ Sobre la distinción entre los mecanismos, véase NAVARRO-DOLMESTCH (2018), pp. 72-73.

- protección de la víctima», en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Vol. 34: pp. 39-74. DOI [10.20318/universitas.2020.5869](https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5869).
- ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2022): *Recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking*. Disponible en <https://tipg.link/oATD>.
- ANDRADE MORENO, Marcos; DÍAZ PANTOJA, Juliana, DUFRAIX-TAPIA, Roberto y LUCERO PANTOJA, Jairo (2024): «El principio de no penalización de las víctimas de trata: Obstáculos y perspectivas para su aplicación en el derecho migratorio internacional», en *Relações Internacionais do Mundo Atual*, Vol. 3, Nº 45: pp. 174-198. Disponible en <https://tipg.link/ofX5>.
- ARMENTA DEU, Teresa (2014): *Estudios sobre el proceso penal acusatorio* (Bogotá, Temis).
- BLANCO, Cristina y MARINELLI, Chiara (2017): «Víctimas de trata de personas versus migrantes en situación irregular. Retos y lineamientos para la atención y protección de las víctimas de trata de personas extranjeras en el Perú», en *Derecho PUCP*, Nº 78: pp. 173-198. DOI [10.18800/derechopucp.201701.007](https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.007).
- CÁRDENAS ARAVENA, Claudia (2013): «Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas», en *Informes en Derecho. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública*, Nº 12: pp. 139-169. Disponible en <https://tipg.link/oFm4>.
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2024): «El principio de no punición de las víctimas de trata en el Código Penal español. Problemas aplicativos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 26-15: pp. 1-56. Disponible en <https://tipg.link/oAgU>.
- CURY, Enrique (2020): *Derecho penal. Parte general* (Santiago, UC, undécima edición).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003): «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Marín (editores), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo* (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha), pp. 147-172.
- DUFRAIX-TAPIA, Roberto y RAMOS RODRÍGUEZ, Romina (2022): «La “víctima ideal” del delito de trata de personas en el sistema penal chileno», en *Política Criminal*, Vol. 17, Nº 34: pp. 795-818. DOI [10.4067/s0718-33992022000200795](https://doi.org/10.4067/s0718-33992022000200795).
- DUFRAIX-TAPIA, Roberto; CONCHA, Nury y VARELA, Francesca (2024): «¿Traficantes o víctimas? Explorando los vínculos entre el tráfico de drogas transfronterizo y la trata de personas con fines de explotación

- criminal en Tarapacá (Chile)», en Miguel Ángel Mansilla (editor), *Cárceles y excluidos sociales en América Latina: Adultos mayores, discapacidad, género, migración y diversidad sexual* (Santiago de Chile, Ril), pp. 335-372.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia (2023): «El delito de trata de seres humanos», en Elena Marín de Espinoza Ceballos (editora), *Lecciones de derecho penal. Parte especial* (Valencia, Tirant Lo Blanch, cuarta edición), pp. 177-194.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1999): *Derecho penal, parte general*, Tomo I (Santiago, Jurídica de Chile, tercera edición).
- FARALDO-CABANA, Patricia (2000): *Las causas de levantamiento de la pena* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- (2017): «¿Dónde están las víctimas de la trata de personas? Obstáculos a la identificación de las víctimas de trata en España», en Anabela Miranda Rodrigues y Maria João Guia (editoras), *Livro de atas / Conferência internacional: 18 de Outubro, Dia Europeu Contra o Tráfico de Seres Humanos* (Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), pp. 139-163.
- FERRAJOLI, Luigi (2016): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, décima edición, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Bayón Mohino, Juan Terradillos Bosoco y Ramón Cantarero Brandés).
- FLETCHER, George (1998): *Basic concepts of criminal law* (Oxford, Oxford University Press).
- GALLAGHER, Anne (2001): «Human rights and the new UN protocols on trafficking and migrant smuggling: A preliminary analysis», en *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, N° 4: pp. 975-1004. DOI [10.1353/hrq.2001.0049](https://doi.org/10.1353/hrq.2001.0049).
- (2010): *The international law of human trafficking* (Cambridge, Cambridge University Press). DOI [10.1017/CBO9780511761065](https://doi.org/10.1017/CBO9780511761065).
- GARRIDO MONTT, Mario (2005): *Derecho penal. Parte general*, Tomo II (Santiago de Chile, Jurídica de Chile, cuarta edición).
- GRETA, Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings (2015): *4th general report on Greta's activities*. Disponible en <https://tipg.link/oCUM>.
- (2016): *5th general report on Greta's activities*. Disponible en <https://tipg.link/oCUR>.
- (2020): *9th general report on Greta's activities*. Disponible en <https://tipg.link/oCUS>.
- (2023): *13th general report*. Disponible en <https://tipg.link/oCUC>.

- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA TRATA DE PERSONAS (2009): *Informe sobre la reunión del Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas celebrada en Viena los días 14 y 15 de abril de 2009 (CTOC/COP/WG.4/2009/2)*. Disponible en <https://tipg.link/oCUj>.
- (2010): *Informe sobre la reunión del Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas celebrada en Viena del 27 al 29 de enero de 2010 (CTOC/COP/WG.4/2010/6)*. Disponible en <https://tipg.link/oCUp>.
- HALLEVY, Gabriel (2010): *A modern treatise on the principle of legality in criminal law* (Cham, Springer). DOI [10.1007/978-3-642-13714-3](https://doi.org/10.1007/978-3-642-13714-3).
- HEYS, Alicia y NIEZNA, Maayan (2024): *The non-punishment principle and its implementation in the UK* (Londres, Bonavero Institute of Human Rights, University of Oxford). Disponible en <https://tipg.link/oCVU>.
- JOVANOVIC, Marija (2017): «The principle of non-punishment of victims of trafficking in human beings: A quest for rationale and practical guidance», en *Journal of trafficking and human exploitation*, Vol. 1, N° 1: pp. 41-76. DOI [10.7590/24522775112](https://doi.org/10.7590/24522775112).
- KAYE, Julie; MILLAR, Hayli y O'DOHERTY, Tamara (2019): «Exploring human rights in the context of enforcement-based anti-trafficking in persons responses», en John Winterdyk y Jackie Jones (editores), *The palgrave international handbook of human trafficking* (Cham, Springer), pp. 601-621.
- MARISCAL DE GANTE, Margarita (2022): «La sentencia de 2 de noviembre de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: Un importante paso hacia adelante en la protección de las víctimas de trata», en *Diario La Ley*, 9986.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2024a): «La inaplazable necesidad de un procedimiento de identificación de las víctimas de trata», en *Revista Sistema Penal Crítico*, N° 4: e31467. Disponible en <https://tipg.link/ofa8>.
- (2024b): «La ligereza del Tribunal Supremo ante las víctimas de trata», en *Critica Penal y Poder*, N° 26. DOI [10.1344/cppp.2024.26.46759](https://doi.org/10.1344/cppp.2024.26.46759).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2022): «El principio de culpabilidad y su fundamento», en Víctor Gómez Martín, Carolina Bolea Bardón, José-Ignacio Gallego Soler, Juan Hortal Ibarra y Ujala Joshi Jubert (editores), *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidásolo* (Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), pp. 709-720.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2002): «Comentario a los artículos 74 a 78», en Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga (editores), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Tomo I (Santiago, Jurídica de Chile), pp. 383-407.

- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2021): *Manual de derecho penal chileno. Parte especial* (Valencia, Tirant Lo Blanch, cuarta edición).
- (2025): *Manual de derecho penal chileno. Parte general* (Valencia, Tirant Lo Blanch, tercera edición).
- NAVARRO-DOLMESTCH, Roberto (2018): *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- (2022): *Legalidad penal como limitación al poder punitivo* (Madrid, Reus).
- NAVARRO-DOLMESTCH, Roberto y DUFRAIX-TAPIA, Roberto (2025): «Tipicidad de la criminalidad forzada como forma de explotación del delito de trata de seres humanos en el derecho chileno», en *Ius et Praxis*, Vol. 31, N° 2: pp. 128-147. DOI [10.4067/S0718-00122025000200128](https://doi.org/10.4067/S0718-00122025000200128).
- NAVAS MONDACA, Iván (2024): *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (Valencia, Tirant Lo Blanch, tercera edición).
- OSCE, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (2013): *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non-punishment provision with regard to victims of trafficking*. Disponible en <https://tipg.link/oCXh>.
- PIOTROWICZ, Ryszard y SORRENTINO, Liliana (2016): «Human trafficking and the emergence of the non-punishment principle», en *Human Rights Law Review*, Vol. 16, N° 4: pp. 669-699. DOI [10.1093/hrlr/ngw028](https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw028).
- (2017): «The non-punishment provision with regard to victims of trafficking», en Ryszard Piotrowicz, Conny Rijken y Baerbel Uhl (editores), *Routledge handbook of human trafficking* (Nueva York, Routledge), pp. 171-184.
- POLITOFF LIFSHITZ, Sergio (2008): *Los elementos subjetivos del tipo penal* (Buenos Aires, BdeF).
- POMARES CINTAS, Esther (2024): «El delito de trata de seres humanos», en Francisco Javier Álvarez García y Arturo Ventura Püschel (editores), *Tratado de derecho penal español, parte especial (I). Delitos contra las personas* (Valencia, Tirant Lo Blanch, cuarta edición), pp. 1085-1150.
- QUINTEROS ROJAS, Daniel; DUFRAIX-TAPIA, Roberto y RAMOS RODRÍGUEZ, Romina (2020): «Human trafficking cases in Chile: Challenges for reducing the “dark figure”», en John Winterdyk y Jackie Jones (editores), *The palgrave international handbook of human trafficking* (Cham, Springer), pp. 1151-1164.
- RACE PROJECT (2014): *Trafficking for forced criminal activities and begging in Europe. Exploratory study and good practice examples*. Disponible en <https://tipg.link/oCYS>.

- RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Silvia (2020): «Telling victims from criminals: Human trafficking for the purposes of criminal exploitation», en John Winterdyk y Jackie Jones (editores), *The palgrave international handbook of human trafficking* (Cham, Springer), pp. 303-331.
- (2022): *Trata de seres humanos y corrupción* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- (2024): «The non-punishment of human trafficking victims in Europe: A comparative perspective», en *Journal of European Criminal Law*, Vol. 15, N° 3: pp. 313-335. DOI [10.1177/20322844241265238](https://doi.org/10.1177/20322844241265238).
- ROJO ARANEDA, Mario (2013): «La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 66: pp. 459-477. Disponible en <https://tipg.link/ofX->.
- SALAT, Marc (2023): «La trata de seres humanos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Política Criminal*, Vol. 18, N° 35: pp. 62-90. DOI [10.4067/S0718-33992023000100062](https://doi.org/10.4067/S0718-33992023000100062).
- SCHLOENHARDT, Andreas y MARKEY-TOWLER, Rebekkah (2016): «Non-criminalisation of victims of trafficking in persons. Principles, promises and perspectives», en *Groningen Journal of International Law*, Vol. 4, N° 1: pp. 10-38. DOI [10.21827/59db68fc35c13](https://doi.org/10.21827/59db68fc35c13).
- SKRIVANKOVA, Klara (2017). «Defining exploitation in the context of trafficking. What is a crime and what is not», en Ryszard Piotrowicz, Conny Rijken y Baerbel Uhl (editores), *Routledge handbook of human trafficking* (Nueva York, Routledge), pp. 109-119. DOI [10.4324/9781315709352-9](https://doi.org/10.4324/9781315709352-9).
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex (2023): *Curso de Derecho Penal. Parte general* (Santiago, UC).
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2022): «El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: Reconocimiento normativo y aplicación», en *Diario La Ley*, 10101.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES ROSSEL, Núria (2016): «Trata de seres humanos para explotación criminal: Ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos», en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 36: pp. 771-829. Disponible en <https://tipg.link/oCZ7>.
- (2017): «Human trafficking for criminal exploitation: The failure to identify victims», en *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 23, N° 3: pp. 393-408. DOI [10.1007/s10610-017-9343-4](https://doi.org/10.1007/s10610-017-9343-4).
- (2020): «Trata de seres humanos para explotación criminal: Efectos sufridos por las víctimas a su paso por el sistema de justicia penal», en Esteban Pérez Alonso, Sofía Olarte Encabo, Pedro Mercado Pacheco e Inmaculada Ramos Tapia (editores), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 731-758.

