



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 411 BIS, 411 TER Y
411 QUÁTER, RELATIVOS A LOS DELITOS DE TRÁFICO DE
ILÍCITO DE MIGRANTES Y TRATA DE PERSONAS**

ÚRSULA FRANCISCA MANCINI GARRIDO

Memoria presentada a la Escuela de Derecho de la Universidad Finis Terrae para optar al
grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Guía: María Cecilia Ramírez Guzmán

Santiago, Chile

2015.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	x
ABSTRACT.....	xi
KEYWORDS	xi
PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.....	xiii
INTRODUCCIÓN	1
1. Generalidades:	1
2. Antecedentes de Derecho:	2
2.1. Convención Internacional de los Derechos del Niño:	2
2.2. Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía:	2
2.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos, relativos al Combate al Tráfico de Migrantes por vía Terrestre, Marítima y Aérea y la Prevención, Represión y Sanción a la Trata de Personas, en Especial Mujeres y Niños:.....	2
CAPÍTULO PRIMERO: EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES: ART. 411 BIS DEL CÓDIGO PENAL.	4
I. Consideraciones Previas	4
1. Preámbulo	4
2. Generalidades	5
2.1. Regulación	5
2.2. Concepto	6
<i>Alcance de la Expresión Tráfico de Migrantes.</i>	6
<i>Art. 411 bis del Código Penal.</i>	6
2.3. Características del Delito de Tráfico de Migrantes.	7
a) Delito Instantáneo:	7
b) Delito de Emprendimiento:.....	7
c) Delito de Mera Actividad:	8
d) Delito de Peligro Abstracto y Concreto:.....	8
II. Bien Jurídico Protegido.	11
<i>Violación a las Leyes Migratorias como un Bien Jurídico a tutelar.</i>	16

(1) Análisis de fondo:	17
(2) Análisis de forma:	18
III. La Dignidad del Migrante como Bien Jurídico Protegido por el delito de Tráfico de Migrantes del Art. 411 bis del Código Penal.	20
IV. Tipicidad.	23
1. Faz Objetiva del Delito.	23
1.1. Tipo Base: Art. 411 bis Inc. 1°	23
□ Análisis de los factores de la conducta delictiva:	23
a) Sujeto Activo: “El que (...)”	23
i. Ejecución por una Persona Natural.	23
□ Comisión Individual.	24
□ Comisión Colectiva.	25
ii. Ejecución por una Persona Jurídica.	25
c) Sujeto Pasivo:	26
d) Objeto Material:	26
e) Conductas Punibles:.....	27
i. Semántica de la voz “Facilitar” y “Promover”:	27
ii. Determinación del alcance del contenido de la acción típica de Tráfico ilícito de migrantes en el Protocolo.	28
iii. Verbos rectores en la Historia Fidedigna de la Ley N° 20.507.	28
iv. Opinión de la Doctrina Nacional:.....	30
1.2. Tipos Agravados. (Art. 411 bis inc. 2°,3° y 4°).....	31
2. Iter Criminis.	31
3. Faz Subjetiva del Delito	32
4. Elemento Subjetivo del Injusto.	33
4.1. De tendencia interna trascendente: Ánimo de Lucro.....	33
4.2. Elemento normativo del tipo penal: La entrada ilegal.	34
5. Ideas fundamentales y conclusiones preliminares.	36
CAPÍTULO SEGUNDO: EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS PROPIAMENTE TAL- ART. 411 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL.....	38
I. Consideraciones Previas	38
1. Preámbulo	38

2.	Generalidades	38
2.1.	Regulación	39
	Trata de Personas en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas.....	39
2.2.	Alcance de la Expresión Trata de Personas.	40
2.3.	Trata de Personas en el ordenamiento jurídico chileno	40
a)	Estructura en el Código Penal.....	40
b)	Contenido literal del tipo penal del Art. 411 quáter.	40
c)	Características del Delito de Trata de Personas.....	41
i.	Delito con pluralidad de hipótesis alternativas:	41
ii.	Delito Permanente:.....	41
iii.	Delito de Emprendimiento:	42
iv.	Delito de Mera Actividad	42
II.	Bien Jurídico Protegido.	42
III.	Tipicidad.	49
1.	Faz Objetiva del Delito.	49
1.1.	Tipo Base: Art. 411 quáter Inc. 1°	49
□	Análisis de los factores de la conducta delictiva:	49
a)	Sujeto Activo: “El que (...)”	49
i.	De la ejecución por una persona natural:	49
□	Comisión Individual:	49
i.	Tratantes ocasionales.....	49
ii.	Pequeños grupos criminales a nivel regional.	49
iii.	Organizaciones delictivas transnacionales	49
□	Comisión Colectiva:	49
i.	Miembros de familia y amigos que reclutan y a veces venden a las personas.....	50
ii.	Líderes comunales que apoyan a los tratantes.....	50
iii.	Retornados que reclutan	50
iv.	Productores de documentos falsos.....	50
v.	Dueños de medios de transporte y conductores.....	50

vi.	Dueños de hoteles	50
vii.	Agencias de viajes.	50
viii.	Agencias de empleos.	50
ix.	Corrupción de funcionarios	50
ii.	De la ejecución por una Persona Jurídica:	50
b)	Sujeto Pasivo:	51
c)	Objeto material o persona sobre la cual recae la acción:	52
d)	Conductas Punibles:.....	53
i.	Semántica de la voz “Captar”, “Trasladar”, “Acoger” o “Recibir”.	53
ii.	Verbos rectores en la Historia Fidedigna de la Ley 20.507	54
iii.	Opinión de la Doctrina:	55
e)	Modalidades de comisión:	56
□	Reglamentación de los Medios Comisivos:	56
i.	Violencia.....	56
ii.	Intimidación.....	56
iii.	Coacción.....	56
iv.	Engaño.....	56
v.	Abuso de poder.....	56
vi.	Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima.....	56
vii.	Concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.....	56
□	Fundamentación de la reglamentación de los Medios Comisivos:	57
□	Clasificación del delito de Trata de personas de conformidad a los Medios Comisivos empleados: (Alcance de las expresiones utilizadas como descriptoras de los Medios Comisivos):	57
i.	Trata de Personas Forzada.	57
ii.	Trata de Personas Fraudulenta.	57
iii.	Trata de Personas Abusiva.	57
□	Desarrollo de la clasificación de los Medios Comisivos empleados:	57
i.	Trata de Personas Forzada:	57
a)	Violencia:.....	57

b) Intimidación.....	59
c) Coacción:	60
ii. Trata de personas fraudulenta.....	61
□ Alcance del término engaño:.....	61
□ Características del engaño:.....	62
a) Que el engaño sea fraudulento o que actúe como causa determinante en el error de la víctima.	63
b) Que el engaño sea serio	63
c) Que el engaño sea capaz de producir la manifestación de voluntad en el sentido deseado por el hechor.....	63
d) Que exista un nexo de causalidad entre el engaño y la conducta de la víctima.	63
iii. Trata de Personas Abusiva:	63
a) Abuso de Poder:.....	64
b) Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad:	64
c) Aprovechamiento de una relación de dependencia:	65
d) Concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.	66
f) Fines de la Trata de Personas calificada.....	68
i. Trata de Personas con fines de explotación sexual.	68
ii. Trata de Personas con fines de trabajos o servicios forzados.	68
iii. Trata de Personas con fines de servidumbre.	68
iv. Trata de Personas con fines de esclavitud	68
v. Trata de Personas con fines de realizar prácticas análogas a la esclavitud.	68
vi. Trata de Personas con fines de extracción de órganos.-	68
i. Trata de Personas con fines de explotación sexual.	68
ii. Trata de Personas con fines de trabajos o servicios forzados	71
iii. Trata de personas con fines de Servidumbre.	73
a) La servidumbre por deudas entre los jornaleros inmigrantes.	74
b) La servidumbre doméstica involuntaria.	74
iv. Trata de Personas con fines de esclavitud.	74
v. Trata de Personas con fines de realizar prácticas análogas a la esclavitud.	76

vi. Trata de Personas con fines de extracción de órganos.	77
2. Iter Criminis	78
3. Formas de Intervención:.....	79
4. Faz subjetiva del delito.....	81
IV. Ideas fundamentales y conclusiones	82
CAPÍTULO TERCERO: EL DELITO DE TRATA SIMPLE DE PERSONAS O TRATA CON FINES DE PROSTITUCIÓN – ART. 411 TER DEL CÓDIGO PENAL.....	
I. Consideraciones Previas	84
1. Preámbulo	84
2. Generalidades	84
2.1. Historia fidedigna del Art. 411 ter del Código Penal.	84
2.2. Contenido literal del tipo penal.....	85
2.3. Ámbito de aplicación del tipo penal.	85
(1) El delito sanciona al agente, sin que concurren los requisitos típicos del art. 411 bis o del art. 411 quáter.	85
3. Características del delito.....	86
i. Delito de Mera Actividad:	86
Su fundamento se sostiene en que el delito puede llevarse a cabo por cualquier persona, siendo indiferente quien realice la acción.....	87
II. Bien Jurídico Protegido	88
III. Tipicidad	91
1. Faz Objetiva del Delito.	91
Análisis de los factores de la conducta delictiva:	91
a) Sujeto Activo: “El que (...)”.....	91
b) Sujeto Pasivo.....	91
c) Objeto material o persona sobre el cual recae la acción.	92
d) Conductas punibles	92
□ Alcance de la expresión “Entrada y salida del país”.....	92
e) Finalidades de la Trata de Personas Simple.....	93
i. Significado de la voz “Prostitución”	93
ii. Regulación de la Prostitución en Chile:	94
2. La punibilidad de la Promoción o Facilitación de conductas lícitas.	95

3. Iter Criminis	96
4. Faz subjetiva del delito.....	98
5. Elemento Subjetivo del tipo	98
V. Ideas fundamentales y conclusiones	99
CAPÍTULO CUARTO: DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE MGRANTES, TRATA DE PERSONAS CALIFICADA Y TRATA DE PERSONAS CON FINES DE PROSTITUCIÓN.....	100
1. Consentimiento en el delito de Trata de Personas calificada – Art. 411 quáter:	100
2. Consentimiento en el delito de Trata de Personas simple– Art. 411 ter:.....	102
3. Consentimiento en el delito de Tráfico de Migrantes– Art. 411 bis:.....	103
CAPÍTULO QUINTO: CONCURSOS DE DELITOS EN EL TRÁFICO ILÍCITO DE MGRANTES, TRATA DE PERSONAS CALIFICADA Y TRATA DE PERSONAS CON FINES DE PROSTITUCIÓN.	104
I. Generalidades.....	104
1. Concepto	104
a) Concurso aparente de leyes.	104
b) Concurso real o reiteración de delitos.	104
c) Concurso ideal.....	104
i. Concurso ideal homogéneo:.....	104
ii. Concurso ideal heterogéneo:.....	104
II. Aplicación de los concursos más relevantes a los delitos en estudio.	105
1. Delito de Tráfico de Migrantes – Art. 411 bis del Código Penal.....	105
2. Delito de Trata Simple de Personas – Art. 411 ter del Código Penal	106
3. Delito de Trata de Personas calificada – Art. 411 quáter del Código Penal.	107
3.1. Hipótesis concursales en torno a las lesiones:	107
a) Lesiones graves.....	108
i. Lesiones graves gravísimas.....	108
ii. Simplemente graves.	108
(1) Enfermedad cuyo plazo de duración es de más de 30 días	108
(2) Incapacidad para el trabajo por más de 30 días.	108
b) Menos graves	109
c) Lesiones leves	109

3.2. Hipótesis concursales vinculadas al secuestro.....	109
CAPÍTULO SEXTO: COMENTARIOS Y CONCLUSIONES FINALES.....	111
1. Delito de Tráfico de Migrantes – Art. 411 bis del Código Penal:	111
2. Delito de Trata de Personas Propiamente tal – Art. 411 quáter del Código Penal: .	113
3. Delito de Trata de Personas con fines de explotación sexual– Art. 411 ter del Código Penal:.....	118
BIBLIOGRAFÍA	121

RESUMEN

Desde la reciente promulgación y publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 20.507 que: *“Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”* (En adelante Ley N°20.507), ocurrida el año 2011, surge la necesidad de efectuar un análisis de los tipos penales incorporados a nuestro Código Penal, permitiendo así la determinación de su ámbito de aplicación en nuestro sistema punitivo, en donde sea posible, -en definitiva- asimilar los aspectos fundamentales del fenómeno social constituido detrás de estas figuras.

La adhesión de Chile a la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), 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 en Mujeres y Niños”, nos hace cuestionarnos acerca de la motivación del legislador penal en abandonar esta figura contemplada en el ya derogado artículo 367 bis del Código Penal, reformar íntegramente la estructura de esta tipificación penal, e integrar estos nuevos delitos que abordan un modo de comisión más específico, y que contemplan situaciones no vislumbradas por la recién citada figura penal, que amplían el espectro de ejecución, que ya no sólo se circunscribe a la explotación sexual, sino que contempla nuevos fines al respecto. Es por ello que resulta indispensable que nos planteemos las siguientes interrogantes: *¿En qué consiste la pretensión del legislador, y cuál es su fundamento?, ¿Cuál es el bien jurídico amparado por esta nueva legislación?, ¿Existe armonía en estas nuevas figuras penales con el resto de nuestro ordenamiento jurídico?* Con el fin de dar respuesta a estas interrogantes, y a las que de seguro surgirán, hemos propuesto realizar un estudio que comprenda, en primer lugar un análisis de los nuevos tipos penales constituidos. Para ello, se consultará la historia fidedigna de la Ley N° 20.507, y las demás normas que resulten atingentes. Luego, realizaremos una mirada a la Legislación comparada, y al sistema esbozado por ellas para el tratamiento de estos delitos, fundamentalmente referido al análisis de los bienes jurídicos amparados. Y, -para finalizar-, iremos revisando el trato otorgado por nuestros Tribunales de Justicia, examinando la jurisprudencia asentada al efecto.

PALABARAS CLAVES: MIGRACIONES, TRÁFICO DE MIGRANTES, TRATA DE PERSONAS.

ABSTRACT

Since the recent promulgation and publication in the Official Journal of the Law No. 20.507 that "typifies the crimes of smuggling of migrants and trafficking in persons and sets standards for prevention and more effective criminal prosecution", which occurred in 2011, there is a need for an analysis of the offenses included in our Penal Code through this law, thus allowing the determination of the scope of our criminal justice system, and to assimilate, ultimately, the fundamental aspects of social phenomenon constituted behind these figures.

The accession of Chile to the "United Nations Convention against Transnational Organized Crime (Palermo Convention) and its Protocols against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air and to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, " that makes us wonder about the motivation of the criminal legislature to abandon this figure referred to in Article 367 bis and repealed the Criminal Code, fully reform the structure of this criminal offense, and integrate these new offenses that address a more specific way of commission, and situations not contemplated by the newly glimpsed above criminal offense, to broaden the spectrum of implementation, now not only limited to sexual exploitation, but also includes new objectives about it. That is why it is essential that we consider the following questions: What is the intention of the legislator, and what is their foundation? What is the legal property under this new legislation? Is there harmony in these new crimes with the rest of our legal system? To answer these questions, and that surely will arise, we have proposed a study to understand, first an analysis of the new offenses constituted. To do this, the authoritative history of the Law No. 20.507 and other rules that may be consulted. Then we will make a comparative look at legislation, and the system outlined by them for the treatment of these crimes. And- finally-, review the treatment by our courts, examining the effect firmly established.

KEYWORDS

MIGRATION, SMUGGLING OF MIGRANTS, TRAFFICKING IN PERSONS.

ABREVIATURAS / ACRÓNIMOS

Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
BCN	Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
CPR	Constitución Política de la República (1980)
D.O.	Diario Oficial.
Inc.	Inciso.
DFL	Decreto con Fuerza de Ley.
Nº	Número
OIM	Organización Internacional para las Migraciones.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En el análisis de los delitos propuestos en el siguiente estudio, se utilizará la voz: “Tipo”, de acuerdo a su concepción actual, esto es, tal como plantea el profesor Cury: “[Aquel] *constituido por la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas o internas psíquicas), que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico*”.

INTRODUCCIÓN

1. Generalidades:

En el devenir histórico de la humanidad se han tornado inevitables las problemáticas derivadas del desarrollo económico, social y cultural de algunos Estados. Lo anterior ha provocado que personas emprendan la búsqueda hacia nuevas oportunidades, siendo entonces la pobreza el hogar actual, y el desconocimiento el silencioso acompañante que, alberga en los sueños la credulidad en las palabras de quienes vieron en la condición de los vulnerables una estrategia para negociar; las decisiones se presentan erráticas y el viaje pareciera no tener vuelta atrás.

Así, en estos últimos años, los movimientos migratorios se han vuelto más densos y complejos, abarcando todos los continentes con flujos cruzados Norte/Sur, y de manera creciente a nivel Sur/Sur. Todos los Estados deben ahora hacer frente a la imperiosa necesidad de integrar y respetar los derechos de los migrantes¹

Un marco regulatorio común, que garantice la observancia de políticas que pongan atajo a las conductas de los sujetos que obtienen provecho de las desventuras económicas y sociales de quienes miran fuera de la propia patria un lugar nuevo para volver a empezar, hacen surgir la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos.

Lo que viene ahora, es un análisis a su contenido, y de cómo Chile ha acatado las normativas en su propia legislación, materializado principalmente en la promulgación y publicación de la ley N° 20.507.

En las líneas que siguen nos esforzaremos por determinar el alcance de su contenido, y en particular el del alcance de los delitos objeto de esta investigación: Tráfico de migrantes, contemplado en el artículo 411 bis del Código Penal, y Trata de Personas simple (Art.411 ter del Código Penal) y calificada. (Art. 411 quáter del Código Penal)

¹ CONFERENCIA Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos: Estándares y Prácticas. (1º, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. MIGRACIONES Conferencia Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos: Estándares y Prácticas. Santiago, Chile. Monde Diplomatique, 2013, 60 p.

2. Antecedentes de Derecho:

En términos generales, la materialización de las nuevas normas sobre esta materia contenidas en nuestro Código Penal, obedece a una respuesta a los mandamientos impuestos por el legislador penal internacional en diversos instrumentos adscritos por Chile². A continuación los enunciaremos como antecedente referencial, para luego desarrollarlos de forma particular en el análisis propuesto en el estudio de los delitos:

2.1. Convención Internacional de los Derechos del Niño:

En términos muy generales, esta Convención obliga a los Estados Partes a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero³.

2.2. Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía:

Como plantea el informe Comisión Familia, contenido en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.507⁴, se trata de la imposición de obligaciones para los Estados Partes, en orden a la prohibición de la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil; se establece una normativa importante en relación con la protección de las víctimas.

2.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos, relativos al Combate al Tráfico de Migrantes por vía Terrestre, Marítima y Aérea y la Prevención, Represión y Sanción a la Trata de Personas, en Especial Mujeres y Niños:

La Convención dispone que cubrirá la **prevención, investigación y enjuiciamiento** de los **delitos que ella tipifica** cuando sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. Asimismo, el Protocolo Adicional a esta Convención, dispone que los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de

²CHILE. Historia de la Ley N° 20.507: “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal: Informe Comisión Familia, p.44.

³ *Ibidem*, p.45.

⁴ *Ibidem*, p.45.

otra índole, necesarias para tipificar como delito interno las conductas enunciadas en el artículo 3º⁵

⁵*Ibíd*em, p.45

CAPÍTULO PRIMERO: EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES⁶: ART. 411 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

I. Consideraciones Previas

1. Preámbulo

El delito de Tráfico de Migrantes, en términos generales puede categorizarse como lo que se ha denominado en doctrina como: *Delicta iuris Gentium*, esto es, propio a la afectación de intereses fundamentales de la comunidad internacional⁷

En efecto, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, viene en materializar el mandato de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Chile, firma la suscripción a este Protocolo al día 8 de agosto del año 2002, y conviene su ratificación al día 29 de noviembre de 2004.⁸

La tipificación de la figura del Tráfico de Migrantes, a través de la promulgación de la Ley N° 20.507, otorga cumplimiento a las obligaciones impuestas a los Estados miembros de la mencionada Convención.

En definitiva, la normativa recoge la regulación de una situación frecuente en nuestro entorno internacional: *“Los migrantes son vulnerables a la explotación, y su vida corre peligro en muchos momentos: miles de migrantes víctimas del tráfico ilícito han muerto sofocados en contenedores, han perecido en desiertos o se han ahogado en el mar. Los traficantes de migrantes suelen realizar sus actividades con poca o ninguna consideración por la vida de las personas cuyas dificultades han generado la demanda de sus servicios.*

Los supervivientes han relatado historias desgarradoras de sus terribles experiencias: personas hacinadas en depósitos sin ventanas, forzadas a permanecer sentadas sin moverse en medio de orina, agua de mar, heces o vómitos, privadas de alimentos y de agua, mientras a su alrededor otros mueren y sus cadáveres son tirados por la borda o dejados al lado del camino. El tráfico ilícito de migrantes y las actividades que lo rodean

⁶*Smuggling of Migrants*, en su denominación en inglés.

⁷RIQUELME, Constantino. Los Crímenes Internacionales y los Mecanismos de Sanción en Americana Latina. [En Línea][Fecha de consulta 08 de Septiembre de 2013] Disponible en: <http://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/Riquelme%20OrtizFINALformatted.pdf>.

⁸Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Entrada en vigor en Chile: 15 de noviembre de 2000.

*aportan ingentes beneficios a los autores de esos delitos y alimentan la corrupción y la delincuencia organizada. Son un negocio mortífero que debe combatirse con la máxima urgencia”*⁹

Uno de los atajos que se precisan para el control de calamidades como la citada con anterioridad, se encuentra en el Artículo 411 bis de nuestro Código Penal, que contempla una figura base, y la agravación del tipo penal en los casos en que se vulnere la integridad física, psíquica, salud o vida del migrante.

En el presente capítulo ofrecemos un análisis jurídico del tipo penal referido, que comprende una observación del tipo, desde su faz objetiva como subjetiva; una propuesta de determinación del bien jurídico tutelado por la figura, y un ítem con las conclusiones e ideas fundamentales que se obtienen de la investigación.

2. Generalidades

2.1. Regulación

El 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., señala en su artículo 3º: “Definiciones”, del título I: “Disposiciones Generales”, en su letra a) que se entenderá por “tráfico ilícito de migrantes”: *La facilitación en la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero de orden material*¹⁰.

En cuanto a su incorporación dentro de nuestra legislación, el delito de Tráfico de Migrantes se inserta dentro del Libro II: “Crímenes y Simple Delitos y sus Penas”, en el Título VIII: “Crímenes y Simple delitos contra las personas”, en el Párrafo 5 bis: “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas” del Código Penal.

⁹UNODOC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito. Tráfico ilícito. [En línea] 2009. [Fecha de consulta: 07 de Septiembre de 2013] Disponible en: < http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant_Smuggling/09-81209_Spanish_ebook.pdf>

¹⁰ 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.

2.2. Concepto

Alcance de la Expresión Tráfico de Migrantes.

La UNODC, define la expresión *Tráfico* como: “Comerciar de manera ilícita las mercancías”¹¹

En cuanto a la expresión *Migrante*, el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, conceptualiza el término como:

“Personas que se encuentran fuera del territorio del [E]stado del cual son ciudadanos o nacionales, y que no disfrutaban de la condición de refugiado, de residente permanente ni de otra condición similar, ni tampoco de la protección legal que otorgan los acuerdos diplomáticos. Esta definición se aplica a los individuos que cumplen con los criterios anteriormente señalados sin importar la forma en que cruzaron la frontera o si su estadía en un país de tránsito o de destino es legal”.¹²

Art. 411 bis del Código Penal.

Artículo 411 bis.- Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere

¹¹MAZZITELLI, Antonio y PÉREZ, Carlos; El tráfico ilícito de Migrantes: La perspectiva y labor de UNODC [En línea], Colombia. [Fecha de consulta: 04 de Septiembre de 2013] <<http://www.aiamp.org/index.php/documentos32?task=document.viewdoc&id=83>>

¹²Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia [En línea]. 2010 [Fecha de consulta: 04 de Septiembre de 2013]. Disponible en: <http://www.ichrp.org/files/summaries/40/122_pb_es.pdf>

ejecutado, aun sin ánimo de lucro por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260.

2.3. Características del Delito de Tráfico de Migrantes.

a) Delito Instantáneo:

El profesor Garrido Montt¹³, señala que los delitos instantáneos son aquellas figuras que describen acciones que, -dada su naturaleza-, su ejecución puede ser breve o prolongada en el tiempo, pero cuya consumación se produce en un único instante, y junto con ello esa ejecución se termina.

Como expone GAJARDO y TORRES¹⁴, la consumación del delito de Tráfico de Migrantes tiene lugar con la sola facilitación o promoción de la entrada ilegal al país del cual el migrante objeto del ilícito no es residente.

En concreto esto implica que, por ejemplo, ya habría un delito de tráfico de migrantes consumado, desde el momento en que el traficante comenta a la víctima las posibilidades de que ella pueda ingresar ilegalmente al país.

b) Delito de Emprendimiento:

El Tráfico ilícito de migrantes, puede categorizarse como una *empresa criminal especialmente penada por la ley*¹⁵, puesto que la realización en múltiples ocasiones de una misma conducta no configura varios ilícitos, sino sólo uno de ellos.¹⁶

¹³ GARRIDO Montt, Mario. (3ª .ed.) Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 465p.

¹⁴ GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica. Los tipos penales de Tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507. Revista Jurídica del Ministerio Público, (47): 295-231, junio 2011.

¹⁵ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; y RAMÍREZ María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial, 2ª.ed. Santiago, Chile, 2004, 691 p. A propósito del delito de tráfico de estupefacientes, en donde, una persona que compre, venda, importe o distribuya a una misma persona, sustancias prohibidas no supone la realización de tantos delitos como personas intervienen, sino de una única *empresa criminal*, penada especialmente por la ley.

¹⁶ RUIZ Delgado, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000”. [En línea]. 2009. [Fecha de consulta: 08 de Septiembre de 2013]. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf>

La valorización de este delito como uno de emprendimiento –en principio-, implica considerar irrelevante cuántas veces se realice la conducta típica, y asimismo respecto de quién o quiénes recaigan¹⁷.

Al respecto consideramos que debe efectuarse un matiz, respecto a lo que el mismo tipo penal distingue. Esto es, en el caso de que se pusiere en peligro la integridad física y salud del afectado. (Art. 411 bis inc. 3º del Código Penal)

No puede catalogarse de igual manera aquel tráfico que tiene por objeto a las personas, respecto de las cuales –precisamente-, pueden concurrir variedad de hipótesis delictuales, que configuran nuevos tipos penales y que lesionan bienes jurídicos de estos titulares en mayor o menor magnitud.

c) Delito de Mera Actividad:

Para el profesor Garrido Montt¹⁸, delitos de mera actividad o formales son aquellos que se consuman con la estricta y sola realización de la acción en que consisten o por incurrir en la omisión respectiva.

El delito en estudio no exige la materialización de un resultado para que se entienda consumado. Basta con que se promocióne o facilite con ánimo de lucro, la entrada ilegal de una persona para que se configure la conducta típica.

d) Delito de Peligro Abstracto y Concreto:

La calificación de la conducta dentro de esta categoría que clasifica a los delitos en cuanto a la **intensidad del ataque al bien jurídico protegido** no resulta ser del todo sencillo. Precisamente, porque existe gran discusión en torno a cuál es el bien jurídico amparado por esta figura; análisis en que nos adentraremos en el próximo apartado; pero, que –sin entrar en mayores detalles-, se sostiene mayormente en determinar si se tutela al **Estado**, en cuanto a su sistema migratorio, o bien el **migrante** en cuanto a su dignidad (Postura que adhiere la presente investigación) o en cuanto a su vida e integridad física.

¹⁷ *Ibidem*, p.20

¹⁸ GARRIDO Montt, Mario; Op. Cit., p. 252.

El profesor Garrido Montt,¹⁹ define al **delito de lesión** como aquel que para su perfeccionamiento, o sea su consumación, exige que realmente se produzca la lesión o menoscabo del bien jurídico que está destinado a proteger.

Por su parte, el **delito de peligro** es aquel que se satisface con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico que se pretende amparar con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción [efectiva] de la lesión. Ahora, los **delitos de peligro abstracto** no requieren la verificación de si la acción estuvo en la real posibilidad de lesionar al bien objeto de protección. Haya o no creado un riesgo, la conducta se estima en sí misma peligrosa, y por ello su prohibición se conmina con una sanción penal. Por otra parte, **los delitos de peligro concreto** se caracterizan porque la conducta debe realmente haber creado un efectivo riesgo para el bien jurídico protegido.

Dicho esto, es preciso que para dilucidar el asunto realicemos ciertas distinciones en el texto del tipo penal del art. 411 bis del Código punitivo. A saber:

– **Art. 411 bis inc. 1º:**

“El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.”

Si consideramos que el bien jurídico tutelado por este delito es el la integridad física y vida del migrante, nos encontraríamos ante un delito de peligro abstracto, puesto que supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción.²⁰

Por otra parte, si consideramos que el bien jurídico amparado es el flujo migratorio Estatal, estaríamos ante un delito de peligro concreto, puesto que la facilitación o promoción de la entrada ilegal, supone un peligro efectivo para el sistema migratorio del país.

– **Art. 411 bis Inc. 2º y 3º**

“La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.”

¹⁹ GARRIDO Montt, Mario; Op. Cit., p. 253.

²⁰ MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, José Manuel. Ley 20.507, tipifica el tráfico de inmigrantes y trata de personas. Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, Minuta (5): 4-22, agosto 2011. En línea: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5734-2.pdf>

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.”

Si consideramos que el bien jurídico tutelado por este ilícito es el flujo migratorio Estatal, tendríamos que sostener, que el delito es de carácter pluriofensivo, y que en esta parte resguarda: la integridad física y vida del migrante, catalogándose en cuanto a la intensidad del ataque al bien jurídico protegido, como un delito de peligro concreto.

– **Art. 411 bis inc. 4º:**

“Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260”

El inciso final, agrava la sanción cuando el hecho fuere ejecutado, aún sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Además de las penas previstas en los incisos segundo y tercero, es decir las que corresponden a la creación de un peligro concreto, se contempla la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo. Se trata de un delito especial impropio de peligro abstracto (de desplegarse únicamente la conducta del inciso primero), o concreto (de desarrollar la conducta base provocando una situación de peligro a bienes jurídicos personalísimos del inmigrante). El tipo exige que el sujeto activo actúe en ejercicio de su cargo (ejecutando un acto propio de su cargo), o abusando de él (omitiendo un acto o ejecutando un acto con infracción de los deberes del cargo). Para que tal circunstancia concurra será preciso acreditar que el sujeto activo posee efectivamente la cualidad de funcionario público, el abuso de poderes o deberes inherentes a tal condición y, por último, la finalidad de utilizar las ventajas del cargo para ejecutar el delito con menor riesgo o mayor facilidad.²¹

²¹ *Ibidem*, p.17.

II. Bien Jurídico Protegido.

Como señala Welzel, bien jurídico *es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente. Bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones.*²²

En el caso del tipo penal en estudio, no existe unanimidad en la doctrina nacional ni comparada respecto a cuál es el bien jurídico específico que se protege con su establecimiento. En palabras de Mardones y Fernández: *“Lo primero que se debe constatar es la presencia de una multiplicidad de interpretaciones en la determinación del interés que subyace en esta normativa”*²³.

A continuación plantaremos la discusión, analizando las tesis que se han propuesto tanto en la doctrina nacional, como en la doctrina comparada, resaltando que en la interpretación de esta norma penal, el bien jurídico tiene una función básica y trascendental; tal como expone Bustos: *“El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate.”*²⁴

Exponemos pues, las hipótesis que se han propuesto para definir el Bien Jurídico amparado por el delito en estudio:

Si bien no existe una disposición expresa en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que señale cuál es el bien jurídico que se tutela por la figura penal de “Tráfico ilícito de migrantes”, se desprende de los propósitos enunciados por el mismo, que principalmente se pretende resguardar al **Estado**, en cuanto su sistema migratorio, el que ciertamente se afecta o se pone en peligro con la promoción o facilitación

²² WELZEL, Hans. Traductor: Carlos Fontán Balestra. Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Argentina, Roque de Palma Editores, 1952., p. 5-6.

²³ MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, José Manuel. Ley 20.507, tipifica el tráfico de inmigrantes y trata de personas, Op. Cit, p. 13.

²⁴ BUSTOS Ramírez, Juan. Lecciones de Derecho Penal, Volumen II. Primera Edición. Madrid. Editorial Trotta, 1999, 431p. . (Consulta p. 61)

de la entrada ilegal de migrantes²⁵. (El destacado es nuestro). Así también se infiere del Preámbulo del Protocolo, al convenir entre sus disposiciones:

“Los Estados Parte en el Presente Protocolo,

Preocupados por el notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de migrantes y otras actividades delictivas conexas tipificadas en el presente Protocolo, que causan graves perjuicios a los Estados afectados (...),”²⁶

En Guatemala se ha entendido que el Bien Jurídico afectado por este delito sería, -en principio- la **Soberanía del Estado**. Tal como expresa la “*Recomendación de Reformas Legales y Reglamentarias de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala: Tráfico Ilícito de Migrantes*”, la tipificación en el Código Penal en esta Nación del delito tratado en este acápite, se encuentra ausente a pesar de ser uno de los países de los cuales adscribe a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y encuentra vigente el Protocolo²⁷. No obstante lo anterior, se reconoce esta falencia y lo perjudicial de esta situación. Así, -ya en el Resumen Ejecutivo-, la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, advierte que no obstante, el bien jurídico protegido por el tráfico ilícito de migrantes, corresponda a la soberanía del Estado, en la práctica se vulnera los derechos humanos de los migrantes, y se encuentra asociado asimismo a estructuras criminales que procuran y/o gozan de impunidad [en este país].²⁸

En Colombia en cambio, se ha entendido que la figura es *pluriofensiva*, tutelando con su tipicidad **el orden estatal** sobre normas que regulan el ingreso y la salida de personas de

²⁵GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica. Los tipos penales de Tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507. Revista Jurídica del Ministerio Público, (47): 295-231, junio 2011.

²⁶Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Entrada en vigor: 15 de noviembre de 2000.

²⁷UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. [En línea [Fecha de consulta: 05 de septiembre de 2013] <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-12 b&chapter=18&lang=en&clang=_en>]. [Idioma de lectura: Inglés]

²⁸INTERNATIONAL COMMISSION AGAINST IMPUNITY IN GUATEMALA. Recomendación de Reformas Legales y Reglamentarias de la Comisión internacional contra la impunidad en Guatemala. 2010 [Fecha de consulta 01 de septiembre de 2013]. Disponible en: <http://cicig.org/uploads/documents/reforma_institucional/REFOR-INST_DOC16_20111125_ES.pdf >

un país, la **autonomía personal**, el derecho al trabajo, la dignidad de la persona y su libertad²⁹.

La legislación Argentina, regula el delito de “Tráfico ilegal de Personas”, en la Ley de Migraciones Número 25.871, específicamente en su artículo 116³⁰. De conformidad a lo señalado en el fallo *Tazza, Alejandro con Carreras, Eduardo Raúl*: “Las disposiciones penales contenidas en la Ley de Migraciones afectan al bien jurídico relacionado con el control estatal sobre las actividades migratorias (...)”³¹”

Asimismo, resulta interesante mencionar la tesis postulada por la abogada, especialista en Derecho Penal: Josefina González³², quien aborda el tema desde una óptica diversa, estudiando los delitos migratorios contemplados en la legislación penal Argentina, desde la perspectiva penal económica. Al respecto, en una parte de su investigación, la autora se cuestiona, si los delitos en contra del orden migratorio, integran o no el Derecho Penal Económico, concluye finalmente que efectivamente estos delitos constituyen una de las derivaciones o formas del crimen organizado, de carácter transnacional, que genera para sus autores un lucro productivo muy elevado, y que involucra también un altísimo número de víctimas.

Zanjado este punto, a lo que Bien Jurídico Protegido estrictamente respecta, la autora expone un análisis perteneciente a otros catedráticos; cita a Luis Arroyo Zapatero³³, quien sostiene desde una visión puramente funcionalista, que lo tutelado por este delito sería **la**

²⁹Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, rechaza recurso de casación en contra sentencia de segunda instancia que condenó como autor penalmente responsable del concurso de delitos de tráfico de migrantes agravado y falsedad ideológica en documento público, 12 de octubre de 2006, Jurisprudencia Departamento de Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda, p.9. Accesible en: [\[http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.usergioarboleda.edu.co%2Fderecho_penal%2Findice_tematico_sistema_pena_l_acusatorio%2F25465%252812-10-06%2529.doc&ei=NgmHVlaAGZfioASvqYGoAg&usg=AFQjCNHHJkmlhUXQva3hQWvScd8IHA0mwg&sig2=3sMu5TRaQpmj3UnPH_g0PQ\]](http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.usergioarboleda.edu.co%2Fderecho_penal%2Findice_tematico_sistema_pena_l_acusatorio%2F25465%252812-10-06%2529.doc&ei=NgmHVlaAGZfioASvqYGoAg&usg=AFQjCNHHJkmlhUXQva3hQWvScd8IHA0mwg&sig2=3sMu5TRaQpmj3UnPH_g0PQ)

³⁰ARGENTINA. Ministerio Público Fiscal. Tráfico Ilícito de Migrantes [En línea], Argentina, [Fecha de consulta:08 de septiembre de 2013 <<http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/trata/EIDelito/Migraciones/Migraciones.pdf>>

³¹*Ibidem*, p.16.

³²GONZÁLEZ Núñez, Josefina. Tráfico Ilícito de Inmigrantes y otros delitos Migratorios [En línea], Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. 2008 [Fecha de consulta: 06 de Septiembre de 2013]. Disponible en <<http://www.ciidpe.com.ar/area2/Delitos%20migratorios.%20Gonzalez%20Nunez.pdf>>

³³Citado por, GONZÁLEZ Núñez, Josefina. Tráfico Ilícito de Inmigrantes y otros delitos Migratorios, Op. Cit., p. 4.

política migratoria del Estado [El destacado es nuestro], pues a través de la gestión de los flujos migratorios se pretende la prevención de problemas sociales y la preservación de la identidad cultural.³⁴ La investigadora, expone la crítica a esta teoría, que se fundamenta en que se estaría legitimando la tutela de objetivos de organizaciones políticas, sociales y económicas, por lo que no se estaría cumpliendo la función propia del Derecho Penal, que es tutelar víctimas, y no funciones.

Siguiendo con su reflexión, cita a Rodríguez Montañez³⁵, quien señala que lo tutelado en este delito, sería el orden social-económico. Mientras que, para Serrano Piedecasas³⁶ lo protegido es el derecho a la integración social de los inmigrantes. Rodríguez Mesa³⁷, sostiene la tesis de que lo resguardado es el estatus del extranjero residente, comprensivo de todo el conjunto de derechos reconocidos por la legislación a los extranjeros residentes.

Por último, Ana Pérez Cepeda³⁸, entiende que lo tutelado es la dignidad humana de los extranjeros, al encontrarse en una situación especial de vulnerabilidad frente a ataques específicos que presentan un nivel de gravedad notable. Maihofer³⁹, crítica esta postura, indicando que, en realidad, la dignidad humana puede y debe servir, en cuanto valor puro, como fuente de objetos referidos mediata o inmediatamente a ese valor, del cual emergen así los bienes jurídicos, o sea, el conjunto de condiciones materiales e inmateriales que posibilitan la preservación y el desarrollo del individuo y de la sociedad en una existencia digna del hombre. Según su opinión, los distintos bienes objeto de tutela se substraen por principio a la nota que distingue a la dignidad del hombre.

Por su parte, Hairabedián⁴⁰, entiende que se protege la incolumidad de la función migratoria del Estado, tanto en lo que atañe a la regularidad del tránsito transnacional de personas, así como también las condiciones de permanencia de los extranjeros en la República. Conforme a esta opinión, dicha función se ubica en la tutela general de la administración pública, que tiene por objeto el normal desenvolvimiento de todos los poderes estatales frente a los abusos de quienes lo integran o de los ataques a terceros.

³⁴ *Ibidem*, p.4.

³⁵ *Ibidem*, p.4.

³⁶ *Ibidem*, p.4.

³⁷ *Ibidem*, p.4.

³⁸ *Ibidem*, p.4.

³⁹ *Ibidem*, p.5.

⁴⁰ *Ibidem*, p.5.

En resumen, para la autora, los delitos migratorios, como integrantes del derecho penal económico, constituyen uno de los sectores de la parte especial en la que la utilización del concepto bien jurídico es más ardua y problemática, toda vez que los objetos de tutela son más difíciles de aislar y recortar al afectar una serie de intereses de distinta naturaleza, con respecto a los cuales, existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo: intereses individuales y de grupo, intereses “difusos” e intereses referidos a la comunidad considerada en forma unitaria.⁴¹

En cuanto a Chile, para abordar el tema, primeramente hemos decidido introducirnos en la Historia Fidedigna del establecimiento de la normativa, que resguarda al delito de Tráfico Ilícito de Inmigrantes, a saber, la Ley N° 20.507, que introdujo al Código Penal el delito en comento. Así, en el Informe Comisión Familia, se especifica que el Tráfico de Personas, es un delito en contra del Estado una violación a las leyes migratorias⁴², referencia que nos permite argüir que este último concepto constituye el bien jurídico a proteger.

Considerando que el objeto de protección del Derecho Penal, son los valores fundamentales que facilitan la convivencia humana pacífica, de tal entidad, que una alteración a este valor de manera reiterada en el tiempo impediría el mantenimiento de aquella; se nos invita a reflexionar si una violación a las leyes migratorias reviste las características de tal envergadura.

Sin duda, el tema no es feliz, debido a la función exegética o interpretativa de los bienes jurídicos, en orden a que los tipos penales se deben interpretar siempre mirando el bien jurídico que protegen, de modo tal que este elemento sirve al intérprete para fijar el ámbito de aplicación de la norma, cuyo alcance se busca determinar. La cuestión se dificulta aún más, si se tiene presente que la reciente tipificación del delito, ha impedido un pronunciamiento extensivo por parte de la doctrina nacional.

En este sentido, cruzamos fronteras y revisamos los postulados de Gabriela Rodríguez Pizarro, que señala que el Bien Jurídico que se protege es la Soberanía del Estado, en cuanto que el sujeto pasivo de este delito es el Estado y no el migrante. Sin embargo,

⁴¹ *Ibidem*, p.6.

⁴² CHILE. Historia de la Ley N° 20.507: “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal: Informe Comisión Familia, p.46.

advierde que al darse los aspectos que agravan la figura, el migrante será sujeto pasivo de los delitos que se cometan contra su persona⁴³.

Planteado el escenario de conflicto, para otorgar una resolución nos haremos cargo de él, proponiendo una postura que permitiría pacificar el tema, al menos en nuestro sistema:

Violación a las Leyes Migratorias como un Bien Jurídico a tutelar.

Como mencionábamos recién, se trataría del valor que el legislador quiso resguardar con la tipificación de la conducta delictiva del art. 411 bis.

Enunciar la “Violación a las leyes migratorias”, como un valor desde ya causa cierta extrañeza, sobre todo cuando estamos acostumbrados al amparo de valoraciones con una consideración abstracta como la “vida”, “propiedad”, “libertad sexual”, etc.

Más extrañeza nos causa aún, abandonar en el resguardo a quien precisamente encabeza el título de este delito: “El migrante” (lo anterior, ciñéndonos exclusivamente a la figura base del art. 411 bis, no contemplando la forma agravada del tipo penal, ni la ejecución de otras figuras penales) y es que la consideración del quebrantamiento a la legislación migratoria como el bien jurídico protegido, implica inmediatamente la consideración del Estado como sujeto pasivo y víctima de esta tipo penal. En otras palabras, *¿Qué sucede con el migrante que v.gr.; fue forzado prescindiendo de modo absoluto de su voluntad, a atravesar los límites fronterizos de su país? ¿Cómo se ampara por esta figura penal, a quien ha soportado un viaje tormentoso, se le ha apartado de su familia, de su cultura, de sus costumbres y en definitiva de su propia patria?*

Ya lo hemos dicho, la cuestión no es menor, el bien jurídico protegido determina la interpretación inmediata de la norma. Sin duda, el alcance no será el mismo considerando la tutela del sistema migratorio del país, que la integridad misma del migrante.

⁴³ RODRÍGUEZ Pizarro, Gabriela. La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en el marco de los derechos humanos. [en línea] Ponencia en mesa de trabajo Migración, derechos humanos y ciudadanía, Conferencia Regional Sobre Migración. <<http://www.crmsv.org/documentos/SEGIB/7%20terceraParte.pdf>> [consulta 05 de septiembre de 2013].

Fundamentaremos, que el resguardo penal se encuentra orientado más bien a la **dignidad del migrante**, que al quebrantamiento del sistema migratorio analizando la situación desde una perspectiva de forma y otra de fondo.

(1) Análisis de fondo:

- i. De conformidad a los planteamientos de Mardones y Fernández⁴⁴, desde una visión estrictamente funcionalista la tipificación del delito de inmigración ilegal se funda en una tutela o protección de la política migratoria del Estado. Ahora bien, aceptando que la *ratio legis* del precepto es el control de los flujos migratorios, **no puede ser el bien jurídico protegido**, ya que de lo contrario se encierra un peligro de corte totalitario, en el que, como nota característica, el bien jurídico protegido pierde cualquier referencia individual para funcionalizarse de acuerdo con las necesidades colectivas. En cualquier caso, se debe tener en cuenta que el hecho que la Constitución establezca en su artículo 1º que: “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”⁴⁵ como fundamento del orden político, sirve para eludir cualquier riesgo de una subordinación del individuo, en este caso de los ciudadanos extranjeros, a las exigencias del sistema. Es por ello que la protección de bienes jurídicos supraindividuales, como a su vez indica Hassemer, es legítima sólo en cuanto supone una defensa del individuo⁴⁶. En esta línea y admitiendo las intenciones explícitas del legislador, puede interpretarse que *la ratio legis* del precepto legal es el control de flujos migratorios, pero no el bien jurídico penal protegido.

- ii. Si nos enfocamos en la naturaleza de *la Violación a la Legislación Migratoria*, podemos destacar que su regulación se encuentra en diversos cuerpos normativos de rango legal e infra-legal. Así, nos encontramos con la “Ley de Extranjería” (Decreto

⁴⁴ MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, Op. Cit, p.13.

⁴⁵ Constitución Política de la República de Chile. (Decreto N° 100; “Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile”). Publicado en el Diario Oficial al 22 de septiembre de 2005.

⁴⁶ HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico* (trad. P.S. Ziffer). Doctrina Penal, abril-septiembre de 1989, citado por MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, Op. Cit, p.13

Ley N° 1094, de 14 de julio 1975), dicho Decreto Ley cuenta con un Reglamento que detalla y regula su aplicación.

En este sentido, podríamos sostener que se trata de una regulación de carácter administrativo, pues su contenido regula la organización, funcionamiento y atribuciones de la administración pública, de su relación con los particulares y entre los órganos del Estado. Siguiendo con este razonamiento, la *Violación a la Legislación Migratoria*, debiese necesariamente implicar la aplicación de una sanción administrativa y no de una sanción penal, pues precisamente la finalidad de una sanción de carácter administrativo, es sancionar conductas (graves o no) que atentan contra la estructura, organización y funciones del Estado⁴⁷.

(2) Análisis de forma:

- i. Recordemos que el delito de Tráfico de Migrantes se inserta en el Título VIII: “Crímenes y Simples delitos contra las personas”, dentro del Libro II: “Crímenes y Simples Delitos y sus Penas”.

El quebrantamiento de la Legislación Migratoria de un Estado, está lejos de constituir una persona. Por lo que, necesariamente debe atribuirse su inclusión en este título como un resguardo para el Migrante que ha sido víctima de tráfico.

- ii. De acuerdo con la Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.507, en un examen a la moción parlamentaria que inicia el Proyecto, es posible evidenciar que existía un Primer Título, denominado: “De los Delitos Contra la Libertad e Integridad Física de las Personas Vinculados al Tráfico de Personas”, en donde se tipifica el delito de promoción de tráfico de personas.⁴⁸

⁴⁷CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal: Parte General. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, 812 p.

⁴⁸CHILE. Historia de la Ley N° 20.507: “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal: Moción Parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional, p.14

En síntesis, podríamos sostener las siguientes aseveraciones concluyentes:

- i. Existe una multiplicidad de interpretaciones en cuanto a lo que Bien Jurídico Protegido respecta.
- ii. La regla general es que los países que adscriben a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, e incorporan el Protocolo respectivo, establezcan como Bien Jurídico a proteger la Soberanía Externa del Estado, concretamente en el no quebrantamiento del Sistema Migratorio.
- iii. A pesar de lo anterior, el tema no es pacífico, y el debate se orienta a la tutela del migrante, en cuanto a su dignidad e integridad.
- iv. En Chile, el tema es aún más difícil de interpretar. Inicialmente el Proyecto de Ley, se establecía para dar un freno al Tráfico de Niños. Sin embargo, se desvía este fin primero, y ya en los trámites constitucionales posteriores se incorporan las figuras penales del Protocolo, y se señala que el Bien Jurídico, se materializaría en la no *Violación a las Leyes Migratorias*.
- v. En atención a la naturaleza jurídica de una *Violación a las Leyes Migratorias*, el quebrantamiento efectivo daría lugar a la imposición de una sanción administrativa y no a una sanción penal.
- vi. Siguiendo a Mardones y Fernández, la protección al sistema migratorio encuentra su fundamento en la medida que se considere como la ratio legis del precepto, pero nunca como el Bien Jurídico amparado por el legislador.
- vii. De conformidad a lo preceptuado por parte de la doctrina nacional y comparada, creemos sin embargo, que el Bien Jurídico corresponde a la dignidad del Migrante. Lo que, -en parte- permitiría explicar su incorporación en el título VII del Código Penal.

III. La Dignidad del Migrante como Bien Jurídico Protegido por el delito de Tráfico de Migrantes del Art. 411 bis del Código Penal.

En general, la *dignidad* considerada como un bien jurídico ha sido bastante discutida. En este sentido, no debemos perder de vista, que *“la misión del Derecho Penal, es la protección de los bienes jurídicos, y es precisamente esta función, la que le otorga legitimidad para imponer castigos o adoptar medidas de protección. El legislador penal, por tanto, no es libre para sancionar cualquier conducta, sólo puede reprimir aquella que en alguna forma lesiona o pone en peligro uno de esos intereses sociales o individuales apreciados como fundamentales”*⁴⁹

Para decidir la inclusión de la dignidad como un bien jurídico a tutelar por el Derecho Penal, es preciso determinar su alcance. En este respecto, recordemos lo preceptuado por el Constituyente, y –ya citado por nosotros- en el artículo 1º inc. 1º de la Constitución Política de la República: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.

La materialización de la dignidad del ser humano como un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, se condice con lo preceptuado por uno de los mismos elementos presentes en el concepto de bien jurídico: “[...]de ser afectados de manera reiterada en el tiempo, impedirían la convivencia humana pacífica, haciendo peligrar la existencia misma del grupo social.”⁵⁰ En este sentido, y en respuesta al principio de Supremacía Constitucional, resulta lógico que toda norma, se ajuste de un modo formal y de fondo a los mandatos constitucionales. Así, un resguardo a la dignidad en un tipo penal, resulta ser una consecuencia lógica y esperable del legislador penal y del ordenamiento jurídico en general.

Además, se hace necesario justificar la tipificación de esta conducta en nuestro ordenamiento jurídico penal, en aras a determinar el límite a la potestad punitiva del Estado, de lo contrario, atentaría contra la legitimidad de la normativa en comento.

⁴⁹*Supra*, Nota al pie N° 13

⁵⁰FIGUEROA Ossa, Ulda. Apuntes de Curso: Derecho Penal, Parte General: Introducción al Derecho Penal. Santiago, Chile, Inédito, 2011, p. 20.

Dicho esto, es conveniente definir lo que entendemos por *dignidad*: **Atributo inherente a todo individuo, que se traduce en la estima y respeto que como ser humano toda persona merece, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación.**⁵¹

Consideramos que la realización de la conducta típica de Tráfico de Migrantes importa una transgresión a la dignidad del migrante, pues: “*Una voluntad no debe quedar nunca a merced de lo que otra arbitrariamente disponga*”⁵².

La tutela de otro bien jurídico por parte de este ilícito, permitiría sostener que resultaría legítimo la imposición de la voluntad del traficante por sobre la voluntad del migrante mismo.

Junto con esto, importan también los efectos vinculados al desarraigo del migrante, que Cancado, explica del siguiente modo: “Podemos plantear el tema del desarraigo desde la perspectiva del derecho a permanecer en el propio hogar, vinculando éste con la problemática de derechos humanos que surge a propósito de la concreción de aquel. Señala que el derecho a permanecer “encuéntrese implícito en el derecho de salir del propio país y de retornar a él (...) incluye el derecho a la libertad de movimiento y residencia dentro del propio país”, vinculándose también “a otros derechos fundamentales porque, cuando las personas son forzadas a abandonar sus hogares toda una serie de derechos es amenazada, inclusive el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, la no discriminación, el derecho a no ser sometido a tortura o tratamiento degradante, el derecho a la privacidad y a la vida familiar.”⁵³

Si bien el concepto de dignidad humana no puede ser considerado [como] un bien jurídico a la par de aquellos con los que se ha trabajado clásicamente por parte de la política

⁵¹Definición elaborada a partir del concepto entregado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994, citado por: DE LA CUESTA Aguado, Paz Mercedes. Persona, Dignidad y Derecho Penal [En línea]. [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/13.pdf>>

⁵²LABRADA Rubio, Valle. La dignidad del hombre y el ejercicio de los derechos humanos. [En línea]. Madrid. [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0000110095A/21050>>

⁵³CANCADO, Antonio; citado por: SOTO Donoso, Francisco; DONOSO, Soto Francisco. Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3º del Protocolo de Palermo. Revista Jurídica del Ministerio Público, (39): 177.

criminal y de la dogmática penal, si estaría presente como objeto de tutela jurídica en algunos delitos determinados en que se producen efectos humillantes e ignominiosos para la víctima.⁵⁴ Soto Donoso, ejemplifica lo anterior con los delitos de tormentos y apremios ilegítimos del artículo 150 A, los delitos vinculados a la pornografía infantil de los artículos 366 quinquies y 374 bis, así como los delitos de calumnias e injurias de los artículos 412 y 416, respectivamente. Nosotros agregamos, que en el ámbito comparado se ha tutelado expresamente la dignidad de la mujer y el hombre mediante la protección frente al acoso sexual en el lugar de trabajo⁵⁵.

Soto Donoso, citando a su vez Alonso Álamo, quien se refiere precisamente a esta problemática, señala que: “Son de destacar las palabras de Romeo Casabona quien, después de sostener que la dignidad humana puede ser lesionada a través de o en conexión con la agresión de los concretos derechos fundamentales, afirma que no toda lesión de los mismos implica necesariamente la lesión de la dignidad. De donde se deriva que la dignidad es algo que está detrás e informa los citados derechos, pero “algo” distinto. Dicho “remanente” o “residuo”, ese “algo” singular y distinto, que paradójicamente constituiría la esencia misma de la persona, podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona.

Quienes no reconocen a la dignidad humana como el bien jurídico amparado en la figura penal, admiten al menos que estuvo presente como idea fuerza en el plano político criminal y que quizás fue el motor que le dio sentido a esta reforma del Código Penal.⁵⁶

⁵⁴SOTO Donoso, Francisco; Op. Cit. p, 59.

⁵⁵“Ziel des Gesetzes ist die Wahrung der Würde von Frauen und Männern durch den Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz”, citado por: CAAMAÑO Rojo, Eduardo. El bien jurídico protegido frente a los actos de acoso sexual en el lugar de trabajo” [En línea]. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXV. [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2014]. <<http://ocw.pucv.cl/cursos-1/der351/materiales-de-clases/articulos-profesor/bien-juridico-prottegido-frente-al-acoso-sexual>>

⁵⁶ SOTO Donoso, Francisco; Op. Cit. p, 61.

IV. Tipicidad.

1. Faz Objetiva del Delito.

A continuación abordaremos el cumplimiento de los requisitos típicos específicos del delito, analizando por una parte la figura base y las hipótesis agravadas.