ZABYELINA, Yuliya (2020): «The application of the non-punishment principle to victims of human trafficking in the United States», en John Winterdyk y Jackie Jones (editores), *The palgrave international handbook of human trafficking* (Cham, Springer), pp. 1165-1181.

Jurisprudencia citada

Tribunal Supremo (España), ROJ STS 1229/2017, 29 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1229.

Tribunal Supremo (España), ROJ 1935/2020, 14 de mayo de 2020, ECLI:ES:TS:2020:1935.

Tribunal Supremo (España), ROJ 375/2023, 6 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:375.

Tribunal Supremo (España), ROJ STS 6008/2023, 21 de diciembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:6008.

Normas citadas

Código Orgánico Integral Penal, Ecuador (10/2/2014).

Código Penal, Chile (12/II/1874).

Código Penal, España (23/II/1995).

Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados (28/7/1951).

Convención de Palermo de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (15/II/2000).

Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (16/5/2005).

Ley 263, Bolivia (31/7/2012), Ley Integral contra la Trata y Tráfico de Personas.

Ley 18250, Uruguay (17/I/2008), Ley de Migraciones.

Ley 19164, Chile (2/9/1992), introduce modificaciones que indica a Código Penal y Código de Procedimiento Penal y deroga Ley 17010.

Ley 19640, Chile (14/I/2000), Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Ley 21560, Chile (10/4/2023), modifica textos legales que indica para fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile.

Ley Modelo contra la Trata de Personas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2009).

Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto 287, Chile (19/7/1972), aprueba Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto 342, Chile (16/2/2005), promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto 48, Chile (16/9/2021), promulga el Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930, y su Protocolo de 2014, ambos de la Organización Internacional del Trabajo.

Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 55/67 (31/1/2001), relativa a la trata de mujeres y niñas.

Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (15/II/2000).

Protocolo de 2014 relativo al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Trabajo Forzoso de 1930 (II/6/2014).

Unión Europea, Directiva (UE) 2011/36 del Parlamento Europeo y del Consejo (5/4/2011), 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.

FINANCIAMIENTO

Este artículo es parte del Proyecto de investigación Fondecyt de Iniciación número 11220308, 2022-2025, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile; y del Proyecto PID2024-157636NB-Ioo financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 (España) y por FEDER (Unión Europea).

DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERÉS

Los autores declaran no tener conflicto de interés en relación con los contenidos publicados en este artículo.

SOBRE LOS AUTORES

ROBERTO NAVARRO-DOLMESTCH es doctor en Derecho por la Universidad da Coruña, España. Actualmente es profesor e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tarapacá, Iquique, Chile, en el área de derecho penal. Su correo electrónico es rnavarro.dolmestch@gmail.com.  0000-0003-0907-5714.

ROBERTO DUFRAIX-TAPIA es doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco, España. Actualmente es profesor e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tarapacá, Iquique, Chile, en el área del derecho penal. Su correo electrónico es robertodufraix@gmail.com.

 [0000-0001-8411-2568](#).



Esta obra está bajo una licencia internacional
Creative Commons Atribución 4.0.