1.1. Tipo Base: Art. 411 bis Inc. 1°

– Análisis de los factores de la conducta delictiva:

a) Sujeto Activo: “El que (...)”

La expresión utilizada por el legislador para designar al sujeto activo de este delito, nos indica su **indeterminación** en cuanto a quien da lugar a su ejecución.

Al efecto, realizaremos un distingo, en tanto si la comisión es efectuada por una Persona Natural o por una Persona Jurídica.

i. Ejecución por una Persona Natural.

En términos generales, tratándose del agente del delito, el Profesor Garrido Montt, efectúa una distinción, indicando que en los delitos comunes, realizándose la acción por personas naturales, resulta admisible una hipótesis de comisión individual, o bien, colectiva⁵⁷

Por su parte, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), define al autor de este tipo penal en particular, como: *La persona que actúa como traficante o intermediario, y que facilita el traspaso de fronteras. Puede ser un solo traficante o actuar en red.*⁵⁸

A continuación, siguiendo el distingo del Profesor Garrido Montt, esbozaremos las ideas fundamentales de ambos tipos de comisión, en tanto, se configura su ejecución por Personas Naturales:

⁵⁷Supra, Nota al pie N°13

⁵⁸OIM, Organización Internacional para las Migraciones. Módulo V: Tráfico ilícito de migrantes. Gestión fronteriza integral en la Subregión Andina. Lima, Perú, WR Impresiones, 2012. 67p.

– *Comisión Individual.*

De conformidad a los términos utilizados por la OIM, el sujeto activo corresponde a aquel que se desempeña en el hecho delictivo en estudio, como: Traficante o Intermediario.

La voz *Traficante* o *Smuggler*⁵⁹, hace alusión a aquel que “se limita a la introducción clandestina del migrante en otro Estado, con el simple cruce de la frontera internacional o, según la distancia entre los países de origen y de destino, puede ofrecer también el alojamiento antes o después del cruce o el ulterior transporte a una ciudad determinada”⁶⁰.

La Ley Modelo contra el Tráfico ilícito de Migrantes, señala que se entenderá por *Transportista Comercial*: “Una persona jurídica o natural que se ocupa del transporte de mercancías o personas con fines comerciales”⁶¹.

En cuanto a la expresión *Intermediario*, a pesar de que la OIM emplea el término, no entrega una definición del mismo, ni manifiesta si la ocupación de la conjunción disyuntiva “o”, es para efectuar una distinción del término traficante, o bien para utilizarlo como una expresión sinónima.

La Real Academia Española, lo define como: “Que actúa poniendo en relación a dos o más personas o entidades”

Al parecer la diferencia entre ambos términos radica en que mientras el *Traficante*, lleva a cabo la introducción clandestina e ilícita del migrante, el Intermediario, pone en relación al *migrante* con el *traficante*, pero sin introducir al migrante en el otro Estado.

Desde esta sucinta mirada, podemos esbozar que el legislador eleva al rango de autor, a quien ejecuta actos propios de un partícipe. De este cuestionamiento nos haremos cargo en el acápite de Autoría y Participación.

⁵⁹ Citado por GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica; Op. Cit., p.232

⁶⁰ Citado por GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica, Op. Cit., p.233.

⁶¹ UNODC. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [En línea]: Ley Modelo contra el tráfico ilícito de migrantes. New York, 2010 [Fecha de consulta: 04 de Septiembre de 2013]. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_SOM_S_ebook_V1052718.pdf>. [Idioma de lectura: Español]

– *Comisión Colectiva.*

En este respecto, resultan pertinentes las definiciones entregadas por la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, en donde encontramos dos hipótesis de comisión colectiva:

- a) “Grupo delictivo organizado: [S]e entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.
- b) Grupo estructurado: [S]e entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”⁶²

ii. Ejecución por una Persona Jurídica.

En este caso, resulta atingente traer a colación lo preceptuado por la Ley Número 20.393; único estatuto jurídico que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país, el que sólo resulta aplicable a los delitos de: *Lavado de activos*, *Financiamiento del terrorismo*, y *Cohecho a funcionario público nacional e internacional*, y que, en definitiva, viene en alterar la regla general, contemplada en el artículo 58 del actual Código Procesal Penal, que estipula que sólo puede exigirse la responsabilidad penal a las Personas Naturales que hayan intervenido en el acto punible. Dicho esto, en esta normativa, no se encuentra contemplada la responsabilidad penal para las personas jurídicas que cometan el delito de tráfico de migrantes.

⁶²Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Anexo I, Naciones Unidas, Nueva York, 2004

c) Sujeto Pasivo:

La determinación del Sujeto Pasivo, va de la mano con la decisión en cuanto al Bien Jurídico amparado con la figura penal del Art. 411 bis, cuestión que tratamos en uno de los acápite anteriores.

Si se considera que el Bien Jurídico Protegido es el **Sistema Migratorio del país**, en cuanto a no quebrantar las leyes que regulan la migración, inmediatamente se obtiene que la figura de víctima sea adoptada por el **Estado**.

En cambio, si adoptamos el planteamiento que proponemos en cuanto a que el bien jurídico protegido sería la **dignidad del migrante**, necesariamente el migrante adoptaría el papel de víctima.

Nuestra legislación, define el término inmigrante en el Decreto con Fuerza de Ley N° 69 del año 1953 del Ministerio del Ministerio de Hacienda, que crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia:

Artículo 5. Inmigrante es el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones del presente decreto con fuerza de ley.

En palabras de Gajardo y Torres, para ser sujeto pasivo, “Se exige la calidad especial de no ser nacional o residente en Chile.

Al ser requisitos de carácter negativo, lo que debiera probarse en un proceso penal, en concreto por parte de la defensa, es el positivo contrario, esto es, que los migrantes son nacionales o residentes en Chile.

La calificación de nacional obedece al cumplimiento del artículo 10 de la Constitución Política de la República, la de residente se encuentra entre los artículos 19 al 33 de la Ley de Extranjería.

d) Objeto Material:

En el estudio de la Parte General, se define al objeto material, como la persona o cosa sobre la cual recae materialmente la acción (...), en algunos casos puede coincidir con la víctima. Podemos analizar el tema desde las dos perspectivas que hemos estudiado. Por una

parte, si adoptamos la teoría de que el Bien Jurídico Protegido es el *Sistema Migratorio*, el Estado se configuraría como la víctima, el migrante se desenvolvería como el objeto material de este delito.

La OIM, a través del módulo 5, lo aborda de la siguiente manera: “La persona objeto de tráfico es la *persona no nacional de un Estado* que, a pesar de no tener la autorización respectiva, desea ingresar a un país diferente a su país de origen o residencia, y, con este objetivo, contrata a una persona o a una red de tráfico de migrantes. Estas personas se caracterizan por:

- [N]o ser nacionales o residentes permanentes del país al que pretenden ingresar y,
- [T]ener la intención de recurrir a los servicios del traficante”.⁶³

Por otra parte, si creemos que el Bien Jurídico a cautelar, corresponde a la dignidad del migrante, y por tanto su persona comprende la calidad de víctima, abarcamos la hipótesis de la segunda parte del concepto de objeto material, donde éste como la víctima coinciden en el recaer de la acción punible.

e) Conductas Punibles:

Corresponde pues, determinar el alcance de los verbos rectores utilizados en el tipo penal en estudio que configurarían la conducta típica, a saber la acción destinada a: “Facilitar”, y “Promover”.

i. Semántica de la voz “Facilitar” y “Promover”:

Primeramente, desde un punto de vista gramatical, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define el término *Facilitar*, como: “(1) Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin.- (2) Proporcionar o entregar”⁶⁴.

En cuanto a la expresión *Promover*, en su acepción atinente a nuestro estudio, se define como: (1) “Iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro” [...] (3) Tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo.⁶⁵

⁶³ OIM, Organización Internacional para las Migraciones. Módulo V: Tráfico ilícito de migrantes. Gestión fronteriza integral en la Subregión Andina, Op. Cit- p.31.

⁶⁴ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=facilitar>. Madrid, España: s.n., 2001.

Desde ya, al igual que la definición proporcionada por la Real Academia Española, el espectro abarcativo de los actos que implican la ejecución de esta conducta, resulta ser considerablemente amplio, lo que finalmente, al momento de evaluar la conducta penal, implicaría posiblemente degenerar el propósito del legislador. Considerando lo anterior, pasaremos a exponer el alcance de la expresiones de la acción del delito en estudio, consultando la Historia Fidedigna del establecimiento de la ley 20.507, y los postulados planteados por la doctrina nacional.

ii. Determinación del alcance del contenido de la acción típica de Tráfico ilícito de migrantes en el Protocolo.

Por su parte, el Protocolo, a pesar de que en el acápite de Disposiciones Generales, incorpora en el Artículo 3º un ítem de *Definiciones*, no conceptualiza lo que se entenderá por ambos verbos rectores de la conducta.

iii. Verbos rectores en la Historia Fidedigna de la Ley N° 20.507.

La moción parlamentaria, exhibía inicialmente en su proyecto de ley, un tipo penal denominado: “Promoción del tráfico de personas”, el cual, resulta ser –en parte-, un símil a lo estipulado en el actual Art. 411 ter del Código Penal. En él, se contemplaba la existencia de tres verbos rectores, que resultaban otorgar comisión a la conducta ilícita descrita. A saber: *Promover*, *Facilitar* o *Favorecer*⁶⁶. Posteriormente, el Artículo 2º, contempla la figura: “Delito de trata de personas”, que no contiene verbos rectores, puesto que corresponde, a una figura calificada del delito recién expuesto, remitiéndose en cuanto a la conducta comisiva a lo preceptuado en el Art. 1º.

⁶⁵ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=promover>. Madrid, España: s.n., 2001.

⁶⁶ CHILE. Historia de la Ley N° 20.507: “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal: Moción Parlamentaria, Proyecto de Ley, Título Primero: De los Delitos contra la libertad e integridad física de las personas vinculados al tráfico de personas. ARTÍCULO 1.- Promoción del tráfico de personas. Quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país de personas de cualquier sexo, para que ejerzan la prostitución o para mantenerlas en servidumbre sexual o laboral será sancionado con pena de presidio mayor en su grado mínimo. ARTÍCULO 2.- Delito de trata de Personas. En la misma pena contemplada en el artículo anterior incurrirán las personas que de manera individual o asociativamente se dediquen a la captación, transporte, traslado, acogida, o recepción de personas, con fines de explotación sexual, ya sea recurriendo a la amenaza o al ejercicio del secuestro, fuerza, engaño o coacción de la víctima., p.18

Luego de numerosas reformulaciones a las figuras señaladas, y continuando con las etapas de la tramitación de la ley, se van conformando los tipos penales, similares a los que hoy se encuentran vigentes.

Sin embargo, en el Segundo Informe de Comisión de Constitución del Senado, con fecha 08 de Noviembre de 2011, el Honorable Senador Chadwick, “Observó que el tipo penal propuesto sanciona el hecho de facilitar o promover ciertas conductas, y no, necesariamente, una conducta concreta de tráfico ilícito de personas, lo que podría chocar contra la garantía constitucional de libertad de expresión. Anotó además, que la interpretación de los verbos rectores antes señalados es difícil en la práctica”.⁶⁷

Por otro lado, la señora Gerente de la División de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público, explicó que en un oficio enviado al Presidente de la Comisión se observó que la descripción de los verbos rectores de este tipo deja sin penalización efectiva a los que financian o lideran la organización superior de estas actividades delictivas, sobre todo teniendo en consideración que en la mayoría de estos casos se está en presencia de organizaciones criminales bien montadas. Por ello, la funcionaria sugirió agregar los verbos rectores “promover”, “favorecer”, “facilitar” y “financiar” a las actividades criminales descritas en la indicación.⁶⁸

Por otra parte, en un informe emitido por la Biblioteca del Congreso Nacional (En adelante, BCN), se señala que: “La facilitación implica hacer que las personas migrantes puedan traspasar las fronteras de un Estado (...) Esta facilitación debe realizarse con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”⁶⁹

⁶⁷CHILE. Historia de la Ley N° 20.507: “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal: Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado. Biblioteca del Congreso Nacional, p.194

⁶⁸CHILE. Historia de la Ley N° 20.507: “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal: Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado. Biblioteca del Congreso Nacional, p.207

⁶⁹CHILE. BIBLIOTECA del Congreso Nacional, Informe: Tráfico Ilegal de Inmigrantes y Trata de Personas. Derecho Comparado. Santiago, Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2012. 10p. Disponible en internet:http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15780/1/Trafico%20de%20personas%20e%20inmigracion_v5.doc.

iv. Opinión de la Doctrina Nacional:

En este respecto, hemos decidido seguir las reflexiones efectuadas por Mardones y Fernández, quienes proponen una perspectiva en paralelo con otros tipos penales, que basan su ejecución en iguales verbo rectores, señalando que las expresiones “Promover y Facilitar”, se encuentran desde antiguo en nuestro Código Penal, citan el artículo 367 del Código Penal, y la legislación de Drogas. En este contexto, enfocan su análisis en el art. 367, exponiendo que la doctrina ha tendido a interpretar los términos en cuestión, refiriéndose directamente al sentido de las normas más que a una expresión literal de las palabras que se tratan⁷⁰. Así, en relación con el delito de: [P]romoción de la prostitución de menores⁷¹, Labatut ha interpretado las expresiones “Promover” y “Facilitar” como “incitar a” o “mantener” la prostitución. Etcheberry, por su parte, estima que *promover* la prostitución significa “tomar la iniciativa en determinar a otro a dedicarse a la prostitución”. En cuanto a, *facilitar* la prostitución, Etcheberry la entiende como una conducta menos activa que la anterior, ya que supone solamente una modalidad de cooperación en una iniciativa ajena. Agrega que no hay promoción o facilitamiento en las palabras, consejos o proposiciones.

De conformidad a lo expresado, concluyen su análisis señalando que las conductas de *facilitamiento* o *promoción* han de interpretarse en referencia directa al sentido de la norma del artículo 411 bis del Código Penal. Indican, que en nuestra doctrina [al] parecer existe acuerdo en que ambos términos sólo pueden delimitarse correctamente desde la perspectiva del sentido de la norma que se trate, que no es otro que a ella imprime el bien jurídico protegido. Proponen que la figura del art. 411 bis, debe ser entendida como un tipo que da cobertura a cualquier actuación que de alguna forma contribuya al desarrollo de la conducta de tráfico de personas, afirman que este tipo penal sólo funciona si se comprende

⁷⁰POLITOFF, Sergio; y MATUS, Jean Pierre. Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago, Chile, Editorial Cono Sur, 1999, 100p.

⁷¹ Código Penal chileno - Artículo 367.- El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo. Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.

al tráfico ilegal de inmigrantes, como parte de la cadena de tráfico de personas, esto es que el traslado internacional, tiene como fin la explotación del inmigrante.⁷²

1.2. Tipos Agravados. (Art. 411 bis inc. 2º,3º y 4º)

Siguiendo a Gajardo y Torres, “La agravación del tipo penal, se constituye toda vez que se vulnere la integridad física, psíquica, salud o la vida del Migrante. Esto debido a la frecuencia con la que los derechos humanos de los migrantes son violados, así como a los graves riesgos a los que se enfrentan debido a su situación de vulnerabilidad. (...) Lo que se busca es minimizar los riesgos de que los migrantes corran aún más peligros, como también evitar que los mismos en la situación de la vulnerabilidad en la que se encuentran al momento de cruzar la frontera, sean además objeto de trata de personas”⁷³

En palabras de Mardones y Fernández, “Las consecuencias potenciales para el inmigrante, que nacen de los medios utilizados para su traslado, adquieren relevancia, de ahí que se creen estos tipos de peligro concreto respecto de bienes jurídicos personalísimos. Se trata de delitos cuyo resultado aparece con la creación de una situación concreta de peligro para el bien jurídico protegido. Por eso, al igual que sucede con todo delito de resultado, será necesario establecer una relación objetiva de imputación entre el comportamiento y aquella situación de peligro concreto, cuya gravedad habrá de determinarse por los parámetros de previsibilidad del resultado dependiendo, entre otros factores de las condiciones de traslado, el número de posibles afectados y del tipo de lesión”.⁷⁴

También serán agravadas las consecuencias jurídicas, si el delito hubiese sido ejecutado, aun sin ánimo de lucro por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él.

2. Iter Criminis.

En cuanto a la *Conspiración* y la *Proposición*, para considerar su procedencia es necesario un reconocimiento expreso por parte del legislador. Como tal no concurre, seguiremos desarrollando en las líneas que siguen los grados de desarrollo del delito.

⁷² MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, José Manuel, Op. Cit., p.14.

⁷³ GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica, Op. Cit., p.234.

⁷⁴ MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, José Manuel, Op. Cit., p.16

En cuanto a la punibilidad de la **tentativa**, nuevamente se hace necesario considerar que nos encontramos frente a un delito de emprendimiento. Dicho esto, convengamos ahora que -en general-, en la dogmática penal contemporánea, se ha suscitado la problemática de sancionar la tentativa en este tipo de delitos. La cuestión se visualiza con claridad si entendemos que el desarrollo de este delito se desenvuelve en diversas etapas donde en una misma “empresa criminal”, varios sujetos adoptan distintos roles; muchos de los cuales se insertan en conductas propias de actos preparatorios, donde el principio a la ejecución podría plantearse como una acción totalmente lícita. La dificultad se torna aún más compleja si recurrimos a los verbos rectores de la figura, que describen conductas con escasas posibilidades de fraccionamiento.

Diverso es el caso en dogmática alemana, tal como anotan Politoff, Matus y Ramírez⁷⁵, donde por razones de texto legal entienden por delito de emprendimiento, aquél cuya tentativa se encuentra equiparada con su consumación.

En nuestro sistema penal destacamos que ni el legislador nacional ni el internacional realizaron mandatos expresos en este respecto, a diferencia de lo que sí ocurre con el delito de Trata de Personas propiamente tal, en donde el artículo 5° letra a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, donde se impone la tipificación de la tentativa de comisión del delito, cuestión que nos conmina a regirnos por las reglas generales en la materia.

3. Faz Subjetiva del Delito

Como señalan Mardones y Fernández, el favorecedor o [intermediario], deberá actuar con dolo directo, no puede haber favorecimiento mediante dolo eventual o imprudencia [por no existir una tipificación expresa].

La faz subjetiva del tipo en los delitos dolosos, se caracteriza por una rigurosa coincidencia entre la finalidad y el hecho típico, es decir, entre la faz subjetiva y objetiva de la acción.⁷⁶

⁷⁵ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; y RAMÍREZ María Cecilia; Op. Cit, p.454

⁷⁶CURY, Enrique, Op. Cit, p. 303.

El fundamento de la constitución del delito con dolo directo, radica en la necesidad de dirección de la voluntad, que resulta ser incompatible con el dolo eventual.⁷⁷

¿Qué comprende el dolo?

Como esquematiza López Cervilla, el dolo comprende el **conocimiento** de que el o los extranjeros objeto del traslado carecen de los requisitos necesarios para entrar [al país de destino].

La **voluntad**, [se materializa], en realizar su conducta para promover, o facilitar ese tráfico ilegal hacia Chile.

A pesar de que este autor no lo incorpora, creemos que, por tratarse de una exigencia especial del tipo penal, la voluntad también se exterioriza en el **ánimo de lucro**, del autor.

V. gr. si una persona tiene un familiar en el extranjero, y esta persona, ansioso de verlo y compartir con él, pero limitado por los recursos económicos que implica su traslado, facilita o promueve la entrada ilegal de este no residente en Chile; dicha conducta no quedaría comprendida en las hipótesis del artículo 411 bis, toda vez que no se evidencia ánimo de lucro por parte del autor. Dicha conducta, implicaría una infracción a las leyes migratorias, y una sanción que estas mismas determinen.

4. Elemento Subjetivo del Injusto.

4.1. De tendencia interna trascendente: Ánimo de Lucro

Como adelantábamos, se trata de la exigencia por parte del legislador que complementan al dolo en ciertos delitos. La finalidad de estos elementos, consiste en anticipar la punibilidad para proteger un bien jurídico de mejor manera, y el carácter prohibido o ilícito del hecho⁷⁸

En este caso, la exigencia se encasilla en la segunda hipótesis: el carácter prohibido o ilícito del hecho: **El ánimo de lucro.**

⁷⁷ MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, Op. Cit, p.18.

⁷⁸ CURY, Enrique; Op. Cit. p, 325.

El ánimo de lucro se describe como la “tendencia subjetiva del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial”⁷⁹

Se prescinde del ánimo de lucro, cuando incurre en la conducta un funcionario público, en el ejercicio de su cargo o abusando de él.

En palabras de Garrido Montt: “Son aquellos tipos que requieren, además del dolo, de un *móvil* a cumplir que va más lejos de la simple ejecución de la acción típica, como sucede con el delito de hurto en el art. 432, donde el dolo consiste en el conocimiento y voluntad de apoderarse de una cosa ajena, pero que requiere de un plus subjetivo: el *ánimo de lucro*, que involucra un objetivo a lograr después de concretar el tipo, toda vez que ese ánimo que consiste en aspirar a aumentar el patrimonio propio, alcanzar una ganancia, se refiere a un hecho independiente y posterior a la consumación del delito, que se satisface con la sola existencia del móvil en el momento del apoderamiento”.

De conformidad a lo citado, en el delito de tráfico de migrantes, el ánimo de lucro se vería satisfecho, toda vez que el objetivo del autor sea ingresar de manera ilegal a una persona, para que a su costa, pueda enriquecer su patrimonio.

4.2. Elemento normativo del tipo penal: La entrada ilegal.

De conformidad por lo expresado en el Protocolo de Palermo contra el tráfico de personas, se entiende por entrada ilegal: el paso de fronteras, sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor⁸⁰, incluyendo el cruce de fronteras en los que se evitan los controles de la autoridad competente y también los cruces que, en apariencia son legales, pero que en realidad comportan la utilización de documentación falsa, robada o adulterada.⁸¹

Nuestra legislación, contempla los requisitos de ingreso al país en la Ley y Reglamento de Extranjería, el no cumplimiento de las condiciones enunciadas por tal normativa, configuraría en consecuencia una entrada ilegal.

⁷⁹ Citado por GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica; Op. Cit., p.235.

⁸⁰ 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.

⁸¹ Reunión de Expertos sobre Población, Desigualdades y Derechos Humanos, CELADE – División de Población de la CEPAL, Naciones Unidas, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2006, p. 12

Ahora; resulta conveniente precisar si podría comprenderse como cruce ilegal de fronteras, aquel traspaso realizado por un **cruce autorizado**, pero perpetrado con un *fin diverso al declarado por el migrante*.

El análisis resulta complejo, en cuanto no existe una disposición expresa en la Ley de Extranjería ni en su Reglamento que regule la situación. Nuestra posición se determina en considerarlo como una entrada ilegal, en aras de configurar el hecho punible. Si lo ponderásemos de otro modo, el ilícito carecería de parte de sus presupuestos de comisión, y por tanto la conducta no podría ser sancionada.

Sustentamos estas ideas en razón de los siguientes argumentos:

- i. **El bien jurídico protegido por el delito.** Según concluimos en el respectivo acápite, avalamos la tesis que propone que lo resguardado por el delito es la dignidad del migrante. Cuestión que –según comentamos–, resulta elemental y esencial a toda persona. Su reconocimiento se establece de manera expresa no en cualquier norma, sino que en el primer artículo del Capítulo I de la Constitución Política de la República, regulador de las Bases de la Institucionalidad. Norma de carácter supremo, anterior a cualquier otra regla. A pesar de que el sujeto pasivo del delito declare un fin diverso al que se sostiene en la realidad en el Control Migratorio respectivo, pasarlo por alto importaría un atentado directo a la dignidad del migrante y con ello a los mandatos impuestos por el Constituyente.
- ii. **La historia fidedigna del establecimiento de la Ley.** En el proyecto de la ley N°20.507, se deja de manifiesto el espíritu del constituyente: Poner un atajo a la delincuencia organizada transnacional. La omisión en este punto en materia del legislador extranjero, claramente podría utilizarse como una maniobra de las organizaciones criminales internacionales, para obtener un provecho del migrante. Cuestión que resulta contraria a la intención de freno de los legisladores nacionales e internacionales.
- iii. **Infracción al principio de lesividad.** De no sancionar al sujeto que configura su conducta mediante la utilización de esta omisión como método de ejecución,

importaría desatender la afectación al bien jurídico que se produce, independiente del modo de su comisión.

En definitiva, “**la entrada ilegal**”, no sólo consistiría en infringir las reglas contenidas en la Ley de Extranjería y sus instrumentos de regulación, más bien, respondería a no cumplir las exigencias del ordenamiento jurídico en general. Interpretación que resulta concordante con aquello que señala que: “En el Derecho Penal sólo puede realizarse aquello que está permitido por la ley”.

5. Ideas fundamentales y conclusiones preliminares.

1. Podemos clasificar al Tráfico Ilícito de Migrantes como un delito de *Delicta iuris Gentium*, puesto que guarda una tutela internacional, consagrada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y encuentra su regulación en uno de sus tres Protocolos, en la especie, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.
2. Chile adhiere a la Convención, y por tanto, otorga cumplimiento al mandato internacional a través de la promulgación de la Ley N° 20.507, ley que ordena la inclusión del artículo 411 bis, que tipifica el Tráfico Ilícito de Migrantes.
3. La incorporación del delito se realiza a través de la inclusión del Párrafo 5 bis, que a su vez se inserta en el Título VII: “Crímenes y Simple delitos contra las personas”.
4. Ese contexto, plantea un problema de sistematización de la figura, evidenciado principalmente en la determinación del Bien Jurídico tutelado. Analizamos el debate. La doctrina mayoritaria, exponía en términos generales, que el Bien Jurídico amparado era la Soberanía Externa del Estado, en cuanto al control del Sistema Migratorio. Por otro lado, nuestra tesis postulaba que el Bien Jurídico resguardado era la integridad del migrante, en cuanto a su dignidad. Entregamos fundamentos de forma y de fondo que permitían sostener tal planteamiento.

5. Por último, se analizó la configuración del tipo penal, en cuanto a la Tipicidad, en su dimensión objetiva y subjetiva.

CAPÍTULO SEGUNDO: EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS ⁸² PROPIAMENTE TAL- ART. 411 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL

I. Consideraciones Previas

1. Preámbulo

Nuestro Código Penal, a diferencia de lo propuesto con el delito de Tráfico Ilícito de Migrantes, no ha otorgado una mención nominal al regular en el Artículo 411 quáter esta figura delictiva. En doctrina se le ha llamado indistintamente: “Trata de Personas Propiamente Tal” o “Trata de Personas Calificada”⁸³; nomenclatura a la que hemos decidido adherir⁸⁴.

Lo anterior, a pesar de ser irrelevante en términos prácticos, no deja de causarnos extrañeza, toda vez que en el Proyecto de Ley se establecía esta figura delictiva en el Artículo 2, que enunciaba en su inicio y como encabezado de lo que se disponía a otorgar tratamiento: “Delito de Trata de Personas”, describiendo con posterioridad la conducta punible.⁸⁵

2. Generalidades

Como sabemos, la incorporación del delito de Trata de Personas, -como lo conocemos ahora-, en nuestro sistema penal, obedece a la suscripción de nuestro país a diversos instrumentos internacionales. Entre ellos, -destaca en sus inicios- la suscripción y ratificación por Chile de la “Convención Internacional de los Derechos del Niño”⁸⁶ del año 1990, donde se imponen como obligaciones a los Estados adherentes, entre otras, la protección al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales⁸⁷.

⁸² “*Trafficking in persons*”, según su denominación en inglés.

⁸³ MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ; Op. Cit, p.21

⁸⁴ Por su parte, Matus y Ramírez distinguen a su vez, -y siempre dentro de la misma figura-, entre Trata de Personas Propia e Impropia. Trata de Personas propia, para denominar a aquel ilícito que recae en mayores de edad, y la Trata de Personas Impropia, para denominar al ilícito que recae en menores de edad y no exige para su configuración el empleo de alguno de los medios comisivos.

⁸⁵ CHILE. Historia de la Ley N° 20.507: “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal: Moción Parlamentaria, p.18

⁸⁶ OACDH, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. [En línea] Naciones Unidas Derechos Humanos. [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2013] <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.

⁸⁷ 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, **Artículo 34**. Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y

A su vez, otra Convención que enmarca la lucha internacional contra el tráfico internacional de niños, y en general de personas, es la ya nombrada entre nosotros: “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos, relativos al combate al Tráfico de Migrantes por vía terrestre, Marítima y Aérea y la Prevención, Represión y Sanción a la Trata de Personas, en Especial Mujeres y Niños”.⁸⁸

En cumplimiento de los deberes del legislador internacional que impone la normativa recién aludida, Chile regula la Trata de Personas, en los términos que expresaremos en los puntos que siguen.

2.1. Regulación

Trata de Personas en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas⁸⁹

Como se precisa en el Informe de la Comisión Familia⁹⁰ el ámbito de aplicación del delito de Trata de Personas se expresa en:

- i. Definir a la Trata como un Crimen y un proceso que comienza con el reclutamiento y termina con la explotación de la víctima.
- ii. Definir y estandarizar la terminología relativa al tema.
- iii. Apelar a la protección y asistencia a personas *tratadas* en país de origen, tránsito y destino (La cursiva es nuestra).
- iv. Apelar a la prevención y cooperación.
- v. Apelar al refuerzo de controles fronterizos.
- vi. Señalar los elementos que determinan el delito:
 - a) Una actividad: esto es, captación, traslado, acogida o la recepción de personas.
 - b) Los medios: amenaza, fuerza, fraude, coacción, engaño, abuso.

abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

⁸⁸*Supra*, Nota al pie N° 62

⁸⁹Protocolo 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.

⁹⁰CHILE. Historia de la Ley N° 20.507: “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal: Informe Comisión Familia, p.46.

- c) Los fines: la explotación de la prostitución ajena, explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud, servidumbre, extracción de órganos.

Así, el artículo 3º letra a) de este instrumento define a esta figura penal en los siguientes términos:

"[L]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos"

2.2. Alcance de la Expresión Trata de Personas.

En términos muy sencillos la ACNUR⁹¹, señala que el delito de Trata de Personas: *"Consiste en utilizar, en provecho propio y de un modo abusivo, las cualidades de una persona"*.

2.3. Trata de Personas en el ordenamiento jurídico chileno

- a) Estructura en el Código Penal.⁹²

El delito de Trata de Personas, se inserta dentro del Libro II: "Crímenes y Simples Delitos y sus Penas", en el Título VIII: "Crímenes y Simples delitos contra las personas", en el Párrafo 5 bis: "De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas" del Código Penal.

- b) Contenido literal del tipo penal del Art. 411 quáter.

Artículo 411 quáter.- El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la

⁹¹ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados. La Trata de Personas y la Protección a los refugiados. [En línea] [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2013] <<http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/trata-y-traffic-de-personas/>>.

⁹²Código Penal (DFL N°1; "Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Penal". Publicado en el Diario Oficial al 12 de noviembre de 1874.

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 ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio 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 su grado medio 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.

c) Características del Delito de Trata de Personas.

i. Delito con pluralidad de hipótesis alternativas:⁹³

En efecto, se trata de un delito, cuyo contenido está compuesto por a lo menos cuatro verbos rectores en su forma básica, a saber: **“Captar”**, **“Trasladar”**, **“Acoger”**, **“Recibir”**.

En el inciso final, el artículo propone elevar a la categoría de autor, a aquel que ejecuta conductas propias de un partícipe, esto es, a aquel que: **“Promueve”**, **“Facilite”** o **“Financie”** lo descrito por el tipo penal; cuestión que estudiaremos en las líneas que siguen.

ii. Delito Permanente:

Es *permanente* un delito cuya acción puede consumarse en cualquier momento, pero que por voluntad del autor es posible mantener su ejecución en el tiempo, de modo que el delito

⁹³VITAR, Cáceres Jorge. Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Trata de Personas. Revista Jurídica del Ministerio Público, (53): 59-80, diciembre de 2012.

continúe en constante estado de consumación. [...]Queda sujeto a la voluntad del autor el poner término al estado de consumación⁹⁴.

En esta línea Gajardo y Torres lo califican de este modo, en atención al análisis de los verbos rectores: “Clarificador resulta el examen de los verbos rectores recibir y acoger, estos dan ciertamente la posibilidad de que el estado delictual se mantenga en el tiempo, mientras el sujeto activo siga acogiendo o manteniendo a la víctima dentro de su esfera de control, al igual que en el delito de secuestro o de detención ilegal. Para los demás verbos rectores, valga la apreciación efectuada en relación con el carácter de delito de emprendimiento.”⁹⁵

iii. Delito de Emprendimiento⁹⁶:

Como refieren Gajardo y Torres, si bien es cierto no toda la doctrina nacional está conteste con la nomenclatura utilizada, no está demás tener en cuenta el alcance de esta clasificación respecto al tipo penal en estudio. Recordemos, que el tipo de emprendimiento está conformado por una actividad que se realiza una y otra vez, y en la que el autor toma parte habiéndola iniciado o no él mismo⁹⁷.

iv. Delito de Mera Actividad⁹⁸

Dado que su consumación se da con la simple realización de la actividad prohibida que consiste en: captar trasladar acoger o recibir personas, utilizando uno de los medios descritos por el precepto. No se exige, por tanto, que las víctimas realmente salgan o entren al país para que el tipo se dé porque es un delito de mera actividad, y como tal no requiere resultado.

II. Bien Jurídico Protegido.

En este punto la doctrina no ha sido del todo uniforme, sin embargo, las posturas se dirigen en el sentido de vislumbrar a aquel que ha sido víctima de la violencia, intimidación,

⁹⁴Supra, Nota al pie N°13

⁹⁵Infra, Nota al pie N°98

⁹⁶*Ibidem*.

⁹⁷POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia; Lecciones de Derecho Penal Chileno. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 454.

⁹⁸GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica, Op. Cit., p.248.

coacción, engaño, abuso de poder, etc.; con el objeto de ser explotada sexualmente, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, etc., como aquel titular del bien jurídico a proteger. A pesar, de que existe unanimidad en cuanto al titular de este resguardo, la discusión se plantea en determinar cuál es el bien jurídico protegido. Algunos estiman que se trata de la libertad personal del individuo, otros de la dignidad de la persona. El tema lo exponemos con un breve análisis a la legislación comparada y a nuestra legislación nacional.

En la legislación española, la reformulación de este delito, obedece a la adherencia de este país a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y su Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (Protocolo de Palermo), además de la Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo de 19/07/2002 y el Consejo de Europa del Convenio de Varsovia, de 16/05/2005.

Así, finalmente el artículo 177 bis del Código Penal Español,⁹⁹ materializó las proposiciones del legislador internacional en esta materia.

⁹⁹ **Art. 177 bis – Código Penal Español:**

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:
 - a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.
 - b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
 - c) La extracción de sus órganos corporales.
2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.
3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo.
4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:
 - a) con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;
 - b) la víctima sea menor de edad;
 - c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.
Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.
5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.
6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias

Como declara Benítez Pérez-Fajardo en doctrina española¹⁰⁰: “En el Preámbulo del convenio se declara expresamente que la [T]rata **constituye una violación de los derechos humanos y un atentado contra la dignidad y la integridad de las personas que puede llevar a una situación de esclavitud para las víctimas.** [...] De este modo se configura el bien jurídico protegido en el delito de Trata, que no es otro que **la dignidad de la persona**, determinante de sus derechos básicos y su libertad individual. Consecuencia lógica del reconocimiento del bien jurídico protegido es la nueva ubicación sistemática del delito de [T]rata. Puesto que afecta a la dignidad de la persona, la opción legislativa ha sido la de la creación de un nuevo **Título VII bis**, a continuación de la tipificación de los atentados contra la integridad moral de la persona”.

previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.
8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.
9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.
10. Las condenas de los jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.
11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

¹⁰⁰ BENÍTEZ, Pérez-Fajardo Fernando. El delito de Trata de Personas [En línea]. [Fecha de consulta: 28 de Septiembre de 2013]. Disponible en: <http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CDAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mjusticia.gob.es%2Fcs%2FSatellite%2F1292342420986%3Fblobheader%3Dapplication%252Fpdf%26blobheadername1%3DContentDisposition%26blobheadervalue1%3Dattachment%253B%2Bfilename%253DPonencia_de_Fernando-Germ%25C3%25A1n_Ben%25C3%25ADtez_P%25C3%25A9rez-Fajardo.PDF&ei=g6R_UqSjBdan4APupYHoCg&usg=AFQjCNE_RtmGMEOtLN042RANZJVXbSBnuA>

Distinto es el caso de la legislación Argentina. Este país también adhiere a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y al Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Como refiere González¹⁰¹: [...] *Conforme la nueva ley, y su ubicación dentro del Código Penal (en el título delitos contra la libertad) estas figuras penales [Trata de Personas y Tráfico ilícito de migrantes] tienden a tutelar el bien jurídico libertad individual, con los alcances y límites, que ostenta en nuestro ordenamiento punitivo, y secundariamente las posibles afectaciones a otros bienes jurídicos (integridad sexual, integridad física, o corporal).*

En el caso de nuestra legislación, la incorporación se da en términos similares a la legislación española, plasmándose –como hemos comentado–, en la creación de un párrafo 5 bis, que se inserta dentro del Título VIII: “Crímenes y Simple delitos contra las personas”. Por lo que no nos merece duda alguna, que el bien jurídico a proteger, resulta ser algún derecho de la persona transgredida en las hipótesis de este numeral. Sin embargo, no resulta tan sencillo dilucidar cuál es el derecho de la persona que se está vulnerando, y que en definitiva, configura el bien jurídico a proteger. En este sentido, para Mardones el fundamento de la punición oscila entre la evitación de peligro (concreto y abstracto) para la autodeterminación sexual, la evitación de la perturbación del desarrollo de la autonomía sexual de los menores, la integridad física (dignidad)¹⁰².

Por otro lado, Gajardo y Torres¹⁰³ señalan que en la Conferencia Regional Sobre Migración, realizada el año 2008, Gabriel Rodríguez Pizarro afirmaba que “la trata de personas es siempre un delito grave que se encuentra en la esfera de los derechos humanos porque incluye elementos de coacción, violencia física o psíquica, abuso y explotación laboral o sexual. Es un delito contra las personas. El bien jurídico protegido varía según los casos, pero puede ser: **la vida** (art. 6 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos; art. 4 Convención Americana Derechos Humanos; art. 2 Convenio Europeo de Derechos Humanos); **la libertad**, implícita en la prohibición de esclavitud y servidumbre, comprendida **la libertad sexual** (art. 8 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos;

¹⁰¹ GONZÁLEZ Núñez, Josefina. Tráfico Ilícito de Inmigrantes y otros delitos Migratorios, Op. Cit. p, 26.

¹⁰² MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, Op. Cit, p.20

¹⁰³ GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica, Op. Cit., p.250.

art. 6 Convención Americana Derechos Humanos; art. 4 Convenio Europeo de Derechos Humanos) y *la dignidad y la integridad física*, inherentes del derecho a no sufrir torturas ni tratamientos inhumanos o degradantes (art. 7 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos; art. 5 Convención Americana Derechos Humanos; art. 3 Convenio Europeo de Derechos Humanos). Por definición las víctimas de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso son privadas del derecho a la libertad de circulación y a escoger libremente su residencia (art. 12 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos), o en los casos más graves, existe privación de identidad, obligación a hablar en otro idioma, cambiar de religión, impedimento de contraer matrimonio o de fundar una familia, o interdicción de poseer o heredad propiedades. [El destacado es nuestro].

En nuestra opinión, consideramos que el delito de Trata de Personas, es un delito de naturaleza compleja, pluriofensivo, que contempla multiplicidad de hipótesis en cuanto a la ejecución. Así, dependiendo de la hipótesis de comisión en que se encuentre el hechor (considerando medios y fines), será el bien jurídico afectado, y por tanto al cual se debe brindar protección.

- *Bien Jurídico Protegido de conformidad a los medios comisivos de la Trata de Personas:*

Dentro del estudio de la tipicidad, en la especie, en el desarrollo de los **medios comisivos**, clasificamos la Trata de Personas de conformidad al medio comisivo empleado por el actor. Siguiendo esta línea de trabajo, enunciaremos la clasificación y el bien jurídico tutelado en tal caso:

En cuanto a la Trata de Personas forzada, incluye las hipótesis de: violencia, intimidación y coacción, pudiéndose realizar las siguientes apreciaciones para cada una de ellas:

En el caso de la **violencia**, nos corresponde hacer una nueva distinción, en orden a determinar la concurrencia de violencia física y/o psíquica. Al existir la utilización de violencia física por parte del hechor, esto es -en términos muy generales-, un maltrato de índole corporal; la orientación de la tutela se dirige al resguardo de la salud individual psíquica y física. (Bien jurídico protegido en el delito de lesiones).

En cuanto a la violencia psíquica, el bien jurídico tutelado sería la libertad en la formación de la libertad¹⁰⁴, al igual que si se configurase con el empleo de **intimidación**.

Respecto a la **coacción**, señalamos en el apartado respectivo que se trataba del respeto por el principio de autodeterminación del migrante. Al igual que en el caso anterior, creemos que se protege la libertad en la formación de la libertad. En este aspecto, también concluíamos que la coacción se presentaba como un concepto abarcativo de la violencia e intimidación.

En cuanto a la Trata de Personas fraudulenta, esto es, aquella que se configura con el empleo de engaño. Tal engaño se constituye sobre la voluntad de la víctima, determinándola a actuar de conformidad a un modo deseado por el actor. Ya que se presenta como un vicio en la voluntad de la víctima, el bien jurídico tutelado también sería la libertad en la formación de la libertad.

Por último, la Trata de Personas Abusiva, implica los supuestos de: Abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, creemos que constituyen formas de atentado en contra de la libertad de la víctima, entendida dentro de la esfera de autodeterminación de la propia voluntad del individuo.

– *Bien Jurídico Protegido de conformidad a los fines de la Trata de Personas:*

Los fines de la Trata de Personas, también constituyen una influencia en aquello amparado por el tipo penal. Nos dedicaremos a ello en lo que sigue:

En cuanto a la Trata con fines de explotación sexual, lo tutelado por el legislador, sería: la **dignidad** y la **indemnidad sexual** de la víctima. El fundamento de tal determinación lo entregamos precisamente en el acápite que lo desarrolla.

¹⁰⁴ A propósito del delito de amenazas, autores como Cobo del Rosal y Carbonell Mateu expresan que el bien jurídico en el delito de amenazas “es la fase de formación de la voluntad o, si se prefiere, (a) la motivación del sujeto”; en otros términos, a la libertad en el proceso de motivación; a diferencia de la coacción, donde lo protegido es la fase decisoria, vale decir, la libertad de obrar; citado por: GARRIDO Montt, Mario; *Infra*, Nota al pie N° 144.

La Trata con fines de trabajos forzados, con fines de servidumbre, esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud, constituyen un atentado en contra de la **libertad** de la persona al limitar la autodeterminación de la víctima: su capacidad de decisión. Junto a ello, constituye además, una afectación a la **dignidad** de la persona; justificamos esto siguiendo a Arias y Figueroa¹⁰⁵, quienes estiman en su análisis que la Trata de Personas en términos generales: “[...] *Debe caracterizarse, en último término, como una actividad que tiende a la privación sistemática y progresiva de la calidad de persona de quien la padece*”.

Por último, la Trata de Personas con fines de extracción de órganos, la integridad física del individuo se presenta como el bien jurídico a tutelar.

No obstante el carácter pluriofensivo de la figura, que permite dilucidar bienes jurídicos determinados para cada hipótesis, estimamos que subyace en esta normativa el resguardo al atentado en contra la dignidad del individuo. Sus alcances y precisiones, son las mismas que acotamos a propósito del Tráfico ilícito de Migrantes.

¹⁰⁵ARIAS Madariaga, Emiliano; y, FIGUEROA Ossa, Ulda. Concepto de trabajos forzados, servidumbre y esclavitud en el tipo penal del artículo 411 quáter del Código Penal Chileno y bienes jurídicos protegidos por estas modalidades de trata de personas. **Revista jurídica del Ministerio Público.** (55): 205-219. Mar. 2013

III. Tipicidad.

1. Faz Objetiva del Delito.

A continuación abordaremos el cumplimiento de los requisitos típicos específicos del delito, analizando por una parte la figura base y las hipótesis agravadas.

1.1. Tipo Base: Art. 411 quáter Inc. 1°

– Análisis de los factores de la conducta delictiva:

a) Sujeto Activo: “El que (...)”

Al igual que lo comentado respecto al delito de Tráfico de Migrantes, se trata de aquellos delitos donde el actor de la conducta punible resulta ser **indiferente**, vale decir, su realización puede llevarse a cabo por cualquier persona.

i. De la ejecución por una persona natural:

Para referirnos al hechor de esta conducta delictiva, utilizaremos la expresión: “**Tratante**”¹⁰⁶, como es denominado el autor de este delito en diversos documentos internacionales oficiales.

– *Comisión Individual:*

El Tratante, además de cometer la acción en términos ordinarios, puede ejecutar la conducta delictiva, adoptando formas como:

i. Tratantes ocasionales.

ii. Pequeños grupos criminales a nivel regional.

iii. Organizaciones delictivas transnacionales¹⁰⁷

– *Comisión Colectiva*¹⁰⁸:

El Tratante, en cualquiera de sus formas configura su acción mediante una red de apoyo compuesta por:

¹⁰⁶UNICEF, Información Básica sobre la Trata de Personas. [En línea] [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2013]< http://www.unicef.org/lac/Informacion_basica.pdf>

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ *Ibidem.*

- i. Miembros de familia y amigos que reclutan y a veces venden a las personas.
- ii. Líderes comunales que apoyan a los tratantes.
- iii. Retornados que reclutan
- iv. Productores de documentos falsos.
- v. Dueños de medios de transporte y conductores.
- vi. Dueños de hoteles.
- vii. Agencias de viajes.
- viii. Agencias de empleos.
- ix. Corrupción de funcionarios

En este último punto, conviene precisar que el inciso final del artículo, eleva a la categoría de autor, a aquel que ejecute actos propios de participación en el delito, esto es: a aquel que promueva, facilite o financie la realización de las conductas típicas descritas por el precepto.

ii. De la ejecución por una Persona Jurídica:

Cárdenas¹⁰⁹ anota en cuanto a este punto que: “Nuestra ley penal, en el artículo 411 *octies*, inciso segundo, da a entender que el delito podría ser cometido no sólo por personas naturales, sino también por organizaciones delictivas.¹¹⁰ Esta expresión no está definida en la ley, y tanto un eventual sentido técnico de la expresión¹¹¹ como su sentido natural y obvio hacen referencia a una pluralidad de personas. Por consideraciones sistemáticas, esta

¹⁰⁹CÁRDENAS, Claudia. Informe en Derecho: Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas [En línea]: Defensoría Penal Pública. 2013 [Fecha de Consulta: 04 de febrero de 2014]. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/39440/1/Informe%20en%20Derecho%201-2013%20Claudia%20C%C3%A1rdenas%20trata.docx>>

¹¹⁰“Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos indicados en este párrafo [...]”.

¹¹¹Si se entendiera a la expresión “organizaciones delictivas” como sinónimo de “grupo delictivo organizado” al que se dedica el artículo 2 letra a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, al disponer que “Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

referencia a las organizaciones como sujeto activo del delito no podría ser entendida en su sentido literal, ya que nuestro sistema penal sólo conoce la responsabilidad penal individual, aunque esta recaiga sobre varias personas, como sucede en casos de coautoría o de participación. Por lo mismo, “organización delictiva” ha de interpretarse como sinónimo de “varias personas”, las que eventualmente serán castigadas no solamente por las conductas punibles en sí, sino también por asociarse para delinquir, conforme al artículo 411 *quinquies*.

La redacción del artículo 411 *octies*, inciso segundo del Código penal parece ser un guiño a al Protocolo de Palermo sobre trata de personas, que se quiso implementar mediante la Ley N° 20.507,¹¹² modificatoria del Código penal al introducir el párrafo 5 bis (artículos 411 *bis* y siguientes). Así, como para aplicar el Protocolo (que es de donde se deriva la obligación de tipificar ciertas conductas para el Estado de Chile) se requiere de la intervención de un grupo delictivo organizado, la ley chilena señala que también las organizaciones pueden cometerlo, aunque la responsabilidad penal de organizaciones es desconocida en nuestro sistema, salvo por los casos –excepcionales– de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹¹³.

b) Sujeto Pasivo:

La calidad de víctima puede ser ostentada por cualquier persona. Como agregan Gajardo y Torres¹¹⁴: “El tipo penal no exige ser extranjero ni ninguna otra calidad”.

¹¹²En reiteradas ocasiones durante la tramitación de la Ley N° 20.507 se mencionó que se dictaba dicha ley en cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile. Vid. el documento “Historia de la ley”, pp. 8 y s., 12, 15 y s., 27, 44, 55, 66, 70, 101, 110, 117, 151, 153, 158, 160 y s., 258, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

¹¹³Distinto es el caso en España, como precisa BENÍTEZ Pérez – Fajardo, se prevé para el supuesto de responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de trata la pena de Multa del tanto al quíntuple del beneficio obtenido. Adicionalmente y de acuerdo con los criterios del art. 66 bis del CP, se pondrán imponer las penas previstas en las letras b) a g) del art. 33.7, es decir:

- Disolución.
- Suspensión de actividades.
- Clausura de locales.
- Prohibición de realizar actividades.
- Inhabilitación para obtener subvenciones, para contratar con el sector público y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la SS.
- Intervención judicial.

[BENÍTEZ, Pérez-Fajardo, Fernando, Op. Cit., p. 11]

¹¹⁴ GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica, Op. Cit., p.241.

Es conveniente precisar la distinción que realiza el inciso segundo del artículo en comento. Se trata de la hipótesis, que supone a una víctima menor de edad. En este caso, el tipo penal, sanciona al hechor sin necesidad de que concurren las circunstancias que deben configurarse para condenar a aquel que comete Trata de Personas con mayores de edad. En palabras de Gajardo y Torres¹¹⁵, “[E]l legislador fue menos exigente a la hora de configurar el tipo penal respecto de los menores, disminuyendo el estándar de prueba, y facilitando con ello la sanción a los autores de este ilícito”.

Cabe hacer presente, que el Estado de Chile, en cumplimiento con la obligación de protección¹¹⁶ que se impone a las víctimas por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños¹¹⁷, ha incorporado una modificación en el artículo 78 bis del Código Procesal Penal. Así, consagra la protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas durante el proceso penal. Cuando se trata de menores de 18 años, los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y la adolescencia deberán facilitar su acceso a las prestaciones especializadas que requieran, especialmente, aquellas tendientes a su recuperación integral y a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del menor de edad.^{118 119}

c) Objeto material o persona sobre la cual recae la acción:

A diferencia de lo que ocurría con el delito de Tráfico Ilícito de Inmigrantes, al tener claridad en el titular del Bien Jurídico Tutelado, podemos precisar quién representa el papel

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Así se deja presente, en la Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.507, en donde se indicó: “Capítulo aparte merece la importante normativa sobre la protección de las víctimas, que obliga a los [E]stados a establecer mecanismos para que ésta se brinde durante toda la fase del proceso en el cual se persigue la responsabilidad de los hechores, como asimismo, asegurar la rapidez de los procesos y la intimidad y privacidad de los niños y niñas adolescentes, hecho sobre el cual hemos insistido en la Comisión.

¹¹⁷ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños - Artículo 2. Finalidad. Los Fines del presente Protocolo son: b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos.

¹¹⁸ BCN, Informe. Tráfico ilegal de inmigrantes y Trata de Personas. Derecho Comparado. [En línea]. Chile. [Fecha de consulta: 30 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JK5zz6jfgscJ:transparencia.bcn.cl/obtienearchivo%3Fid%3Drepositorio/10221/15780/1/Trafico%2520de%2520personas%2520e%2520inmigracion_v5.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl>

¹¹⁹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Art. 9° Prevención de la Trata de Personas. 1. Los Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a: b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.

de víctima en el hecho delictivo. Esclarecido pues esto, podemos establecer que la persona sobre la cual recaen las conductas descritas por el tipo penal, se desenvuelven como el sujeto pasivo del tipo penal; configurando uno de los delitos de aquellos en que la víctima coincide con el objeto material.

d) Conductas Punibles:

Corresponde ahora determinar el alcance de los verbos rectores utilizados en el tipo penal en estudio que configurarían la conducta típica. A saber la acción destinada a: **“Captar”, “Trasladar”, “Acoger” o “Recibir”**.

Independiente de cuál de este surtido de formas de comisión de la acción emplee el hechor de la conducta ilícita en comento, es menester hacer mención respecto de lo que Pomares declara en su investigación de Trata de Personas en el Código Penal Español, aplicable en sus conclusiones a nuestra Nación:

“No se requiere un desplazamiento transfronterizo de la víctima: el delito de trata puede cometerse en territorio español. En el caso de que adquiriera naturaleza transnacional, la conducta típica debe conectarse con España, es decir, debe cometerse “desde España” (España como punto de partida hacia otro país), “con destino” a España (la conducta tiene lugar en otro país siendo el destino España), o “en tránsito” por España como lugar de paso, siendo el punto de partida otro país y el destino uno distinto. Se excluye la persecución de la trata cometida en el extranjero que no guarde un punto de conexión con España”¹²⁰

Por supuesto, las situaciones descritas por Pomares, se hacen aplicables a nuestro país.

i. *Semántica de la voz “Captar”, “Trasladar”, “Acoger” o “Recibir”.*

Primeramente, desde un punto de vista gramatical, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define el término *Captar*, en su acepción atingente a nuestro estudio

¹²⁰POMARES, Cintas Ester. *El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*. [En línea]. Jaén: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011- [Fecha de consulta: 13 de mayo de 2014]. Disponible en internet:< <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>>

como: (4) “Atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien”. [...] (5) “Atraer, conseguir, lograr benevolencia, estimación, atención, antipatía, etc.”¹²¹

Trasladar, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, implica: (1) Llevar a alguien o algo de un lugar a otro¹²²

En cuanto a la expresión *Acoger*, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la define en los siguientes términos: (2) “Servir de refugio o albergue a alguien”¹²³

Por último, el término *Recibir*, la Real Academia Española lo define como: (8) “Dicho de una persona: Admitir visitas, ya en día previamente determinado, ya en cualquier otro cuando lo estima conveniente”¹²⁴

ii. *Verbos rectores en la Historia Fidedigna de la Ley 20.507*

Desde sus inicios, el proyecto de ley contemplaba la descripción de la conducta penal, mediante la utilización de los cuatro verbos rectores ya enunciados. Y, es que esta disposición, sólo obedece a la réplica del legislador, respecto de lo dispuesto por la norma internacional: El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.¹²⁵

A su vez, la diputada Saa, presentó una indicación para modificar el texto, incorporando el verbo: “Transportar”¹²⁶.

¹²¹ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=captar> Madrid, España: s.n., 2001.

¹²² DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Ob. Cit. Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=trasladar>

¹²³ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Ob. Cit. Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=captar>

¹²⁴ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Ob. Cit. Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=recibir>

¹²⁵ CHILE. Historia de la Ley N° 20.507: “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal: Informe Comisión Familia. Biblioteca del Congreso Nacional, p.72

¹²⁶ La Diputada Saa, presentó una indicación para sustituir el texto propuesto por el siguiente:

“Artículo 411 quáter. Trata de personas. Cometerá del delito de trata de personas el que mediante violencia, intimidación, coacción, fraude, raptó, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, capte, traslade, **transporte**, acoja o reciba personas con fines de explotación. Esta explotación incluirá como mínimo, la prestación de servicios o trabajos forzados, la prostitución ajena u otra forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, la esclavitud o sus prácticas análogas, servidumbre o extracción de órganos. La pena asignada será reclusión mayor en su grado mínimo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.(El destacado es nuestro)

Sin embargo, siendo rigurosos en el ámbito lingüístico, la adición de este verbo rector a los que finalmente quedaron descritos en el tipo penal, no significaba un mayor aporte a la descripción del delito. A mayor abundamiento en este punto, el Diccionario de la Real Academia Española, define en los mismos términos los verbos: “Trasladar” y “Transportar”¹²⁷

iii. *Opinión de la Doctrina:*

Como declara Gajardo y Torres¹²⁸, en el contexto de la Trata de Personas, se entiende por “**Captar**”, realizar cualquier acción que suponga atraer la presencia de la víctima y reclutarla (ej.: publicar avisos, entrevistar a la víctima, convencerla, etc.).

Por otro lado, “**Trasladar**”, implica facilitar y lograr, a través de cualquier medio, que la víctima abandone el lugar en que se encontraba y se desplace hacia otro.

Por su parte, “**acoger**” y “**recibir**”, son acciones que se realizan en el lugar de arribo de la víctima, las que pueden consistir en brindar o facilitar el hospedaje u otras acciones análogas¹²⁹.

Con todo, como aclara Vitar¹³⁰, -reiterando la idea de Pomares ya expuesta- no se exige que el traslado se produzca entre países distintos y (sic) el cruce de fronteras, *por lo que no puede darse dentro como fuera del país* (sic), no siendo necesario el cruce de fronteras nacionales para su comisión.

Benítez¹³¹, por su parte, declara que si bien el delito contempla un surtido de acciones para la comisión del delito, para que estemos ante Trata de Personas, “es siempre precisa la **captación**”, opinión que compartimos, pues constituye una fase indispensable y obligada para la perpetración del hecho ilícito, configurándose -a nuestro juicio-, como una *conditio sine qua non* la oferta o realización de una proposición que en términos explícitos o indirectos revelen el deseo inequívoco de obtener el consentimiento de una persona para

Si la víctima fuere menor de edad, y aun cuando no concurrieren ninguna de las circunstancias allí señaladas, se aumentará la pena en un grado.

¹²⁷ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Op. Cit. Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=traspor>: “(1) Llevar a alguien o algo de un lugar a otro”.

¹²⁸ GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica, Op. Cit., p.242.

¹²⁹ DONOSO, Soto Francisco; Op. Cit., p.21

¹³⁰ VITAR, Cáceres Jorge, Op. Cit., p. 61

¹³¹ BENÍTEZ, Pérez-Fajardo, Fernando, Op. Cit., p.4.

obtener de ella provecho según los términos expresados en el Art. 411 quáter de nuestro Código Penal.

A su vez, el autor propone que este “punto de captación”, determina la “utilización de uno de los medios comisivos característicos de la trata”¹³². Cuestión que nos disponemos a tratar a continuación.

e) Modalidades de comisión:

– *Reglamentación de los Medios Comisivos:*

En este punto, nuestro país nuevamente no se ha apartado de las directrices del Protocolo, incluyendo todos los medios comisivos enunciados por éste. Así, como bien describe el artículo 411 quáter abarca las siguientes hipótesis:

i. *Violencia*

ii. *Intimidación*

iii. *Coacción*

iv. *Engaño*

v. *Abuso de poder.*

vi. *Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima.*

vii. *Concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.*

Como refieren Gajardo y Torres¹³³, “[L]a mayoría de estos medios comisivos se encontraban establecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.507 en el artículo 367 bis, como circunstancias que al concurrir configuraban lo que la doctrina denominaba: “Trata Calificada”. Actualmente estos medios no son considerados calificantes, sino parte integrante del tipo.”

¹³² *Ibidem*, p.5.

¹³³ GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica, Op. Cit., p.243.

– *Fundamentación de la reglamentación de los Medios Comisivos:*

Como expresa Pomares, se trata de la utilización de modos o procedimientos que implican doblegar o anular la voluntad decisoria del sujeto pasivo. Su configuración es consustancial a concepto de Trata [de personas] ¹³⁴

– *Clasificación del delito de Trata de personas de conformidad a los Medios Comisivos empleados: (Alcance de las expresiones utilizadas como descriptoras de los Medios Comisivos):*

La profesora española Carolina Villacampa¹³⁵, realiza una clasificación meramente pedagógica -muy ilustrativa-, en cuanto al empleo de medios comisivos en el delito de Trata de Personas, al cual hemos decidido adherir, y desarrollaremos en los párrafos siguientes:

- i. Trata de Personas Forzada.
- ii. Trata de Personas Fraudulenta.
- iii. Trata de Personas Abusiva.

– *Desarrollo de la clasificación de los Medios Comisivos empleados:*

i. Trata de Personas Forzada:

Es aquella que se caracteriza por el empleo de **violencia, intimidación o coacción**. Seguidamente, determinaremos el alcance y contenido de estas expresiones:

a) **Violencia:**

Siendo fieles a la estructura planteada en este estudio, la Real Academia Española, define Violencia como: “(3) *Que se hace bruscamente, con ímpetu e intensidad extraordinarias.*”¹³⁶

¹³⁴ POMARES, Cintas Ester, Op. Cit., p.9.

¹³⁵VILLACAMPA Estiarte, Carolina. El delito de Trata de Personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. [Fecha de consulta: 27 de agosto de 103]. Disponible en: [http://drevistas.ucv.cl/detalles_autor.php?autorID=13349]

¹³⁶ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=violento> Madrid, España: s.n., 2001.

La realización de conductas con empleo de violencia como un medio para llevar a cabo el resultado deseado por parte del hechor, es utilizado por nuestro legislador en diversos tipos penales.

En este contexto, aunque en el ámbito comparado, Villacampa señala que el empleo de violencia, debe ser al menos: *“el mínimo que permita privar de libertad a la víctima”*¹³⁷

Para la Fiscalía General del Estado (Madrid)¹³⁸, la violencia equivale a la fuerza física directamente ejercida sobre la víctima encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro, con capacidad para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión [...] No se exige que se traduzca en lesiones corporales de la víctima, ni es preciso que llegue a producirse una situación adicional de privación de libertad constitutiva de detención ilegal.

Con todo, no concordamos íntegramente con el alcance de violencia expresado por la Fiscalía. Consideramos que el concepto entregado, atraviesa el límite de aquellas acciones englobadas por el término de intimidación. Aún más, creemos que en cuanto a los grados de desarrollo o desenvolvimiento de los medios comisivos en sí, podría plantearse inicialmente la intimidación, esto es, aquella conducta consistente en amenazas que provoca en el sujeto un temor insuperable, obligándolo a actuar de determinada manera.

Por su parte, la violencia sería la dimensión material o la concreción de dichas amenazas, cuando ellas comprendan y recaigan exclusivamente en la persona de la víctima.

En cuanto a lo que plantea Villacampa, complementaríamos su definición con el vocablo: “decisión”, exigiéndose por tanto, para catalogar una conducta como violenta: “el mínimo que permita privar de **libertad de decisión** a la víctima”, que si se encuentra en el concepto de la Fiscalía. Lo anterior, porque el tipo base de nuestra legislación, no contempla hipótesis ni exigencias relativas a la privación de libertad del sujeto pasivo, a pesar de que en el imaginario colectivo la idea de que las víctimas se encuentren privadas

¹³⁷ VILLACAMPA, Estiarte Carolina; Op. Cit; p. 26

¹³⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011: Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, España, [Fecha de consulta: 10 de julio de 2013]. Disponible en: <<http://www.sip-an.es/descargas/legislacion/penal/penal20.pdf>>

de libertad, parece ser un factor común y básico, que en realidad nos derivaría a la configuración de una hipótesis concursal.

En doctrina nacional, para Mardones y Fernández¹³⁹, la violencia debe presentar una característica fundamental para encontrarnos en las suposiciones relatadas en el tipo, y es que se trate de una violencia de **índole funcional**. Ejemplifican, señalando que la misma debe emplearse **para** lograr el traslado del sujeto pasivo, y que estas acciones tengan por fin, algunos de los objetivos enunciados por el delito. (El destacado es nuestro)

b) Intimidación.

Para la Real Academia Española, intimidar se compone de dos acepciones bastante similares. Así, primeramente lo define como: “Causar o infundir miedo”, y seguidamente como: “Entrarle o acometer a alguien miedo”.¹⁴⁰

Para Benítez Pérez-Fajardo¹⁴¹, entre violencia e intimidación, no hay más que la clásica y vulgar distinción entre “*vis física*” y “*vis compulsiva*”, presente en el Derecho Español, y en consecuencia, también en nuestro derecho. Así, la violencia, se traduciría en algo de índole físico consiste en el empleo de procedimientos violentos o materiales; y por su parte, la intimidación, consistiría en el empleo de amenazas.

De lo expuesto en cuanto, creemos que resulta fundamental efectuar ciertos distingos que eventualmente podrían permitir incluir o descartar hechos concretos y reales que a futuro podrían configurar o no el tipo penal en estudio.

En al ámbito de la **violencia**, distinguimos:

- Violencia física o vis actual, aquella que se verifica con el maltrato corporal del sujeto pasivo, que lo inhabilita para resolver acerca de su libertad de decisión. Se presenta con elementos propios de las lesiones.
- Violencia psicológica, consiste en un maltrato verbal y sostenido a la víctima, que lo reduce a términos tales que lo inhabilita para decidir por sí mismo y en cuanto a su libertad de acción; infundiéndole un miedo insuperable que lo obliga a actuar de una manera determinada, subordinándose a la voluntad de un agente externo.

¹³⁹ MARDONES Vargas, y FERNÁNDEZ José Manuel, Op. Cit, p.21

¹⁴⁰ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Consultado en: <http://intimidar.rae.es/drae/?val=intimidar>. Madrid, España: s.n., 2001.

¹⁴¹ BENÍTEZ, Pérez-Fajardo, Fernando; Op. Cit., p. 7.

En cuanto a la **intimidación**, podría definirse como el empleo de amenazas verosímiles recaídas en la persona misma de la víctima, en su cónyuge, ascendientes, descendientes y colaterales hasta el segundo grado, que obligan al sujeto a determinarse de un modo específico inhibiendo su voluntad por miedo a la realización concreta de lo enunciado por el hechor.

Concuerda con nuestras precisiones y distinguos VITAR¹⁴², quien en su investigación propone: *“En muchos supuestos de trata con fines de explotación sexual la violencia suele presentarse en malos tratos de carácter físico, pero también ocupan un lugar importante los casos de violencia psíquica donde el explotador ejerce sobre la víctima una presión tal que es apta para causar daño moral o psicológico. En otras finalidades de explotación, como puede ser la explotación laboral suelen predominar los medios comisivos de violencia psicológica”*.

Stefoni¹⁴³, estima que en Chile existe: “un problema real de encubrimiento, la gente no denuncia, las víctimas no denuncian. No denuncian porque están precisamente presas de estas redes en donde se les amenaza, y está en riesgo no sólo la vida de ellas sino que se les amenaza con la vida de sus familiares en sus países de origen”

c) Coacción:

Para determinar su alcance recurrimos a la significación otorgada por la Real Academia Española de la Lengua, que en su primera acepción define a la coacción como: (1) “Fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo”. Vitar¹⁴⁴ asimila los conceptos de amenaza (no empleado por el tipo penal), intimidación y coerción, siendo aún más restringido en su significación, señalando que: “suponen [intimidación y coerción], actos de violencia psicológica que el actor ejerce sobre la víctima”.

Nuestro Código Penal, en el artículo 494 N° 6, contempla el Delito Falta de Coacción, cuyo objetivo, en palabras de Garrido.

¹⁴²VITAR, Cáceres Jorge. Op. Cit., p. 67

¹⁴³STEFONI, Carolina. Diagnóstico de la trata de personas y tráfico de migrantes en Chile y la Región. Santiago, Chile, Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), 2012, 132p.

¹⁴⁴VITAR, Cáceres Jorge; Op. Cit., p. 57

Montt¹⁴⁵ es que se respete el principio de autodeterminación. Se trata del derecho que tienen las personas de decidir si actúan o se abstienen de hacerlo frente a situaciones concretas, es la facultad de obrar libremente frente al sujeto activo que pretende compelerlo.¹⁴⁶ Consideramos que los alcances efectuados en esta materia, alcanzan a la coacción como uno de los medios comisivos en el delito de Trata de Personas.

En general, concordamos con las proposiciones efectuadas por Cárdenas¹⁴⁷, al plantear que: *“No resulta posible separar a la coacción como medio de actuar de la violencia o intimidación, pues es como resultado de ellas que la acción no es ya fruto de la voluntad, sino que la persona actúa coaccionada. De hecho, el Protocolo de Palermo sobre trata de personas utiliza, junto a “amenaza” y “uso de la fuerza” la expresión “u otras formas de coacción”, empleando así la voz “coacción” como un término amplio que comprende violencia e intimidación”*.

ii. Trata de personas fraudulenta.

Se configura con el empleo de Engaño.

– *Alcance del término engaño:*

La Real Academia Española¹⁴⁸ define engaño como: (1) Dar a la mentira apariencia de verdad. (2) Inducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas.

Sabemos que, en nuestro derecho el término engaño, es comúnmente utilizado dentro de los delitos contra la propiedad, en específico, en el epígrafe: “Estafas y otros engaños”. Tenemos presente, que las analogías en el ámbito del Derecho Penal, son un tema debatido. Pero, lo de ahora es sólo con el afán de visualizar el tratamiento nacional que se ha otorgado a este término, en el sentido de interpretarlo analógicamente:

¹⁴⁵GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 499 p.

¹⁴⁶El art. 494 N° 16 se ocupa de este tipo penal: “Sufirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: (...) 16°. El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera”.

¹⁴⁷CÁRDENAS, Claudia; Op. Cit.; p.14

¹⁴⁸ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Consultado en: <http://engañar.rae.es/drae/?val=engañar>. Madrid, España: s.n., 2001.

En la estafa, el engaño es uno de sus elementos característicos. Aquí, quien se vale del engaño, hace entregar voluntariamente la cosa a la víctima. En palabras del profesor Labatut¹⁴⁹: “El engaño consiste en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio para conseguir la entrega de la cosa. [...] Puede revestir innumerables formas, tantas como sea capaz de concebir la imaginación humana”.

Siguiendo los postulados de este profesor, para que el engaño se configure es necesaria la concurrencia de dos condiciones:

- (i) Que sea fraudulento, esto es, que actúe como causa determinante del error en virtud del cual la víctima realiza la prestación representativa del objeto material del delito.
- (ii) Que sea serio y capaz, suficiente para mover la voluntad de una persona normal.

El autor cita las palabras de Eusebio Gómez, cita a la cual adherimos y nos hacemos parte: “*La investigación de la idoneidad del engaño es imprescindible para establecer el nexo de causalidad entre él y la prestación verificada, investigación que es preciso realizar con criterio objetivo y subjetivo al mismo tiempo, considerando no sólo la naturaleza misma del engaño, sino también, y muy particularmente, las condiciones personales del engañado*”¹⁵⁰.

– *Características del engaño:*

Consideramos, pues, que para que el engaño sea idóneo para obtener el consentimiento de la víctima, y en definitiva, la determine a realizar alguno de los objetos del delito en comento, es necesario, que reúna las siguientes características:

¹⁴⁹LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II. Séptima edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1983, 259 p.

¹⁵⁰GÓMEZ, Eusebio; citado por LABATUT Glenda, Gustavo; ob. cit., p.226

- a) Que el engaño sea fraudulento o que actúe como causa determinante en el error de la víctima.
- b) Que el engaño sea serio
- c) Que el engaño sea capaz de producir la manifestación de voluntad en el sentido deseado por el hechor.
- d) Que exista un nexo de causalidad entre el engaño y la conducta de la víctima.

Para Pérez, en este contexto, se entiende por engaño: “El empleo de maniobras o estrategias idóneas para originar un error en el sujeto pasivo, de modo que determine su sometimiento a los fines a los que se orienta el delito de trata, desconociendo el significado o trascendencia para sus bienes jurídicos de aquello que de esa forma acepta”¹⁵¹.

El Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, define este medio comisivo en los siguientes términos: “*Crear hechos total o parcialmente falsos para hacer creer a una persona que algo no es cierto. En la trata de personas se refiere a la etapa de reclutamiento donde el tratante establece un mecanismo de acercamiento directo o indirecto con la víctima para lograr el “enganche” o aceptación propuesta. Esencialmente se traduce en ofertas de trabajo, noviazgo, matrimonio, y en general una mejor condición de vida. De igual forma, el engaño es utilizado por el tratante para mantener a la víctima bajo su control durante la fase de traslado y posteriormente en los lugares de explotación*”¹⁵².

iii. Trata de Personas Abusiva:

Se configura con las nociones normativas de: abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima;

¹⁵¹ PÉREZ Alonso, E., citado por POMARES Cintas, Ester; Op .Cit, p.9

¹⁵²CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO.; citado por GAJARDO, T., GUZMAN, K; SUAZO, C.; Op. Cit, p. 206

a) Abuso de Poder:

Tal como declara Vitar¹⁵³: *“Este medio comisivo pretende involucrar casos derivados de relaciones de autoridad o jerárquicas, que colocan al autor en una posición privilegiada respecto de la víctima. Quedarían comprendidos aquellos casos en los que el autor, aprovechando una especial posición de superioridad sobre la víctima logra su consentimiento. Pese a la inexistencia de violencia o amenazas – casos que quedarían abarcados por las modalidades ya analizadas – es la propia posición de preeminencia que, explotada con fines sexuales o laborales, permite la realización del acto de significado sexual al que la víctima accede por virtud de ese empleo coactivo de la relación. De ahí que ese supuesto consentimiento carezca de toda validez”*.

b) Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad:

Primeramente, nos corresponde precisar lo que entendemos por “vulnerabilidad”. Así, para la Real Academia Española, vulnerable es aquel que puede ser herido o recibir lesión física o moralmente¹⁵⁴.

Resulta interesante determinar el alcance y la exactitud de esta expresión: *¿A qué clase de vulnerabilidad se está refiriendo el legislador? ¿Se trata de una vulnerabilidad sólo en un sentido de desamparo económico?, ¿Incluye supuestos de vulnerabilidad, entendida como un desamparo afectivo?*

Para empezar, las significancias otorgadas por la Real Academia Española, nos parece que se encuentran enmarcadas dentro del alcance de los medios de comisión de *violencia e intimidación*, -ya estudiados-, ante lo cual, la incorporación de la expresión “vulnerabilidad” sólo resulta lógica y atendible en la medida que el legislador quisiera añadir este término para abarcar nuevas conductas, no comprendidas en el radio delictivo de los medios de comisión de la acción ya enunciados.

Mardones y Fernández¹⁵⁵, señalan respecto a la vulnerabilidad: “[...] Supone la amenaza latente para la víctima sobre su integridad personal (esto ciertamente puede vincularse a lo

¹⁵³ VITAR, Cáceres Jorge. Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Trata de Personas. Revista Jurídica del Ministerio Público, (53): 59-80, diciembre de 2012.

¹⁵⁴ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=vulnerable>. Madrid, España: s.n., 2001.

¹⁵⁵ MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, Ob. Cit, p.23

que ya se ha señalado con respecto a la afectación de la dignidad de la personal, es decir, que debe tratarse una situación “grave”). En cualquiera de estos casos, resulta preciso que el sujeto activo haga uso de estas situaciones, no bastando con que simplemente se den”.

En doctrina Española, Benítez Pérez-Fajardo¹⁵⁶, señala al respecto: “**Abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad.** Se trata de las tres formas de abuso que caracterizan nuestro derecho penal. La interpretación de la **situación de vulnerabilidad** debe hacerse de acuerdo con la Decisión Marco 2002/629/JAI, que la define como **aquella en la que la víctima no tiene una alternativa real y aceptable, salvo someterse al abuso**”.

A mayor abundamiento, y dentro del contexto de esta legislación, Villacampa¹⁵⁷, cita el informe explicativo del Convenio de Varsovia, en donde se indica que “la Vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo: física, psicológica, emocional o familiar, social o económica, de manera que puede incluir supuestos de inseguridad relacionados con la residencia ilegal de la víctima en el país de destino, dependencia económica o salud frágil”.

De lo expuesto, nos parece que la expresión “Vulnerabilidad”, dentro del hecho delictivo debe ser entendida en un sentido amplio. Podríamos definirla como:

Aquellas condiciones deplorables o de destitución, de carácter físico, psicológico, económico, emocional, cultural o religioso, que inciden en la víctima, dejándola en un estado de susceptibilidad e indefensión, reduciendo su capacidad y voluntad de tal manera, que resulta muy factible imponer una voluntad externa sobre él, obligándolo a actuar de un modo determinado y deseado por el actor.

c) Aprovechamiento de una relación de dependencia:

En esta oportunidad, nos corresponde señalar qué es lo que entendemos por relación de dependencia. El Diccionario de la Real Academia Española, nos indica, que se trata de la: “(1) Subordinación a un poder mayor”, y “(8) Situación de una persona que no puede valerse por sí misma”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ BENÍTEZ, Pérez-Fajardo, Fernando, Ob. Cit., p. 23

¹⁵⁷ VILLACAMPA, Estiarte Carolina; Ob. Cit, p. 27

¹⁵⁸ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Consultado en: <http://dependencia.rae.es/drae/?val=dependencia>. Madrid, España: s.n., 2001.

Como exponen en contraste Gajardo, Guzmán y Suazo¹⁵⁹:

“Si se examinan los medios comisivos del artículo 411 quéter se puede observar que se mantienen algunas de las circunstancias comisivas reguladas a propósito de la figura agravada del antiguo artículo 367 bis, en su inciso segundo.

Con todo, es necesario realizar los siguientes alcances: se elimina la referencia a la calidad de ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima por parte del sujeto activo, reemplazándola por el aprovechamiento de una situación de dependencia de la víctima; modificación que se estima del todo acertada por abarcar todas las situaciones anteriores y otras que se podrían presentar [...]” (El destacado es nuestro)

De lo recién citado, podemos colegir que en la hipótesis de aprovechamiento de una relación de dependencia, quedan de por sí, subsumidas aquellas relaciones ostentadas en calidad de: ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador, o encargado del cuidado personal de la víctima.

A la clasificación expuesta por la profesora Villacampa, hemos decidido incluir dentro de las hipótesis de comisión la concesión de pagos u otros beneficios.

En seguida, determinaremos el alcance y contenido de estas expresiones:

- d) Concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

Como precisa el Manual sobre la investigación del delito de Trata de Personas¹⁶⁰, este medio comisivo supone dar y recibir un beneficio de índole patrimonial: dinero o bienes.

Ejemplos de hipótesis de aplicación de este medio serían:

- (i) El tratante puede ofrecer una cantidad de dinero u otro tipo de beneficio por la víctima, en especial si son personas menores de edad y están sujetas por vínculo legal o parental.

¹⁵⁹GAJARDO Orellana, Tania; GUZMÁN Valenzuela, Karen; y SUAZO Schwencke, Carolina. Interpretación jurisprudencial de los principales tipos penales contenidos en la ley 20.507. **Revista del Ministerio Público**. (53), 2012.

¹⁶⁰UNODC. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: *Manual sobre la investigación del delito de Trata de Personas*. [En línea] [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2014]. <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf>

- (ii) Una persona recibe un pago por proporcionar información de la víctima.
- (iii) Crear alguna ventaja específica para que el tratante tenga acceso a la víctima.

Vitar,¹⁶¹ trabaja en el análisis del primer ejemplo. Señala que en la comisión del delito no resulta extraño ver casos en los que los padres han entregado a los hijos o hijas adolescentes para que trabajen, en el ejercicio de la prostitución en prostíbulos o casas de tolerancia (encubiertos bajo whiskerías, bares nocturnos, cabarets, etc.), con una contraprestación monetaria directa que retorna.

Tanto Vitar como el Manual de investigación del delito de Trata de Personas, coinciden en que esta modalidad comisiva es propia de la captación.

Vitar además, observa que es posible que este medio se prologue durante la etapa de acogimiento, esto es, durante la explotación, puesto que existe la posibilidad de que los pagos a los padres se realicen en forma regular y se superpongan con la situación de acogimiento para la explotación y la explotación ya consumada.

¹⁶¹ VITAR, Cáceres Jorge. Op. Cit., p. 70.

f) Fines de la Trata de Personas calificada.

En este apartado definiremos los **objetivos** que motivan al sujeto a: captar, trasladar, acoger o recibir personas.

Así, como describen Arias y Figueroa¹⁶², basándose en las distintas hipótesis de la que pueden ser objeto las víctimas de este [delito], es posible distinguir 6 formas distintas que puede asumir, en atención a la afectación que sufre la víctima:

- i. Trata de Personas con fines de explotación sexual.
- ii. Trata de Personas con fines de trabajos o servicios forzados.
- iii. Trata de Personas con fines de servidumbre.
- iv. Trata de Personas con fines de esclavitud
- v. Trata de Personas con fines de realizar prácticas análogas a la esclavitud.
- vi. Trata de Personas con fines de extracción de órganos.-

Creemos que resulta fundamental, enlazar este punto con lo abordado respecto al bien jurídico protegido. Recordemos, que en ese capítulo, concluimos que la trata de personas, es un delito de naturaleza compleja, que contempla pluralidad de hipótesis en cuanto a la ejecución, y que debíamos situarnos en cada una de esas hipótesis para determinar el bien jurídico cautelado en cada caso.

i. Trata de Personas con fines de explotación sexual.

Como declara Cárdenas¹⁶³, esta es la finalidad más tradicional en el delito de Trata de Personas. Además constituye el fin más recurrente en la comisión de este delito a nivel mundial con 58% de los casos detectados.

Nos corresponde determinar el alcance de la expresión: “**Explotación sexual**”.

De la Cuesta Arizmendi¹⁶⁴, señala que la explotación sexual consiste en: “*La utilización de una persona con fines sexuales y con ánimo de lucro, atentando directa o indirectamente a su dignidad y libertad sexual y afectando potencialmente a su equilibrio psicosocial*”

¹⁶²ARIAS Madariaga, Emiliano; y, FIGUEROA Ossa, Ulda; Op. Cit.,Op.208

¹⁶³CÁRDENAS, Claudia; Op. Cit, p.14

A continuación proponemos un breve análisis de los elementos que integran el contenido de este concepto.

a) “Utilización de una persona”:

Subyace en esta expresión el espíritu de la normativa tanto internacional como nacional: Aquello relacionado con la cosificación de los seres humanos que implica en general la Trata de personas; el trastocar el consentimiento de la víctima, en orden anular, coartar o viciar su voluntad.

b) “Con fines sexuales”:

Desde ya, consideramos que la sexualidad, no sólo se restringe al mantenimiento de relaciones íntimas de la víctima con el tratante o con un tercero. Se trata de un término amplio, abarcativo de cualquier forma de trastorno o transgresión de la sexualidad de la víctima.

Precisamente, la Real Academia Española entiende el concepto de “Sexualidad”, como: “*Conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan a cada sexo*”.¹⁶⁵ El ataque directo a tales condiciones, importaría la constitución de un fin sexual. Entenderlo de este modo, sin embargo, claramente importa una dificultad para descartar las conductas propiamente constitutivas de un ataque sexual de las que no lo son. Por lo que, para determinar si la conducta (distinta al acceso carnal) tiene un fin sexual o no, resulta necesario que cumpla con los siguientes requisitos:

- i. Acto de significación sexual.
- ii. Este acto de significación sexual debe ser de relevancia.
- iii. Ser realizado mediante contacto corporal con la víctima, o con afectación de los genitales, ano o boca de la víctima.

¹⁶⁴DE LA CUESTA Arizmendi, José Luis; citado por KÜHNE Covarrubias, Rosemarie. La trata de personas con fines de explotación sexual (Trata de blancas): Nueva normativa a la luz de la ley 20.507 del 01 de abril de 2011, que modifica el Código Penal Chileno. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2012, 120 p.

¹⁶⁵ DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=sexualidad>. Madrid, España: s.n., 2001.

c) “Con ánimo de lucro”:

En este punto, la definición entregada por De la Cuesta, se aparta de los términos que conforman nuestra figura penal. En efecto, el ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo especial del tipo ausente en la descripción del delito. Por lo tanto, si el actor, utilizando alguno de los medios enunciados por el tipo capta, traslada, acoge o recibe a una persona, para explotarla sexualmente, no requiere en su actuar, realizar la acción motivado por la obtención de una ganancia. Al respecto, la configuración del tipo requiere necesariamente la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo penal, que es precisamente que su acción se destine a uno de los fines indicados por el precepto, en la especie, la explotación sexual.

Estamos de acuerdo en que debemos precisar si el término *explotación*, envuelve la noción de la obtención de ganancia o provecho económico. Nuestra posición es que puede configurarse el delito de Trata de Personas con fines de explotación sexual, sin necesidad de que el actor se beneficie con una ventaja patrimonial. Podría ser, que el hechor traslade a una víctima mediando engaño, para que él y su familia abusen sexualmente de aquella en el país de destino. En tal caso, no hay concurrencia del ánimo de lucro, pero igualmente cabe la configuración de la Trata de Personas con los fines en comento.

Consideramos que la noción de explotación, coincide con la tercera acepción entregada por la Real Academia Española, esto es: “Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”.

d) Atentado directo o indirecto a la dignidad y libertad sexual de la víctima.

Tales menciones aluden a los bienes jurídicos amparados por la figura. Concordamos en que ambos se encuentran resguardados por el ilícito.

En cuanto a la dignidad, son relevantes los mismos puntos que abordamos a propósito del delito de Tráfico de Personas.

Ciertamente que la gran observación en este punto continúa siendo, que bajo estas consideraciones, todo delito, y el sistema penal en general, se encuentra en resguardo de la dignidad de la persona, y que por tanto no podría ser un bien jurídico a tutelar por una figura penal determinada. Al respecto, contestamos que la dignidad de la persona en un marco ius naturalista es inherente a la persona, lo cual el Estado reconoce y ampara desde la normativa madre, como es la Constitución Política de la República; junto con la dignidad de la persona, la norma fundamental también reconoce dentro a los derechos de primera generación: la igualdad, la fraternidad, la libertad. Bajo tal supuesto por tanto, delitos como el secuestro no podrían amparar principalmente la libertad, pues en realidad todo el sistema se encuentra resguardando tal derecho. Lo anterior importa una incoherencia, ajena a toda lógica jurídica.

En consideración a lo que señalábamos a propósito del término sexualidad, siendo coherentes con tal apreciación, creemos que el resguardo se plantea de un modo más abarcativo, por lo que el bien jurídico amparado sería en realidad: la **indemnidad sexual**, esto es la protección a cualquier intrusión no autorizada en la esfera de la sexualidad.

Sumado a que aquella autorización se puede dar de un modo espontáneo, forzado, inducido por error, etc. Pero, que tal consentimiento carece de toda validez, y es calificado como viciado para todos los efectos. Comentamos el punto, en el apartado “Del consentimiento del migrante en el delito de Trata de Personas”.

De lo expuesto y analizado proponemos como concepto de explotación sexual:

“La utilización de una persona con fines sexuales que atenta directa o indirectamente a su dignidad e indemnidad sexual”.

ii. Trata de Personas con fines de trabajos o servicios forzados

Como bien refieren Gajardo y Torres;¹⁶⁶ En sus inicios, el proyecto de ley empleaba la expresión: “explotación laboral”; sin embargo, con posterioridad, el legislador modifica aquellas expresiones, sustituyéndolas por: “trabajos o servicios forzados”, dado que éstas resultan más comprensibles que las primeras, evitando problemas interpretativos, -sin mencionar-, la existencia de una clara prohibición en el Derecho Internacional.

¹⁶⁶GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica, Op. Cit., p.241.

En este sentido, como deja de manifiesto la historia fidedigna del establecimiento de la ley: *“Se pretendía emplear un término que tuviera un sentido técnico más definido, que dejara fuera la posibilidad de que todo incumplimiento de normas laborales se equiparara con el delito de trata de personas”*¹⁶⁷

Nos corresponde, definir entonces lo que entendemos por: “Trabajos o servicios forzados”.

El Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el trabajo forzoso en su artículo 2º primer párrafo define este término como:

“[L]a expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

La doctrina ha sido uniforme, en el sentido de declarar que el término *pena*, no debe ser restringido a entenderlo como una sanción penal impuesta por el Estado. Tal como declaran Arias y Figueroa¹⁶⁸, el supuesto abarcaría también a aquellos apremios impuestos por particulares. Citan al respecto, la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo donde se expresa que: *“[...] Tal pena podría revestir no sólo la forma de una sanción penal sino que podía tratarse también de la privación de cualquier derecho o ventaja”*¹⁶⁹

A una interesante conclusión llegan los autores aludidos, en cuanto a las hipótesis comprendidas dentro de la trata con fines de trabajos o servicios forzados, señalan que debe incluirse dentro de este término:

- a) Por una parte, la situación en que la víctima es obligada coactivamente a realizar una obra cuya realización rehúye.
- b) Por otra, la situación en que la voluntariedad del trabajo se encuentra viciada sea porque la víctima es engañada en relación a las condiciones laborales ofrecidas o

¹⁶⁷CHILE. Historia de la Ley N° 20.507: “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”, citado por CÁRDENAS, Claudia; Op. Cit., p.28.

¹⁶⁸ARIAS Madariaga, Emiliano; y, FIGUEROA Ossa, Ulda; Op. Cit., p. 2.

¹⁶⁹OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “96º Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2007), Informe III (parte 1b), “Estudio general relativo al convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y al convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, citado por ARIAS Madariaga, Emiliano; y, FIGUEROA Ossa, Ulda; Op. Cit., p. 2.

porque éstas son de algún modo impuestas a la víctima al encontrarse en situación de inferioridad o vulnerabilidad respecto del empleador.¹⁷⁰

iii. Trata de personas con fines de Servidumbre.

La Trata de Personas con fines de Servidumbre, consiste –en términos generales-, en una práctica análoga a la esclavitud. Se configura como una forma de fuerza o coacción, en virtud de una caución o deuda.

En la “Ley modelo de la UNODC sobre la trata de personas” figura la siguiente definición de la servidumbre:

Por “servidumbre” se entienden las condiciones de trabajo o la obligación de trabajar o prestar servicios de que la persona en cuestión no puede escapar y que no puede modificar¹⁷¹

Tal como se hace alusión en el Informe sobre la Trata de Personas de 2011(TIP): Términos, metodología y filas¹⁷², se contemplan dos hipótesis comunes:

- a) Los trabajadores de todo el mundo se transforman en víctimas de la servidumbre por deudas cuando los tratantes de personas o los reclutadores explotan ilícitamente una deuda inicial que el trabajador contrajo como parte de las condiciones de empleo.
- b) Los trabajadores también pueden heredar una deuda en los sistemas más tradicionales de trabajo en condiciones de servidumbre. En Asia del Sur, por ejemplo, se calcula que hay millones de víctimas de la trata que trabajan para pagar las deudas de sus antepasados.

En el informe antedicho, se hace referencia a dos situaciones vinculadas a la Trata de Personas con fin de servidumbre, pero que merecen ciertas precisiones:

¹⁷⁰ARIAS Madariaga, Emiliano; y, FIGUEROA Ossa, Ulda; Op. Cit., p. 3.

¹⁷¹UNODC: Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas. Análisis de algunos conceptos básicos del Protocolo contra la Trata de Personas. [En línea] [Fecha de Consulta 03 de junio de 2014]. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/CTOC_COP_WG_4_2010_2_S.pdf>

¹⁷²UNITED STATES OF AMERICA EMBASSY. Informe sobre la Trata de Personas de 2011(TIP): Términos, metodología y filas. [En línea] [Fecha de consulta: 03 de junio de 2014] <<http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/texttrans/2011/06/20110628105753x0.3816906.html#axzz3GevWH7ot>>

a) La servidumbre por deudas entre los jornaleros inmigrantes.

El informe aclara, que: [Aquellos] abusos contractuales y las condiciones de empleo peligrosas de los jornaleros no constituyen necesariamente Trata de Personas.

Se establece la imposición de costos ilícitos y deudas a estos jornaleros en el país de origen.

b) La servidumbre doméstica involuntaria.

Una forma singular de trabajo forzoso es la servidumbre involuntaria de los trabajadores domésticos, cuyos lugares de trabajo son informales, están comunicados con sus habitaciones en sus horas libres y no suelen compartirse con otros trabajadores. Los investigadores y proveedores de servicios denuncian muchos casos de enfermedades no tratadas y, trágicamente, el abuso sexual generalizado, lo que en muchos casos puede ser indicio de una situación de servidumbre involuntaria.¹⁷³

iv. Trata de Personas con fines de esclavitud.

La Convención sobre la Esclavitud de 1926 entrega un concepto de esclavitud, definiéndola como: “*el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos*”¹⁷⁴

En términos generales, la esclavitud supone la **cosificación** del sujeto objeto de la Trata; la supresión total de los atributos inherentes a todo ser humano.

En tal sentido, como analizan Arias y Figueroa¹⁷⁵ la reducción de un individuo a la calidad de una cosa, implica que la relación se constituye en base a las facultades que puede ejercer quien es dueño de un bien, esto es: usar, gozar y disponer de él de forma arbitraria. En la misma línea expone Soto,¹⁷⁶ estableciendo que tal relación implica la necesidad de establecer copulativamente o alternativamente [alguna de] esas facultades¹⁷⁷.

¹⁷³*Ibidem*

¹⁷⁴Convención sobre la esclavitud. SUIZA. Archivos de la Sociedad de Naciones. Artículo 1º. Ginebra, Chile. 25 de septiembre de 1926.

¹⁷⁵ARIAS Madariaga, Emiliano; y, FIGUEROA Ossa, Ulda; Op. Cit., p. 6.

¹⁷⁶SOTO Donoso, Francisco; Op. Cit. p, 109

¹⁷⁷Concordamos que por el nivel de lesión que implica la esclavitud, se hace necesario que el Tratante ejerza al menos, alguna de aquellas facultades. Sin embargo, no debemos perder de vista que en materia Civil, y en cuanto al Derecho de Propiedad, quien no usa, ni goza ni dispone del objeto de su dominio, no deja por ello de ser dueño de la cosa. Lo anterior, como una de las características inherentes al dominio, en cuanto a su perpetuidad.

Arias y Figueroa¹⁷⁸, precisan que “lo propio de las situaciones de esclavitud es que *la víctima se ve privada absolutamente de su capacidad de autodeterminarse en todas las esferas de su personalidad* [...]”.

Soto¹⁷⁹ indica que a pesar del carácter de cosificación que implica tradicionalmente el concepto de esclavitud, se han planteado algunas tesis que implican la evolución de los alcances de tal definición. Tales propuestas evidencian el abandono al pleno ejercicio de propiedad sobre una persona. Justifica su aseveración citando al Tribunal Internacional para la persecución de personas responsables por serias violaciones al derecho internacional humanitario: “Aunque algunos tratados definieran el concepto de esclavitud como crimen contra la humanidad una definición mucho más amplia en virtud de sus diversas manifestaciones contemporáneas. El crimen de esclavitud está íntimamente ligado a la esclavitud en términos de su definición básica, pero abarca otras formas contemporáneas de esclavitud no contempladas en la Convención contra la Esclavitud de 1926, y en otras similares o siguientes. (...) La cuestión de si un fenómeno particular es una forma de esclavitud dependerá de la operación, de los factores o indicios de esclavitud identificados” Los que incluyen “el control del movimiento de alguien, el control del entorno físico, el control psicológico, las medidas adoptadas para impedir o disuadir el escape, la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coerción, la duración, la afirmación de la exclusividad, la sujeción al tratamiento cruel y el abuso, el control de la sexualidad, y el trabajo forzoso.”¹⁸⁰

Por nuestra parte, consideramos que el concepto de esclavitud que recoge el Protocolo, y nuestro tipo penal en particular, es el clásico que plantea el ejercicio de atributos propios del derecho de propiedad. Lo anterior, porque la sentencia citada expresamente alude a conceptos que se presentan hoy como modalidades de la acción o fines de la Trata expresados de un modo particular.

¹⁷⁸*Supra*, nota al pie N° 175; p. 74

¹⁷⁹SOTO Donoso, Francisco; Op. Cit. p.110

¹⁸⁰NACIONES UNIDAS, TPYI, Cae N° IT-96-23/1-A, sentencia del Tribunal de Apelaciones de 12 de junio de 2002. Traducción de Marcelo Colombo y María Alejandra Mángamo. Citado por: SOTO Donoso, Francisco; Op. Cit. p.110.

v. Trata de Personas con fines de realizar prácticas análogas a la esclavitud.

En este punto, Soto¹⁸¹ observa la dificultad de encontrar hipótesis similares a la esclavitud, sin caer en la configuración de la esclavitud misma.

Para que la incorporación de esta expresión se torne útil, el autor propone una interpretación armónica con los medios comisivos empleados en el tipo. Luego, en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud¹⁸² se indicaron expresamente como prácticas análogas a la esclavitud: la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio servil y la explotación de niños y adolescentes.

Por nuestra parte, aquellas prácticas las consideramos integradas dentro de la Trata de personas con fines de servidumbre.

Para no considerar reiterativo e inútil la integración de este fin (tomando en cuenta, que su estipulación se encuentra desde ya en el propio Protocolo de Palermo), seguimos el análisis de Arias y Figueroa, quienes señalan que: *“Creemos que la diferencia de estas prácticas análogas a la esclavitud con la esclavitud propiamente tal radica en que en esta última, según se señaló, la cosificación o pérdida de capacidad de autodeterminación del individuo es absoluta, abarcando ésta todos los ámbitos de la personalidad del afectado, siendo reducida la persona a la calidad de cosa en todos los aspectos de su personalidad. En cambio en las prácticas análogas a la esclavitud, debe entenderse que si bien existe una cosificación del individuo, ésta es relativa, afectando uno o más ámbitos de su personalidad, pero no todos, de modo tal que el afectado queda privado de su capacidad de autodeterminarse sólo en algunos ámbitos de su vida, pero no en la totalidad de ellos.[...] Ejemplifican con casos como: la imposición de un matrimonio forzado, la venta o transmisión de personas y la explotación para realizar actividades delictivas, u otros que cumplan con las condiciones antes mencionadas. Este tipo de casos son los que, en estricto rigor, recoge la hipótesis típica de “prácticas análogas a la esclavitud”, pues las situaciones en donde se persigue afectar directamente la capacidad de la víctima de*

¹⁸¹SOTO Donoso, Francisco; Op. Cit. p.111

¹⁸²Supra, Nota al pie N° 174

autodeterminarse en el ámbito del trabajo, quedan comprendidas bajo los conceptos de servidumbre o de trabajo o servicios forzados, según se ha mencionado previamente”¹⁸³

vi. Trata de Personas con fines de extracción de órganos.

Cárdenas expone que la modalidad de actuar con la intención de que a la persona se extraigan órganos es la de más reciente incorporación a la definición de trata de personas. Tal adición obedece a la pesquisa que revela que en algunos países se captaba a las personas con esa finalidad.¹⁸⁴

La trata de personas con fines de extracción de órganos prospera gracias a la escasez de órganos para realizar trasplantes.

Tal como dispone el documento de antecedentes preparado por la Secretaría de la Conferencia de las partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, no se encuentran comprendidos dentro del término “órgano”, ni tejidos ni las células.¹⁸⁵ A juicio de Villacampa, lo anterior importa una relevante laguna por parte del Protocolo.¹⁸⁶

En instrumentos relativos al Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas se dejó constancia que la extracción de órganos de niños con el consentimiento de un progenitor o tutor por razones médicas o terapéuticas legítimas no se considerará explotación¹⁸⁷.

¹⁸³ARIAS Madariaga, Emiliano; y, FIGUEROA Ossa, Ulda; Op. Cit., p.4

¹⁸⁴CÁRDENAS, Claudia; Op. Cit, p.32

¹⁸⁵NACIONES UNIDAS. Conferencia de las partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Grupo de trabajo sobre la Trata de Personas. Tema 2 del programa provisional: Trata de personas con fines de extracción de órganos. [En línea]. Viena. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2014]. <http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/2011_CTOC_COP_WG4/2011_CTOC_COP_G4_2/CTOC_COP_WG4_2011_2_S.pdf>

¹⁸⁶VILLACAMPA Estiarte, Carolina; Op. Cit. p. 31.

¹⁸⁷Citado por Cárdenas, Notas interpretativas para los documentos oficiales de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos. UNODOC. A/55/838/Add. 1 de 3 de noviembre de 2000, párrafo 65, accesible en <http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1s.pdf>, consultado el 27 de diciembre de 2012.

2. Iter Criminis

Mardones y Fernández¹⁸⁸, precisan que por tener la Trata de personas el carácter de delito de emprendimiento, no hace falta para la consumación que se alcance el fin de la acción, es decir, que la consumación formal puede tener lugar cuando materialmente existe tentativa.

El artículo 5° del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, declara en su primer párrafo que:

“Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 [En términos generales, este artículo define la Trata de Personas] del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.

Luego, en el segundo párrafo señala que: *“Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:*

- i. *Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la **tentativa de comisión** de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo”;* [El destacado es nuestro]

Establecido lo anterior, nos concentraremos ahora en determinar cuándo se configura la tentativa en el delito de Trata de Personas.

Para nuestra legislación: “Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”¹⁸⁹.

Como expresa Cárdenas¹⁹⁰, debemos tener presente en este punto que el delito de Trata de Personas, es un delito de emprendimiento, y que por tal, tiene una multiplicidad de verbos rectores que permiten llevar a cabo la actividad delictiva típica. Dentro, de las formas en que podía llevarse a cabo la acción, encontrábamos la conducta tendiente a: “Captar”, verbo que de haber sido omitido por el legislador penal, podría constituirse precisamente como tentativa de los demás verbos rectores. Sin embargo, al encontrarse tipificada la conducta

¹⁸⁸MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, Op. Cit, p.17

¹⁸⁹CÓDIGO PENAL, Op. Cit. Art. 7° Inc. 3°,

¹⁹⁰CÁRDENAS, Claudia; Op. Cit., p.20

de forma diferenciada, la simple gestión del actor tendiente a captar, basta para consumir el delito.

Ahora, -como precisa la autora-, podrá haber tentativa o no, dependiendo si la conducta mediante la cual se capta, es susceptible de fraccionarse o no.

Por ejemplo, un sujeto en Perú es el administrador de un sitio web denominado: “www.nuevofuturo.xx”; en el ofrece trabajo a señoritas en Chile como modelos de diversos eventos sociales, que en la realidad se trata del ejercicio de la prostitución en nuestro país. Establece como contacto un correo electrónico, donde las interesadas deben escribir enviando sus antecedentes. Al día siguiente de la publicación del aviso, la bandeja de entrada del correo electrónico del sujeto se encuentra con múltiples correos remitiendo los antecedentes solicitados, y el sujeto sólo los observa decidiendo con quien tomará contacto definitivo.

Con aquellas mujeres que el sujeto logra establecer contacto el tipo penal en estudio se consuma. Con aquellas mujeres que no evidencian contacto ni respuestas, haría configurar la tentativa del delito.

3. Formas de Intervención:

Debemos efectuar un nexo en este respecto a propósito de lo comentado en torno a la conducta punible de este delito. Recordemos que este tipo penal, contiene una pluralidad de hipótesis comisivas, o de formas de llevar a cabo la acción; *ergo* la conducta puede asumir siete representaciones distintas de configuración del tipo penal.

Lo anterior, resulta ser trascendental, pues como expresan Mardones y Fernández¹⁹¹, considerando la amplitud con que se ha dotado a las conductas que pueden dar lugar a la aplicación del tipo, se permite asimilar a la autoría conductas que no pasarían en muchos casos de mera complicidad, lo que crea serios problemas de aceptación desde la óptica de los principios de legalidad y proporcionalidad, en pos de un incremento preventivo del precepto.

Para determinar la representatividad del autor en el hecho delictivo, descartándolo de hipótesis de índole colaborativa, que más bien se ajustarían a conductas de participación,

¹⁹¹MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, Op. Cit, p.24

seguiremos los postulados de la doctrina del *Dominio del hecho delictivo*, que Roxin explica con la expresión de que: *Del autor depende el sí, el cómo, y además controla el suceder causal del delito*

Lo anterior, debemos circunscribirlo ahora a la acción propiamente tal, y establecer el desempeño del sujeto que permitan calificar su conducta como constitutiva de autoría.

1) Captar: La conducta del autor se traduce en el control absoluto de las acciones tendientes a reclutar individuos con el propósito de que realicen algunos de los fines propuestos en el precepto.

V. gr. El hechor valiéndose de engaño realiza ofertas laborales a la víctima o le manifiesta promesas falsas de establecimiento y bienestar.

2) Trasladar: El autor despliega conductas que implican sacar a la víctima de un espacio físico determinado, ubicándola en uno diverso.

En este sentido, creemos que en el caso de que por ejemplo, *quien conduce un medio de transporte para movilizar a la víctima desde su lugar de origen hasta el lugar de destino*, debe ser castigado a título de partícipe y no como autor.

3) Acoger: Los movimientos de quien domina la acción delictiva, se materializan en el otorgamiento de refugio y de las condiciones mínimas de subsistencia.

4) Recibir: El gobierno de la acción que es ostentada por el sujeto se concretiza con la admisión de víctimas ya sea en su propio domicilio o residencia, ya sea en un espacio físico destinado para tal efecto.

5) Promover, facilitar y/o financiar: Se trata de conductas propias de partícipes, sin embargo, el precepto en su inciso final, eleva la sanción de su conducta secundaria a la de un autor propiamente tal.

En síntesis, como declara, Kühne¹⁹² es que deberían ser excluidos de la categoría de autores, y por tanto ser sancionados a título de cómplices, aquellos sujetos que intervienen

¹⁹²KÜHNE Covarrubias, Rosemarie; Op. Cit, p. 58

en el desarrollo de las acciones (colaborando o cooperando), pero que no dominan o determinan objetivamente el hecho, tratándose de acciones accesorias, que por consiguiente, no alcanzan a ser suficientemente significativas, por ejemplo, realizando actividades de vigilancia o supervisión, o que consisten en la consecución de dinero o documentos, o cooperando en el cobro a los clientes de comercio sexual.

4. Faz subjetiva del delito

La opinión en la doctrina ha sido categórica en señalar que la comisión de este tipo penal, sólo puede expresarse a través de **dolo directo**.

Vargas y Fernández¹⁹³ descartan la comisión del tipo penal a través del dolo eventual, indicando que en consideración a los fines que mantiene el delito, no puede concebirse de otro modo.

Por su parte, Gajardo y Torres¹⁹⁴ justifican el tema mediante una asimilación de estructuras del delito de Trata de blancas (contemplado en el derogado art. 367 bis), y el en el art. 411 quáter, indicando que tal es un de un delito imperfecto de dos actos pues, el sujeto tiene una mira por alcanzar, que debiera tener lugar con una propia acción suya, después de la realización de lo objetivamente exigido en la descripción del hecho, pero que el sujeto no necesita realizar para que el delito este consumado. Citan al respecto a Matus y Ramírez, comentando que en el delito de Trata de blancas existe un elemento subjetivo consistente en la entrada y salida de personas del país, con el objeto de que éstas ejerzan la prostitución el territorio nacional o en el extranjero, aunque no sea necesario que la lleguen a ejercerla para su punibilidad. Así, -concluyen- no genera duda alguna que el delito de trata de personas sólo puede ser cometido con dolo directo.

Concordamos con las opiniones anteriormente expresadas, el delito de Trata de Personas, sólo puede llevarse a cabo mediante dolo directo. Aún más, concebirlo con dolo eventual es una idea infructífera y absurda, considerando que quien actúa con dolo eventual se representa la producción del hecho típico como una consecuencia posible de acción, y acepta en su voluntad esa alternativa para el caso de que se realice¹⁹⁵. En la especie, el

¹⁹³MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, Op. Cit, p.13.

¹⁹⁴GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica, Op. Cit., p.244.

¹⁹⁵CURY, Enrique. Op. Cit., p. 317.

sujeto actúa para conseguir uno de los fines alternativos consignados en el precepto, tanto así, que de no plantearse aquel fin el sujeto no actuaría, y malamente podría representarse en su actuar el fin como una consecuencia.

IV. Ideas fundamentales y conclusiones

1. Podemos clasificar a la Trata de Personas como un delito de *Delicta iuris Gentium*, puesto que guarda una tutela internacional, consagrada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y encuentra su regulación en uno de sus tres Protocolos, en la especie, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niño.
2. Chile adhiere a la Convención, y por tanto, otorga cumplimiento al mandato internacional a través de la promulgación de la Ley N° 20.507, ley que ordena la inclusión del artículo 411 quáter, que tipifica la Trata de Personas.
3. La incorporación del delito se realiza a través de la inclusión del Párrafo 5 bis, que a su vez se inserta en el Título VII: “Crímenes y Simples delitos contra las personas”.
4. Ese contexto, plantea un problema de sistematización de la figura, evidenciado principalmente en la determinación del Bien Jurídico tutelado. Adherimos a la Doctrina que plantea que el Bien Jurídico Protegido, es la integridad del migrante, pero que la lesión efectiva a su persona, dependerá de la hipótesis de comisión en que se encuentre el hechor de la conducta.
5. La Trata de Personas es un delito con pluralidad de hipótesis alternativas que permiten al hechor su ejecución. La acción puede revestir cuatro formas básicas. Además, el inciso final contempla tres verbos rectores, que contemplan conductas propias de un partícipe, pero que el legislador penal, elevó en el marco sancionatorio a la conducta de un autor.

6. Al igual que el delito contenido en el derogado artículo 367 bis, la Trata de Personas con fines de explotación sexual, se presenta con un carácter pluriofensivo, que atenta – según los medios comisivos con que el hechor intenté conseguir su fin- contra: la libertad ambulatoria, libertad sexual, indemnidad sexual y dignidad de la víctima.

7. Las acciones comprendidas en el delito de Trata de Personas, se encuentran destinadas al cumplimiento de diversos fines. Lo que determina que la conducta sólo puede llevarse a cabo mediante dolo directo.

CAPÍTULO TERCERO: EL DELITO DE TRATA SIMPLE DE PERSONAS O TRATA CON FINES DE PROSTITUCIÓN – ART. 411 TER DEL CÓDIGO PENAL

I. Consideraciones Previas

1. Preámbulo

El artículo 411 ter del Código Penal, viene en constituir el resabio más semejante del derogado art. 367 bis del mismo cuerpo normativo. Sus líneas descriptivas expresan de forma casi idéntica lo que un día fue el tipo base de la Trata de blancas, y que hoy denominaremos: Trata Simple de Personas o Trata con fines de prostitución. La gran diferencia se encuentra marcada en el ámbito de las circunstancias agravantes, los que en la actualidad son trasladados al art. 411 quáter, y que -como comentamos en su oportunidad-, constituyen el delito que denominamos Trata de Personas calificada.

Como advierte Cárdenas, también existe una similitud entre el delito en comento, y el delito de Tráfico de inmigrantes, y es de cierto, que comparten sus verbos rectores, y parte del objeto de la acción. Aquello, la autora lo califica como un concurso aparente de leyes penales, idea que desarrollaremos en profundidad en el acápite respectivo.

2. Generalidades

2.1. Historia fidedigna del Art. 411 ter del Código Penal.

En el proyecto inicial de la Ley N° 20.507, no se encontraba contemplado el actual art. 411 ter del Código Penal. Esta figura, más bien, se agregó durante el desarrollo del proceso de discusión parlamentaria.

Del estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.507, -tal como apunta Flores¹⁹⁶-, resulta ser llamativo que no exista constancia de pronunciamiento alguno relativo a la naturaleza del bien jurídico amparado por el ilícito en comento.

El autor considera que tal línea de acción adoptada por el legislador, responde a una práctica habitual por el Poder Legislativo en materia de delitos sexuales. Así, pone el caso

¹⁹⁶FLORES Álvarez, Michael. La problemática del bien jurídico protegido por la figura del artículo 411 ter del Código Penal chileno. Actividad Formativa equivalente a Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2014, 102 p., accesible en: <http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116396/de-flores_m.pdf?sequence=1>

de la Ley N° 19.927, sobre la tipificación del delito de obtención de servicios sexuales respecto de menores de edad, en donde algunos parlamentarios señalaron en la discusión en sala en la Cámara de Diputados, lo siguiente: “*En el caso de la sanción al cliente en la prostitución infantil, no hay bien jurídico alguno que proteger, pues se trata de actos consentidos, libres y voluntarios de dos personas, existiendo un precio de por medio. En definitiva se sanciona la conducta por considerarla socialmente reprobable, pero no hay ningún interés o bien jurídico que amparar*”¹⁹⁷

2.2. Contenido literal del tipo penal.

Art. 411 ter.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.

2.3. Ámbito de aplicación del tipo penal.

En un análisis muy preliminar, y con la sola información entregada por el contenido del delito expresado en el Código Punitivo, podemos vislumbrar los siguientes elementos de hipótesis que permiten su configuración.

- (1) El delito sanciona al agente, sin que concurren los requisitos típicos del art. 411 bis o del art. 411 quáter.
- (2) Las acciones típicas corresponden a la Facilitación o Promoción de la entrada o salida del país de la víctima, encaminadas a la realización de una actividad.
- (3) Esta facilitación o promoción debe recaer en **persona adulta**.
- (4) Estas acciones deben estar destinadas a que el sujeto pasivo ejerza la prostitución en el territorio nacional o extranjero de manera libre y voluntaria.
- (5) Con todo, la conducta desarrollada dentro del territorio nacional, que v. gr. Implice la promoción o facilitación del traslado de la víctima de una ciudad a otra es atípica.
- (6) El tipo penal no exige ánimo de lucro en el hechor.

¹⁹⁷CHILE. Historia de la Ley N° 19.927: “Sobre la tipificación del delito de obtención de servicios sexuales respecto de menores de edad”: Legislatura 347, Sesión 41, de fecha 11 de septiembre del año 2002, Discusión General, citado por: FLORES Álvarez, Michael; Op. Cit, p. 42.

3. Características del delito.

i. Delito de Mera Actividad:

No se requiere que la víctima haya alcanzado a prostituirse, como lo deja en claro la preposición “para”. Así, el tipo penal no requiere de un resultado para que se configure su ejecución, basta con que se promueva o facilite la entrada o salida del país de personas con el objeto indicado en el precepto.

ii. Delito de Peligro Abstracto.

Kühne expone que¹⁹⁸: “Para entenderse consumado, basta que se verifique alguno de los verbos rectores contemplados en el tipo, siendo indiferente para la consumación que se concrete la explotación sexual del sujeto pasivo, lo que implica que el o los bienes jurídicos que se busca proteger, (libertad sexual, integridad física, síquica y la dignidad, entendida esta última en los términos de integridad moral), estarían expuestos solamente a un peligro de lesión”.

Por su parte, Matus y Ramírez¹⁹⁹ justifican que se trata de un delito de peligro abstracto tanto para la libertad ambulatoria como para la seguridad personal, por los riesgos que conlleva [ría] la realización de una actividad socialmente desvalorada, y también para la libertad sexual [de la víctima], dado que la dedicación continua a la prostitución va limitando en ese sentido sus posibilidades vitales.

A juicio de los autores: “Lo que aquí se castiga no es, promover, el ejercicio de la prostitución en sí, por cuenta propia o por cuenta ajena, si se hace sin que la víctima deba salir de su país de origen. Se trata más bien de sancionar el peligro abstracto que la ley presume para la libertad y seguridad de las personas en el hecho de trasladarla a un país extranjero, por el desamparo legal y material que ello implica, si se tiene en consideración el propósito ulterior y reprochable del autor de que ejerza la prostitución, actividad aunque lícita sólo en ciertas condiciones es todavía socialmente reprochable”.

¹⁹⁸KÜHNE Covarrubias, Rosemarie; Op. Cit, p. 39

¹⁹⁹MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial. 3ª ed. Santiago, Chile, La Ley, 2014, 361 p.

Por nuestra parte, justificamos esta categoría, por el tenor de las acciones que el legislador considero como típicas de este delito, a saber: **Promover** o **Facilitar**. Quien promueve o facilita una conducta sólo busca crear una resolución en otro, en orden a determinarlo en una decisión positiva o negativa; pero que en definitiva, la realización de la conducta que se promovió o facilitó, depende siempre y exclusivamente de la voluntad del “promovido o facilitado”. En la especie, al legislador le basta con la ejecución de esta conducta de promoción o facilitación de la entrada o salida del país, para que el sujeto pasivo ejerza la prostitución, siéndole indiferente si la víctima efectivamente traspasa las fronteras o no, por tanto, no existe un perjuicio directo en donde se lesione efectivamente la seguridad de un bien jurídico determinado.

iii. Delito Instantáneo.

La consumación del delito tiene lugar con la sola facilitación o promoción de la entrada o salida del país de personas con el fin de que aquéllas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero.

No es necesario para configurar el tipo penal que la prostitución efectivamente se lleve a cabo.

iv. Delito común.

Su fundamento se sostiene en que el delito puede llevarse a cabo por cualquier persona, siendo indiferente quien realice la acción.

II. Bien Jurídico Protegido

La determinación en cuanto al valor fundamental protegido por esta figura penal ha sido un tema debatido en doctrina; la problemática se ha extendido a tal punto que hay quienes sostienen, -incluso- la inexistencia de un bien jurídico amparado por este ilícito, idea que ya enunciamos escuetamente en el apartado referido a la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

Expondremos en lo que sigue algunas de las teorías formuladas en este respecto:

Para Mardones y Fernández²⁰⁰, la tutela se encamina hacia una determinada forma de explotación de las personas, a saber, su explotación sexual.

Criticamos tal postura, pues estimamos que sobrepasa las exigencias del tipo, ya que para la consumación de este ilícito, basta la sola promoción o facilitación para la entrada o salida del país de la víctima, en pos de que ésta ejerza la prostitución. Por tanto su configuración se determina con el ejercicio de cualquiera de estas acciones, sumado a la presencia del elemento subjetivo del tipo que exigen en el actor que su actuar sea con el propósito de que el sujeto pasivo ejerza la prostitución en el lugar de destino, sin ser necesario que el sujeto pasivo ejerza la prostitución en el lugar de destino.

Balmaceda²⁰¹ señala que estamos ante una figura pluriofensiva que al efecto, cautela tanto la **seguridad individual** como la **libertad ambulatoria** y la **libertad sexual de la víctima**.

Por su parte, Soto Donoso²⁰² en un análisis en retrospectiva en cuanto al derogado art. 367 bis, -citando al efecto a Rodríguez Collao-, considera que en los delitos vinculados a la prostitución se revela que la intención del legislador fue **sancionar la inmoralidad que atribuye a la conducta de quien favorece el comercio sexual**, aunque éste se realice en condiciones que carezcan de aptitud para lesionar los intereses de una persona en concreto.

Politoff, Matus y Ramírez en el 2004 señalaban que a propósito del derogado tipo penal del art. 367 bis: “se tutela tanto la **libertad ambulatoria** (castigando el engaño de que se sirven los tratantes para mantener a sus víctimas privadas de libertad) y la **seguridad personal** como la **libertad sexual**”, opinión que podría referirse tan sólo a la figura calificada del

²⁰⁰MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ; Op. Cit, p.20.

²⁰¹BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Santiago de Chile, Librotecnia, 2014, 1152 p.

²⁰²SOTO Donoso, Francisco; Op. Cit., p.56

inciso 2° de dicho artículo, pero que también es aplicable a aquella del inciso 1° que carece de circunstancias comisivas: “cabe destacar que en el caso de la trata de blancas simple, no es necesario que concurra ni la violencia ni la intimidación, y ni siquiera un engaño, circunstancias ambas que configuran agravantes del delito (...), pues la ley parece suponer que el hecho de trasladar a una persona a un país extranjero produce de por sí suficiente desamparo y riesgo para su seguridad, el que se encuentra aumentado por el propósito ulterior y reprochable del autor (prostituir a su víctima).”²⁰³

Sin perjuicio de lo señalado, es dable destacar que estos últimos autores, junto con no señalar expresamente la presencia de criterios morales en la implementación del tipo penal, lo excluyen del catálogo tradicional de los delitos sexuales y lo consideran como uno más de los delitos contra la libertad ambulatoria y la seguridad individual

En el 2014, Matus y Ramírez en esta misma línea, comentan que los bienes jurídicos tutelados son: **la libertad ambulatoria** de la mujer que es trasladada a otro país, como para su **seguridad personal**, por los riesgos que conlleva la realización de una actividad socialmente desvalorada, y también para su libertad sexual, dado que la dedicación continua a la prostitución va limitando en ese sentido sus posibilidades vitales²⁰⁴

Quienes sostienen la inexistencia de un bien jurídico tutelado por el tipo penal, son de la idea de que lo que en realidad el legislador ampara “(...) [S]on cuestiones morales ajenas al derecho penal moderno, presentándose una cuestión de falta de antijuridicidad material [...] por lo que al no ser antijurídica la conducta, la hipótesis de actuación prevista en dicho precepto legal no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico nacional, no constituyendo dicha figura delito alguna, por falta de uno de los elementos esenciales del delito, que es precisamente la antijuridicidad”.²⁰⁵

Por nuestra parte, hemos decidido adherir a la postura de Soto y Flores, quienes postulaban que la intención del legislador fue **sancionar la inmoralidad que atribuye a la conducta de quien favorece el comercio sexual**. En efecto, reafirmamos esta idea, razonando a cerca del marco en que se desenvuelve la prostitución, y es que, se trata de una

²⁰³ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia; citado por: SOTO Donoso, Francisco; Op. Cit, p. 50

²⁰⁴ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia; Op. Cit., p. 270.

²⁰⁵ FLORES Álvarez, Michael, Op. Cit., p. 40

actividad que no está prohibida ni permitida expresamente. Encuentra escasa regulación en normas de carácter administrativo, que suponen sólo una normativa de control del ejercicio de esta actividad

El legislador no ha querido pronunciarse al respecto, suponemos que en reconocer su permisividad importaría la cosificación del ser humano, y como consecuencia de aquello la transgresión a su dignidad. Su prohibición, importaría un límite a la libertad de las personas en orden a ejecutar las actividades remunerativas que decidan para su desarrollo vocacional y sustento económico, además de que si la prostitución es consentida entre adultos no importa un ataque a la libertad sexual.

La figura carece de lesividad en este sentido, configurándose sólo por intereses morales, ajenos al Derecho Penal.

III. Tipicidad

1. Faz Objetiva del Delito.

A continuación abordaremos el cumplimiento de los requisitos típicos específicos del delito.

Análisis de los factores de la conducta delictiva:

a) Sujeto Activo: “El que (...)”

La expresión utilizada por el legislador para designar al sujeto activo de este delito, nos indica su **indeterminación** en cuanto a quien da lugar a su ejecución.

Nuestra Código Penal, en el artículo 411 octies, inciso segundo, da a entender que el delito podría ser cometido no sólo por personas naturales, sino también por organizaciones criminales pero en la práctica, esta posibilidad no es viable en la realidad jurídica nacional, en primer lugar, porque la expresión organización criminal, no es sinónimo de personas jurídicas para efectos de lo dispuesto en la Ley N° 20.393, y en segundo lugar, los delitos introducidos por la Ley N° 20.507, no permiten perseguir en Chile la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al no estar contemplados en la enumeración taxativa de delitos contemplada en el artículo 1° de la Ley N° 20.393.²⁰⁶

b) Sujeto Pasivo

Tal calidad la reviste cualquier persona. Al igual que en los delitos anteriores, no se exige la condicional de ser extranjero.

El Tribunal Oral de Calama, pronunciándose sobre una causa seguida por el antiguo artículo 367 bis del Código Penal, para justificar esta postura, ha señalado que el hecho que el tipo penal hable de personas, en plural, en nada obsta a que se pueda cometer el delito en relación con un solo sujeto pasivo, pues se entiende que el concepto utilizado por el legislador fue precisamente omnicomprendivo y no restringido específicamente a un grupo de personas, ya que no tendría sentido que sólo se sancionara la acción enunciada cuando se

²⁰⁶FLORES Álvarez, Michael, Op. Cit, p. 44.

tratara de más de una persona ofendida, sin dejar de castigar la conducta del actor cuando se refiera a un solo afectado.²⁰⁷

c) Objeto material o persona sobre el cual recae la acción.

El asunto tampoco reviste mayores dificultades. El tipo penal, es de aquellos en que el objeto material coincide con la víctima, a saber, el sujeto sobre quien se promovió o facilito la entrada o salida con el objeto de ejercer la prostitución.

d) Conductas punibles

Se trata de un delito con hipótesis múltiples. La conducta ilícita se describe mediante los verbos: “Promover” y “Facilitar”; terminología idéntica a la empleada para la descripción de la conducta típica de Tráfico ilícito de migrantes.

Como declaran Mardones y Fernández²⁰⁸ *Promover* en este ámbito significa inducir o inclinar a otro hacia la realización de un determinado comportamiento [...] Esto es, formar en otro individuo la resolución de ejecutar un acto o desarrollar una determinada actividad.

En cuanto a la expresión *Facilitar*, se refiere a cualquier acto de cooperación o que haga posible o más expedito una determinada actividad. Precisan que tales acciones se encuentran encaminadas en forma inmediata a lograr que las personas entren o salgan del territorio nacional, y de forma mediata a permitir que efectivamente ejerzan la prostitución. El fin de aquellas conductas, se encamina a que el sujeto pasivo ejerza la prostitución en el lugar de destino.

– *Alcance de la expresión “Entrada y salida del país”.*

Mario Garrido Montt, citaba a propósito del derogado art. 367 bis, que la entrada o salida del país se refiere a las fronteras terrestres, marítimas o aéreas.²⁰⁹ Tales precisiones consideramos son aplicables al actual art. 411 ter.

²⁰⁷Sentencia del TTRIBUNAL ORAL DE CALAMA, 25 de noviembre de 2009, RIT 127-2009, citado por, FLORES Álvarez, Michael. La problemática del bien jurídico protegido por la figura del artículo 411 ter del Código Penal chileno. Actividad Formativa equivalente a Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2014, 102 p., accesible en: <http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116396/de-flores_m.pdf?sequence=1>

²⁰⁸MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, Op. Cit., p.20.

²⁰⁹GARRIDO Montt, Mario; citado por: CÁRDENAS, Claudia; Op. Cit, p.20

e) Finalidades de la Trata de Personas Simple

Como expresa el tipo penal, la acción de: Facilitar o Promover, debe estar destinada a que **el sujeto pasivo ejerza la prostitución en el lugar de destino**. Por tanto, nos corresponde determinar el contenido de la expresión “Prostitución”.

i. *Significado de la voz “Prostitución”*

La Real Academia española, define el término como: “Actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”.

Canales²¹⁰, en un sentido similar lo define como: Conjunto de actividades en las que se establece una relación comercial y en las que se intercambia sexo por dinero.

Matus y Ramírez,²¹¹ señalan que Prostitución, puede ser entendida como: “La obtención de servicios sexuales a cambio de dinero u otras prestaciones”.

Para González Jara²¹², el concepto de Prostitución está integrado por tres elementos copulativos, a saber:

- Precio,
- Acceso promiscuo y,
- Habitualidad (profesionalidad).

El ejercicio de la actividad sexual mediando estos factores y realizado habitualmente, es lo que constituye la prostitución. La habitualidad la hace ser oficio y el precio y la disponibilidad a personas en número e identidad indeterminada, le dan su carácter de meretricio, el que conlleva el estar disponible para tener trato sexual con otro, sin mayores exigencias que el pago del precio.

²¹⁰CANALES Nettle, Patricia. La regulación de la prostitución en la legislación comparada, [En línea], Santiago de Chile, [Fecha de Consulta: 04 de agosto de 2014]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro325.pdf>

²¹¹MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia; Op. Cit, p. 272

²¹²GONZÁLEZ Jara, Manuel; citado por FLORES Álvarez, Michael, Op. Cit, p. 62

ii. *Regulación de la Prostitución en Chile:*

Existen autores a quienes les llama profundamente la atención, que se castigue a quien promueva o facilite la prostitución mediando el cruce de fronteras, considerando que se trata de una actividad lícita en nuestro país²¹³.

Dentro de su marco regulatorio, el Código Sanitario, reconoce su existencia declarando una normativa para quienes: “Ejerzan el comercio sexual”²¹⁴, y en el Reglamento sobre Enfermedades de Transmisión Sexual Decreto N°362 de 1983, modificado por el Decreto N° 294 de 1984, ambos del Ministerio de Salud.

Por otro lado, Flores²¹⁵ destaca que en la práctica, el ejercicio público del meretricio suele ser controlado sólo policialmente. “Cuando las meretrices son detenidas, lo son por faltas penales del artículo 495 N°5 del Código Penal, esto es, el que ofenda públicamente el pudor con dichos o acciones deshonestas o por el delito del artículo 373 del mismo cuerpo legal, esto es, el delito de atentado a las buenas costumbres. En el primer caso son detenidas porque se les ha sorprendido incitando a la realización del acto sexual, en el segundo, porque se les ha sorprendido en el acto sexual mismo”.

– Del análisis recién expuesto, resulta fundamental realizar ciertas precisiones en torno a la conducta punible:

- (1) Para la consumación del delito de Trata de Personas simple **no** se requiere de ninguna clase de explotación sexual.
- (2) No se requiere que el traspaso de fronteras sea ilegal.
- (3) El tipo penal no exige ánimo de lucro en el actor.
- (4) La Prostitución en Chile es una actividad lícita
- (5) Promover o Facilitar actividades lícitas por regla general, no es punible.

²¹³ Al respecto: FLORES Álvarez, Michael, Op. Cit, p. 63

²¹⁴ Artículo 41°.- Para las personas que se dedican al comercio sexual, se llevará una estadística sanitaria, no permitiéndose su agrupación en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia.

La vigilancia del cumplimiento de este artículo corresponderá a las Prefecturas de Carabineros, las que deberán ordenar y llevar a efecto la clausura de los locales en que funcionan dichos prostíbulos, sin perjuicio de las sanciones que imponga el Servicio Nacional de Salud.

Las clausuras realizadas por el Cuerpo de Carabineros no podrán ser alzadas sino a solicitud del propietario del inmueble y por orden judicial expedida por el Juez Letrado en lo Civil de Mayor Cuantía correspondiente, el que resolverá con conocimiento de causa y previo informe del Servicio Nacional de Salud. Dispuesto el alzamiento de la clausura, el inmueble no podrá ser restituido sino a su propietario.

²¹⁵ FLORES Álvarez, Michael, Op. Cit, p. 63

Matus y Ramírez²¹⁶, señalan al respecto que “El resultado de la conducta punible es el ingreso o egreso del país de una persona, el cual puede ser tanto legal como ilegal [...]. Como este resultado es un hecho generalmente lícito, su ilicitud la determina el elemento subjetivo del tipo penal, consistente en que el responsable del delito promueva o facilite ese ingreso o egreso del país **para** que las personas víctimas del delito ejerzan la prostitución por cuenta ajena.

Por tanto, ni la propaganda o apología de los viajes al extranjero ni del ejercicio de la prostitución en el mismo, tampoco la simple no evitación de un viaje decidido al efecto constituyen este delito, como tampoco los consejos, palabras o proposiciones que se hagan al respecto y no conduzcan a una inducción propiamente tal.

Lo que aquí se castiga no es, promover, el ejercicio de la prostitución en sí, por cuenta propia o por cuenta ajena, si se hace sin que la víctima deba salir de su país de origen. Se trata más bien de sancionar el peligro abstracto que la ley presume para la libertad y seguridad de las personas en el hecho de trasladarla a un país extranjero, por el desamparo legal y material que ello implica, si se tiene en consideración el propósito ulterior y reprochable del autor de que ejerza la prostitución, actividad aunque lícita sólo en ciertas condiciones es todavía socialmente reprochable.²¹⁷

2. La punibilidad de la Promoción o Facilitación de conductas lícitas.

Hemos establecido que la Prostitución, a pesar de ser una actividad escasamente regulada por el legislador, se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico. Lo que nos lleva a preguntarnos: *¿Cuál es aquel disvalor de que portador el hecho típico?*

Existen quienes estiman que en este asunto existe un problema de falta de **antijuridicidad material**, entendida aquella como la dañosidad social de la conducta desplegada, esto es, la lesión o peligro efectivo en que se ha puesto el bien jurídico protegido por cada norma particular²¹⁸. Al no existir un bien jurídico protegido por la norma, considerando que la prostitución de adultos es una actividad lícita en nuestro país, faltaría uno de los elementos del delito: antijuridicidad, y por tanto no se configuraría el delito.

²¹⁶ MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia; Op. Cit., p. 271

²¹⁷ *Ibidem*, p.271

²¹⁸ CURY Urzúa, Enrique; Op. Cit., p.355

Por nuestra parte, utilizamos un criterio axiomático: Creemos que si la realización, es decir, la concreción de una conducta en todos sus aspectos no es punible, con menor razón podría castigarse la facilitación o promoción de una conducta que puede que ni siquiera se lleve a cabo, y que en los hechos su ejecución sólo depende de quien la ejercería.

Las palabras de Cárdenas²¹⁹ son muy precisas, y concluyen muy bien el punto:

“Se asume la conducta típica como un acto contrario a la libertad sexual de quien se traslada, sin que deba probarse que hubo engaño, abuso o falta de decisión libre. Establecer por ley que la libertad sexual de personas adultas se ve vulnerada porque alguien facilita o promueve su entrada o salida del país para que se prostituyan (sin que se requiera engaño o abuso) es cuestionable en cuanto, en aras de proteger la libertad, en realidad se está más cerca de restringirla, al prescindir de dar alguna relevancia al consentimiento de los propios titulares de la libertad en cuestión. Siendo la prostitución una actividad lícita, no se entiende la razón por la cual otras conductas, también lícitas, debieran pasar a ser punibles por el solo hecho de estar ligadas a ella”.

3. Iter Criminis

Como expone Flores,²²⁰ nos encontramos ante un delito de mera actividad, que exige para su consumación la sola realización de la conducta típica, sin exigir un resultado posterior, aceptando por ello, sólo la tentativa cuando se principie a su ejecución por hechos directos, faltando uno o más para su complemento, debido a lo cual, para que el delito se encuentre consumado, no se requiere que la persona efectivamente entre al país o salga de él, pues dicha entrada o salida no está exigida como resultado típico separado de las conductas de facilitar y promover, siendo irrelevante para la tipicidad de la conducta, que la entrada o salida sea lícita o ilícita, por lo que en ambos casos, la conducta siempre será típica.

Mardones y Fernández²²¹, estiman que por presentar este tipo penal el carácter de delito de emprendimiento, no hace falta para la consumación que se alcance el fin a la que

²¹⁹ CÁRDENAS, Claudia; Op. Cit., p. 38

²²⁰ FLORES Álvarez, Michael, Op. Cit, p. 47

²²¹ MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ; Op. Cit, p.17

está orientada la misma, es decir, que la consumación formal puede tener lugar cuando materialmente existe tentativa.

Ahora, la cuestión radica en determinar ¿Cuándo se configura la tentativa del delito de trata de personas con fines de prostitución?, o ¿Hasta qué momento los actos del hechor abarcan tentativa sin entender consumado el delito?

Sabemos que la tentativa se visualiza de dos formas: una faz objetiva y una subjetiva.

Si observamos la tentativa desde una óptica subjetiva, exige en la conducta desplegada por el tratante un actuar con dolo directo.

Desde la óptica objetiva, se halla mayor complejidad. No perdamos de vista, que hay tentativa cuando el sujeto emprende la ejecución de la acción típica y no alcanza a concluirla, es decir, el sujeto tiene el propósito de consumir la acción, pero no consigue ultimarla.

Explicando el asunto con la teoría objetivo formal, sus postulados no alcanzan a explicar la tentativa en este delito, pues la forma de inicio de la ejecución típica prohibida debemos, precisamente, buscarla en los verbos rectores que describen la conducta, que en la especie, se constituyen como categóricos de preparación.

Entendiendo el tema mediante la teoría objetivo material, esto es, aquella que considera como constitutivo de tentativa el acto inmediatamente anterior a la producción del resultado.

La cuestión es difícil de determinar, y no es posible consignar una fórmula de solución genérica, debe abordarse bajo un criterio casuístico, estudiando si la conducta típica de promover o facilitar es susceptible de fraccionarse. Por nuestra parte, creemos que resulta casi imposible encontrar conductas previas a la facilitación o promoción, sin que se configure el tipo. Los actos que se pudiesen vislumbrar sólo corresponden a actos preparatorios que en nuestro derecho no son punibles, que en el caso, podría tratarse por ejemplo, de la fabricación de material propagandístico en la morada del sujeto.

4. Faz subjetiva del delito

La acción típica descrita en el precepto, sólo puede cometerse mediante **dolo directo**. Matus Politoff y Ramírez²²², explican que este delito es imperfecto de dos actos en virtud del cual, el sujeto activo tiene una mira por alcanzar que debiera tener lugar, con una propia actuación suya, después de la realización de lo objetivamente exigido en la descripción del hecho, pero que no necesita realizar para que el delito esté consumado.

El dolo del agente que facilita o promueve la entrada o salida de personas del país, no se agota en la conciencia y voluntad de esa facilitación o promoción, sino que se orienta a posibilitar, a partir de aquello, que tales personas ejerzan la prostitución. Como explica Maqueda²²³ “Ese dolo ulterior es el que se conoce genéricamente como elemento subjetivo del injusto consistente en una tendencia interna trascendente porque se exige que esté presente en la realización del tipo objetivo aunque se encuentre más allá de él”.

5. Elemento Subjetivo del tipo

Se trata de aquella finalidad del agente empleada para que las personas objeto de la acción típica entren o salgan del país para ejercer la prostitución, sin que se requieran actividades efectivas de prostitución para la consumación del delito.

El profesor Cury, define el término antijuridicidad como: “*El disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico*”²²⁴

²²²POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia; citado por KÜHNE Covarrubias, Rosemarie; Op. Cit, p. 38

²²³MAQUEDA Abreu, M. citado por KÜHNE Covarrubias, Rosemarie; Op. Cit, p. 38

²²⁴CURY Urzúa, Enrique; Op. Cit., p. 347

V. Ideas fundamentales y conclusiones

1. El delito con trata de personas con fines de prostitución no se encuentra enmarcado dentro de las directrices del Protocolo, por lo que su inclusión obedece a la creación inédita de nuestro Parlamento.
2. El proyecto original de la ley N° 20.507 no contemplaba su existencia, y se ha omitido gran parte del debate dentro del desarrollo de su discusión en el Congreso.
3. La falta de debate, fue uno de los factores que gatilló en el sinnúmero de problemáticas presentes en el delito.
4. A saber, el tipo sanciona la promoción de una actividad lícita en nuestro país. Esto, nos hace cuestionarnos inmediatamente acerca de cuál es el bien jurídico tutelado por la figura. Al respecto, concluimos que la inclusión del delito importaba sancionar **la inmoralidad que atribuye a la conducta de quien favorece el comercio sexual**. Esta fue la única justificación que logramos dar a su incorporación.
5. Quien promueve o facilita la prostitución en territorio nacional no configura el hecho delictivo, por lo que tal figura sería atípica.
6. No se requiere que la prostitución se lleve a cabo para configurar el delito, ni se exige ánimo de lucro en el hechor.

CAPÍTULO CUARTO: DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE MGRANTES, TRATA DE PERSONAS CALIFICADA Y TRATA DE PERSONAS CON FINES DE PROSTITUCIÓN.

Uno de los temas que necesariamente es abordado tanto en doctrina nacional como extranjera, se relaciona al consentimiento prestado por la víctima respecto de los delitos que hemos trabajado. Expresaremos las ideas fundamentales en las líneas que siguen.

1. Consentimiento en el delito de Trata de Personas calificada – Art. 411 quáter:

Vitar²²⁵ advierte que si la decisión de si una víctima puede o no consentir un delito, tronca inevitablemente con la posibilidad de que se le conceda la facultad de disponer de aquél bien jurídico o interés social que el legislador tuvo en miras al momento de configurar la sanción penal.

El mismo autor plantea que tradicionalmente la cuestión se ha resuelto determinando si las acciones que lesionan bienes jurídicos tienen el carácter de disponibles, resultando una cuestión compleja establecer cuáles lo son.

Más adelante expresa que en cuanto a la lesión de la dignidad humana se halla un límite al consentimiento de la víctima como excluyente del ilícito.

Continúa razonando y señala que, para analizar la eficacia que puede llegar a tener el consentimiento de la víctima, se hace necesario distinguir varias situaciones al respecto:

- (1) Casos en los cuales el consentimiento de la víctima **no puede tener lugar**, como en la utilización de violencia o intimidación.
- (2) Casos en los cuales la **víctima consiente**, pero su voluntad **está viciada** por alguna de las circunstancias que establece la ley.

Es el caso del engaño o el abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad.

- (3) Conductas en las que sí es posible conjugar la ejecución de la conducta delictiva, como en el caso del abuso de poder, el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima; la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre ella.

²²⁵ VITAR, Cáceres Jorge, Op. Cit., p. 73

Es respecto de este último caso, donde según Vitar, se debe decidir si el consentimiento de la víctima, como factor que niegue lugar al castigo del sujeto que ejecuta las conductas típicas e incurre en alguna de las variantes señaladas.

El Protocolo contra la Trata de Personas, en su *artículo 3º*: Definiciones, expresa en su letra *b)* que: “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado *a)* del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

Nuestra legislación, - a diferencia de otras-, no plasmó ninguna norma relacionada al consentimiento prestado por la víctima. Pero, siendo estrictos, como plantea Vitar, la norma del Protocolo, podría ser parte y conformar de hecho parte integrante de nuestra legislación, en razón de la suscripción y ratificación de Chile a la Convención que contiene dicho Protocolo.

Cuando abordamos el tema del Bien jurídico protegido por el delito de Trata de Personas calificada, resolvimos que para determinar lo que el legislador buscaba proteger, debíamos situarnos en el medio comisivo empleado por el hechor y en su finalidad. Idea que en este respecto comparte Vitar.

Por tanto, del análisis de los medios comisivos empleados y la finalidad del autor podemos obtener si el consentimiento de la víctima es relevante o no, y que de ser así, resultaría tan determinante como para excluir la ilicitud de la conducta del actor.

En términos genéricos, -siguiendo a Vitar- pareciera ser que detrás de estas conductas, existe el interés del legislador en resguardar la libertad de autodeterminación del sujeto pasivo. Esa autodeterminación, -según este autor-, debe plantearse con un mínimo estándar establecido por la dignidad de la persona, y que por tener un interés social aparejado y por tanto no ser disponible, el consentimiento de la víctima resultaría irrelevante, y por ende no válido para eximir de responsabilidad al autor del delito.

2. Consentimiento en el delito de Trata de Personas simple– Art. 411 ter:

Como plantea Kühne²²⁶, resulta evidente plantearse la situación en que la víctima mayor de edad consentiría libremente en traspasar las fronteras con la finalidad de ejercer la prostitución.

Como lo planteamos anteriormente, existe una relación directa entre el bien jurídico protegido y la relevancia del consentimiento de la víctima en el hecho delictivo.

Rodríguez Collao²²⁷, señala que el bien jurídico amparado por la figura es la indemnidad sexual. Propone luego, la disponibilidad de la indemnidad sexual en razón de la plena capacidad que poseen las personas de autodeterminación en el campo sexual, esto como consecuencia del principio de autonomía ética del individuo (siendo ésta una derivación del reconocimiento del valor de la dignidad humana). Por tanto, el consentimiento válidamente emitido para la realización de un acto sexual prevalece por encima del interés estatal de proteger a la persona, aunque ésta se vea expuesta a sufrir alguna forma de detrimento a raíz de la ejecución de ese comportamiento.

Criticamos tal postura pues, de ser esto así la hipótesis del art. 411ter se quedaría sin aplicación, ya que si la persona ejerce la prostitución de modo coactivo estaría siendo explotada sexualmente.

Distinta es la opinión de Matus y Ramírez²²⁸, quienes por el contrario, plantean que el consentimiento de la víctima no tiene valor en este delito, ni aun en casos de personas que ejerzan la prostitución antes de salir de su país de origen, entendiendo la ley que al salir una persona de su propio país para ejercer la prostitución su voluntad se encontraría viciada por un desconocimiento presunto de las reales condiciones en que quedará una vez que cruce fronteras, condiciones que generalmente suponen privar a las víctimas de la posibilidad de retornar a sus países de origen o de pedir auxilio.

También plantean, que el consentimiento es irrelevante para configurar este delito en cuanto se preste respecto a las relaciones sexuales derivadas del ejercicio de la prostitución. Pero, si esas relaciones sexuales se obtienen forzando a las ofendidas, habrá un concurso

²²⁶KÜHNE Covarrubias, Rosemarie; Op. Cit, p. 32

²²⁷RODRÍGUEZ Collao, L., citado por: KÜHNE Covarrubias, Rosemarie; Op. Cit, p. 33

²²⁸MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia; Ob. Cit., p. 272

entre la trata de personas con exclusiva finalidad de prostitución y el delito de violación correspondiente.

Balmaceda,²²⁹ postula que su consentimiento no cobra mayor relevancia, puesto que en la conducta descrita se contravienen intereses a nivel colectivo, junto con la libertad sexual de la víctima, por lo cual el consentimiento de la víctima sobre las relaciones sexuales que sostenga, no pueden mirarse como una situación justificante.

3. Consentimiento en el delito de Tráfico de Migrantes– Art. 411 bis:

Al momento de trabajar este delito notamos la ardua discusión existente en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido.

La cuestión radicaba en determinar quién era el titular de dicha protección: Si el Estado, o bien el migrante, y en cada caso qué era lo que se estaba cautelando.

Nosotros, nos incluíamos en la postura que consideraba al migrante como el titular de la protección, y argumentábamos con razones de índole formal y material, terminábamos arguyendo que el bien jurídico tutelado era la dignidad del migrante.

Con todo, la cuestión, como la hemos planteado nos deriva a la misma conclusión. Vitar lo planteaba a propósito de la Trata de Personas, pero su razonamiento puede ser invocado también aquí, al considerarse la dignidad de la persona como bien jurídico a tutelar, a pesar de ostentar un carácter meramente individual, su trascendencia abarca al interés social todo, por lo que provocan que tal no sea disponible.

Por otro lado, considerando a la Soberanía del Estado como la tutela que envuelve el tipo penal, lo hacen un bien jurídico altamente sensible, no disponible, que torna irrelevante el consentimiento del objeto material.

²²⁹BALMACEDA Hoyos, Gustavo; Op. Cit., p. 183.

CAPÍTULO QUINTO: CONCURSOS DE DELITOS EN EL TRÁFICO ILÍCITO DE MGRANTES, TRATA DE PERSONAS CALIFICADA Y TRATA DE PERSONAS CON FINES DE PROSTITUCIÓN.

I. Generalidades

1. Concepto

Como sabemos, los concursos de delitos pueden revestir tres formas distintas:

a) Concurso aparente de leyes.

Aquel en el sujeto realiza una conducta que puede calificarse jurídicamente dentro de dos o más tipos penales, pero que verdaderamente sólo se encuadra en uno de ellos²³⁰

b) Concurso real o reiteración de delitos.

Se trata de una pluralidad de hechos cometidos por un mismo sujeto, en donde cada uno de estos hechos realiza un tipo penal, y en consecuencia cada uno de esos hechos tipifica un delito penal autónomo²³¹.

c) Concurso ideal.

Se configura al estar ante un solo hecho que realiza un mismo tipo penal varias veces, o realiza distintos tipos penales. Distinguiéndose al efecto, entre concurso ideal homogéneo y concurso ideal heterogéneo.

i. Concurso ideal homogéneo:

Un solo hecho realiza las exigencias típicas de un mismo tipo penal varias veces.

ii. Concurso ideal heterogéneo:

Un solo hecho realiza las exigencias típicas de dos o más tipos penales distintos.²³²

²³⁰ FIGUEROA Ossa, Ulda. Apuntes de Curso: Derecho Penal, Parte General: Concurso de delitos y su influencia en la determinación de las penas. Santiago, Chile, Inédito, 2010, p. 86

²³¹ *Ídem*, p.86.

²³² *Ídem*, p. 86.

II. Aplicación de los concursos más relevantes a los delitos en estudio.

1. Delito de Tráfico de Migrantes – Art. 411 bis del Código Penal.

A juicio de Mardones y Fernández²³³, dada la pluralidad de bienes jurídicos afectados y la fragmentación de las normas que acogen parcialmente segmentos de la conducta desvalorada, se abren múltiples posibilidades concursales.

El inciso tercero del precepto, aumenta la sanción del actor en un grado “*Cuando se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado*”. El tipo sólo exige la puesta en peligro y no la transgresión efectiva del bien jurídico para aumentar su punibilidad.

Por tanto, al existir una afectación cierta a bienes jurídicos amparados por figuras penales producto de la actividad ilícita llevada a cabo de conformidad al artículo 411 bis, nos deriva necesariamente a casos de concursos de delitos.

Hemos señalado en este estudio, que al facilitarse o promoverse el traslado de los individuos víctimas del tráfico de migrantes, el transporte no se realiza en las condiciones más idóneas, por lo que muchos individuos mueren o resultan dañados producto de las condiciones del viaje.

Surge entonces, el cuestionamiento acerca de cómo debe sancionarse la lesión efectiva de bienes jurídicos diversos que los tutelados por el art. 411 bis, producida por el movimiento desde el lugar de origen hacia el lugar de destino de la víctima.

En la hipótesis en comento, y de conformidad a lo planteado en el ítem anterior, nos encontramos ante la configuración de un concurso ideal heterogéneo.

Por tanto, al hechor debiese castigársele por el delito de Tráfico de migrantes y por el delito de lesiones u homicidio en su caso.

²³³MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, Op. Cit, p.19

2. Delito de Trata Simple de Personas – Art. 411 ter del Código Penal

Cárdenas declara al respecto que²³⁴: “Basta una primera lectura del artículo 411 *ter* del Código penal para notar que sólo cabe considerar su aplicación si se actúa “para que” las personas que entran o salen del país “ejercen la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”, según los casos.

El supuesto se plantea respecto de los otros delitos contenidos en el párrafo 5 bis, lo que configuraría –según la autora-, un concurso aparente de leyes penales.

Sin embargo, -continúa- como se ha explicado ya, conforme al artículo 411 *quáter* del Código penal, quienes promuevan o faciliten el traslado de personas (en los que se empleen ciertos medios, tratándose de adultos y) con ciertas finalidades, entre las que está la explotación sexual, reciben la pena correspondiente al autor de trata de personas. Siendo la pena de la trata del artículo 411 *quáter* más severa que la del artículo 411 *ter*, corresponde aplicar la primera figura por sobre la segunda.

Por otra parte, saltan a la vista también las similitudes de la figura del artículo 411 *ter* del Código penal con el delito de tráfico de migrantes de su artículo 411 bis. En efecto, ambas disposiciones comparten los verbos rectores (facilitar y promover) y parte –en el supuesto de entrada al país– del objeto de la acción.

Existe también aquí un caso de concurso aparente de leyes que no es solucionable por la vía de la especialidad, ya que ninguna de las dos figuras está enteramente comprendida en la otra. Más bien nos encontramos con un caso de lo que en doctrina nacional se denomina subsidiariedad o alternatividad, con lo que es necesario preguntarse: *¿Cuál es la pena más severa en el caso de estos dos tipos?* La respuesta a dicha pregunta no es tan simple, puesto en que la figura base de tráfico la pena corporal tiene un límite interior más bajo que la del artículo 411 *ter*, si bien la pena de multa que se prevé es más elevada. En los supuestos agravados, el rango de pena corporal comienza en el mismo punto, pero como la pena de multa es más elevada, puede sostenerse que la pena es mayor.

²³⁴CÁRDENAS, Claudia; Op. Cit, p.34

Una tesis distinta es la que plantea Flores²³⁵, quien estima trabajo que no existe posibilidad de concurso aparente de leyes penales, por no estar las conductas típicas referidas plenamente englobadas una sobre la otra, no dándose entre ambas figuras ninguno de los principios exigidos por la doctrina nacional para la concurrencia de dicho instrumento de interpretación de la ley penal.

Así, podría darse en la práctica la situación concreta de que el agente, facilite o promueva la entrada o salida de personas del territorio nacional, para que ellas ejerzan la prostitución, conductas realizadas bajo los medios comisivos exigidos por el artículo 411 quáter del Código Penal, pero en los cuales el [M]inisterio [P]úblico no pueda probar la tendencia interna trascendente del sujeto activo de realizar las acciones antes descritas con las finalidades de explotación exigidas por el tipo penal de la trata de personas, debiendo en este caso aplicarse residualmente la figura del artículo 411 ter del Código Penal, para evitar que la conducta del agente quede impune, aun cuando esta solución efectiva al problema no soluciona ni explica la problemática central planteada, y que dice relación con la falta de legitimidad de la aplicación concreta del artículo 411 ter del Código Penal por infracción al principio limitador del *ius puniendi* estatal de protección exclusiva de bienes jurídicos.

3. Delito de Trata de Personas calificada – Art. 411 quáter del Código Penal.

Comentamos sucintamente este punto, a propósito de los medios comisivos a través de los cuales el sujeto activo lleva a cabo la conducta delictiva.

Recordemos que entre las modalidades de la acción, este delito ofrece una gama variada para cometer la conducta típica. A saber: 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 la víctima.

3.1. Hipótesis concursales en torno a las lesiones:

El asunto se tornaba complejo en el análisis de la violencia como medio para que el actor ejecutase la acción, es ahí donde surge la pregunta: ¿Hasta qué punto el victimario

²³⁵ FLORES Álvarez, Michael, Op. Cit, p. 90.

podía ejercer violencia, sin traspasar la línea de configuración de otro tipo penal diverso? o ¿Qué delitos se encuentran subsumidos por el tipo penal?

Para resolver el tema con la mayor claridad posible, lo abordaremos considerando la concurrencia de violencia física.

Quien actúa con violencia sobre otro, necesariamente ejerce una fuerza no querida por el receptor. La materialidad se constata por medio de agresiones físicas que podrían calificarse en alguno de los tipos de lesiones.

Aquí, las lesiones propiamente tales pueden ser:

a) Lesiones graves

i. Lesiones graves gravísimas

Primeramente, en cuanto a las lesiones graves gravísimas del artículo 397 N° 1°, estimamos que se configuraría un concurso ideal heterogéneo. Consideramos que los resultados calificantes, no se encuentran abarcados por el radio delictivo de la violencia empleada para la consecución de los fines del tipo penal. Más aún, si el sujeto empleara tal magnitud de fuerza queriendo y conociendo la realización del resultado o representándose como consecuencia de su actuar la posibilidad de generar uno de estos resultados, malamente podría emplear a la víctima para lograr la finalidad deseada.

ii. Simplemente graves.

En cuanto a las lesiones simplemente graves del art. 397 N° 2° y art. 398 del Código Penal, consideramos que no se encuentran subsumidas dentro de la hipótesis de violencia que el tipo penal describe como uno de sus medios comisivos, dando nuevamente configuración a una hipótesis concursal heterogénea

Recordemos, que dentro de las hipótesis de su configuración se encuentran:

(1) *Enfermedad cuyo plazo de duración es de más de 30 días*

(2) *Incapacidad para el trabajo por más de 30 días.*

La justificación de lo anterior, se desenvuelve de la misma manera que respecto de las lesiones gravísimas.

b) Menos graves

El legislador mediante una acepción de índole residual, califica en este tipo de lesiones todas aquellas que no son comprendidas en las hipótesis anteriores, sin limitación en cuanto a la acción.

Consideramos que este tipo de lesión se encuentra subsumido dentro de la hipótesis de violencia que el tipo penal describe como uno de sus medios comisivos, y que por tal configura un concurso aparente. Creemos que la violencia que el sujeto emplea es idónea para la consecución de su fin último, y que por tanto se justifican como un medio para llevar a cabo su plan delictual.

c) Lesiones leves

Habiendo considerado ya como parte integrante del tipo a las lesiones menos graves, cuando el sujeto activo empleara violencia, necesariamente se establece lo mismo respecto de las lesiones leves. Por tanto, de concurrir, nos encontraríamos en presencia de un concurso aparente.

3.2. Hipótesis concursales vinculadas al secuestro.

La figura del Secuestro toma importancia considerando los medios y los fines a través de los cuales se desarrolla la Trata de Personas propiamente tal, supuestos que importan un trastorno a la libertad del sujeto pasivo.

La cuestión trasunta en determinar si aquella eventual privación de libertad de que puede ser objeto la víctima, puede quedar subsumida dentro del tipo penal, o más bien se configuraría el delito de secuestro.

Al respecto, consideramos que en la medida que el secuestro sea una consecuencia necesaria e inevitable para la realización del plan del autor y la configuración del tipo con aquellas modalidades y fines, su concurrencia se encontraría subsumida dentro del tipo penal. Por ejemplo: Tratándose de la Trata con fines de esclavitud. Constituye entonces un caso de **concurso aparente de leves penales.**

Ahora, sin la concurrencia de los requisitos que enunciamos, esto es, sin que el secuestro sea una consecuencia inevitable o necesaria para la realización del plan del autor, y la configuración del tipo, en realidad existiría un **concurso ideal heterogéneo**. Por ejemplo: Trata con fines de explotación sexual, donde la limitación a la libertad de la víctima no es una consecuencia necesaria e inevitable.

CAPÍTULO SEXTO: COMENTARIOS Y CONCLUSIONES FINALES.

A modo de reflexión final, podemos ofrecer los siguientes comentarios:

1. Delito de Tráfico de Migrantes – Art. 411 bis del Código Penal:

Consideramos que su integración a nuestra legislación penal y su tratamiento se realiza de un modo **asistemático**, por cuanto:

1.1. En su oportunidad, catalogamos al delito en comento como aquellos de *emprendimiento*, citando al respecto a Matus, Politoff y Ramírez, quienes encontraban en aquellos una empresa criminal especialmente penada por el legislador, lo que implicaba que la realización en múltiples ocasiones de una misma conducta no configuraba varios ilícitos, sino sólo uno de ellos.

1.2. En cuanto a la intensidad del ataque al bien jurídico, señalamos que su categorización se encontraba en estrecha relación con la determinación del bien jurídico amparada por el tipo penal. Ofrecimos un análisis con las posturas más relevantes debatidas al respecto, a saber: la protección al Estado en cuanto a su sistema migratorio, y por otro lado, la protección al migrante en cuanto a su dignidad.

1.3. Para considerar sistemática su integración a nuestro Código Punitivo, postulamos que lo amparado por el tipo era la **dignidad del migrante**. Las razones que nos permitían sostener tal conclusión pueden sintetizarse del siguiente modo:

- i. Efectuamos una crítica en cuanto a que el Estado fuese el titular de la protección de este delito en cuanto a la violación de las leyes migratorias. Particularmente, debido a que uno de los objetos del Derecho Penal, es asegurar la convivencia humana pacífica, de tal entidad, que una alteración a este valor de manera reiterada en el tiempo, impediría el mantenimiento de aquella.
- ii. Mencionábamos que considerar por a la “Violación de las leyes migratorias”, como un valor, nos causaba cierta extrañeza, pues estábamos acostumbrados al amparo de valoraciones abstractas como la: vida, propiedad, libertad, etc.

- iii. Al respecto, considerábamos que amparar las leyes migratorias, nos hacía dejar en desamparo al migrante, que sin sufrir un peligro en su integridad física, salud o vida fue forzado a atravesar los límites fronterizos de su país.
- iv. Considerar al Estado como víctima en la figura base del art. 411 bis del Código Penal, implicaría que un migrante que vea configurada en su persona la hipótesis de este precepto, se vería imposibilitado de accionar, pues el Estado sería el único titular de aquel derecho.
- v. En general, la naturaleza de la legislación migratoria, y sus sanciones por su quebrantamiento, se encuentran en normativas de carácter administrativo, por lo que una sanción a la violación de las leyes migratorias, debería revestir el mismo carácter.
- vi. En un análisis de forma, el Tráfico de Migrantes se inserta en el Título VII: “Crímenes y simples delitos contra las personas”, razonando en este sentido, el quebrantamiento de la legislación migratoria de un Estado, claramente no es una persona; por lo que necesariamente, debe atribuirse su inclusión como un resguardo para el migrante que ha sido víctima de tráfico.
- vii. En principio, en la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 20.507, se estipulaba un título denominado: “De los Delitos contra la libertad física de las personas vinculados al tráfico de personas”.
- viii. El Constituyente, ya en las Bases de la Institucionalidad estipuló que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, por lo tanto, la incorporación del delito de Tráfico de Migrantes otorgando tutela jurídica a aquel migrante que ve vulnerada su dignidad, vendría en responder de un modo cierto a aquel mandato constitucional.
- ix. En este sentido, concordamos con la opinión de que: *“Una voluntad no debe quedar nunca a merced de lo que otra arbitrariamente disponga”*²³⁶. La tutela del Estado en cuanto a la violación de leyes migratorias importaría sostener que resultaría legítimo la imposición de la voluntad del traficante por sobre la voluntad del migrante mismo.
- x. Razonando así, también sería legítimo el desarraigo que experimenta una persona, entendido como la vulneración al derecho de permanecer en el propio hogar [...], salir de él y retornar a él, que además importa el derecho al desplazamiento: libertad de

²³⁶ *Supra*, Nota al pie N°52

movimiento y residencia dentro del propio país, lo cual lo hace vincularse con otros derechos garantidos por nuestro ordenamiento jurídico.²³⁷

xi. El no amparo, y por ende el no reconocimiento de la dignidad de migrante en cuanto a lo que tráfico estrictamente respecta, equivaldría a cosificarlo, a anular toda voluntad de decisión, y más aún la esencia misma de sus derechos fundamentales.

1.4. En mérito de lo expuesto, en especial en consideración al migrante como protagonista de la figura del art. 411 bis del Código Penal, consideramos que su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, no se ha realizado de un modo sistemático.

2. Delito de Trata de Personas Propiamente tal – Art. 411 quáter del Código Penal:

2.1. El delito de Trata de Personas, es un delito con pluralidad de hipótesis alternativas; la acción del tratante puede revestir cuatro formas distintas de comisión: “Captar”, “Trasladar”, “Acoger” y “Recibir”.

Además, el inciso final eleva a la categoría de autor, conductas propias de un partícipe, esto es: “Promover”, “Facilitar” o “Financiar”.

2.2. En el análisis del bien jurídico protegido, notamos que a diferencia de lo ocurrido con el delito de Tráfico ilícito de migrantes, se planteaba de modo uniforme que la tutela estaba encaminada hacia el migrante, constituyéndose así como el titular de la protección. La cuestión radicaba en determinar, cuál era el bien jurídico amparado.

Al respecto, analizamos la legislación y doctrina comparada, con lo que logramos concluir, que la determinación se resolvía de un modo casuístico, debiendo analizar la hipótesis de comisión en la cual se encajaba el actuar del hechor.

Así, en cuanto a los medios comisivos:

²³⁷ *Supra*, Nota al pie N° 53

- i. Trata de Personas Forzada: Incluía las hipótesis de violencia, intimidación y coacción. El bien jurídico tutelado es la salud individual psíquica y física del afectado, y libertad en la formación de la libertad.
- ii. Trata de Personas Fraudulenta: Se configura con la hipótesis de engaño. El bien jurídico amparado sería la libertad en la formación de la libertad.
- iii. Trata de Personas Abusiva: Aquella que concurre mediante el empleo de Abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con su inclusión el legislador otorga protección a la libertad del individuo.

En cuanto a los fines:

- i. Trata con fines de explotación sexual: La tutela se encamina a la indemnidad sexual de la víctima y su dignidad.
- ii. Trata con fines de trabajos forzados, con fines de servidumbre, esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud: Determinamos que el bien jurídico protegido era la libertad y la dignidad de la víctima.
- iii. Trata de Personas con fines de extracción de órganos: La integridad física del individuo se presenta como el bien jurídico a tutelar.

2.3. En cuanto a la conducta del actor y el territorio en donde se desenvuelve, adherimos a los comentarios que Pomares expresaba en el punto, pudiendo distinguirse las siguientes situaciones al respecto:

- i. En la conducta del sujeto activo no es necesario el traspaso fronterizo para que se configure el delito.

En el caso de que la conducta tome el carácter de transnacional:

- ii. La conducta puede cometerse desde Chile.
- iii. La conducta puede iniciarse en otro país, y tener como lugar de destino (hasta) Chile.

- iv. La conducta puede desplegarse en Chile, como lugar de paso, entre otros países de origen y destino.

2.4. En cuanto a las distintas formas que podía asumir la conducta del hechor, concordamos con la idea expresada por Benítez²³⁸, que proponía que a pesar de la ejecución indistinta de cualquiera de los verbos rectores enunciados en la figura siempre se encontraba presente la acción de captar.

2.5. En cuanto a la Trata de Personas Forzada, que implica la violencia, la intimidación y la coacción como medio comisivo concluimos:

- i. Siguiendo a Villacampa²³⁹, consideramos que debe presentarse para su configuración el **mínimo para privar de libertad de decisión** a la víctima.
- ii. Siguiendo a Mardones y Fernández²⁴⁰, la violencia debe revestir el carácter de **funcional**.
- iii. Efectuamos ciertos distinguos entre violencia psicológica o vis compulsiva y la intimidación. En este sentido, la violencia psicológica se presentaba como un maltrato verbal y sostenido a la víctima, que determinaba su libertad de acción obligándolo a actuar de la manera deseada por el actor.
En cuanto a la intimidación, la definimos como el empleo de amenazas verosímiles, que recaían en la persona misma del migrante o en un tercero (familiar) que anulaban su voluntad, por miedo a la concreción de dichos supuestos.

2.6. En la Trata de Personas Abusiva, que dentro de sus hipótesis incluía la de aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad víctima, decidimos no restringir el concepto al mero desamparo económico, incluyendo aquellas condiciones de destitución: físicas, psicológicas, económicas, culturales o religiosas que mantenían a la víctima en un estado de susceptibilidad e indefensión.

²³⁸ *Supra*, Nota al pie N° 131

²³⁹ *Supra*, Nota al pie N° 137

²⁴⁰ *Supra*, Nota al pie N° 139

2.7. Respecto a los fines de la Trata de personas, identificamos 6 fines distintos dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal. El primero que analizamos fue el de la Trata de Personas con fines de explotación sexual. Al examinarlo, nos encontramos con diversos puntos de conflicto, que –en general-, han sido objeto debatido en la doctrina tradicional.

Particularmente se tornó complejo, determinar el alcance del término explotación, ya que, se tiende a identificar con una ganancia o retribución económica para el actor. Sin embargo, concluimos que no necesariamente debía generarse tal lucro.

El término sexualidad, también motivo cierta complejidad, pues no considerábamos justo restringir tal concepto al mero mantenimiento de relaciones sexuales de la víctima, pero tampoco ampliarlo a tal punto que se tornara difuso distinguirlo de los caracteres generales de personalidad del individuo. Para resolver el problema, propusimos como solución la concurrencia de ciertos requisitos para identificar en la conducta una verdadera explotación sexual.

2.8. En la Trata de personas con de trabajos o servicios forzados, seguimos los postulados de Arias y Figueroa²⁴¹, quienes visualizaban dentro de esta hipótesis, dos posibles situaciones:

- i. La víctima obligada coactivamente a realizar una obra de la cual rehúye.
- ii. La víctima que es engañada respecto a las condiciones laborales ofrecidas.

2.9. En la Trata de personas con fines de esclavitud, notamos que la cuestión radicaba en determinar el alcance del concepto. En este sentido, gran parte de la doctrina aludía a la cosificación de la persona, y la inhibición de tal carácter. El ejercicio de las facultades que otorgaba el derecho de propiedad, se presentaba como el análisis clásico y tradicional de esta postura.

Con posterioridad, surgen voces que plantean que al tratarse de un término que reduce tanto al ser humano haría descartar hipótesis que si bien o tenían tal magnitud

²⁴¹ *Supra*, Nota al pie N°168

constituían formas de esclavitud moderna como: la explotación sexual, servidumbre, entre otras.

Si bien el análisis nos parece correcto, consideramos que el concepto que entrega el Protocolo es el tradicional. Lo anterior, pues aquellas formas de “esclavitud moderna”, se encuentran expresamente incorporadas en el tipo, en los medios comisivos o en los fines de la trata.

2.10. En la Trata con fines de realizar prácticas análogas a la esclavitud, planteábamos la dificultad de encontrar hipótesis que no reiteraran la idea de la esclavitud misma, ni de los otros fines del delito. Seguimos en el punto la postura de Arias y Figueroa, que ejemplificaban con casos como: imposición de un matrimonio forzoso, la venta o transmisión de personas y la explotación para realizar actividades delictivas.²⁴²

2.11. Dentro del Iter Criminis del delito, notamos que a pesar de que el delito fuese de aquellos de emprendimiento, esto es, de aquellos en que la consumación existe cuando materialmente hay tentativa; existía una mención expresa del Protocolo, que obligaba a sancionar la tentativa del delito. Luego, y –como hemos señalado en diversas oportunidades- el delito en comento, contempla una multiplicidad de verbos rectores, que permiten llevar a cabo la acción, dentro de ellas: la de captar. Precisamente, tal verbo rector, es el que podría plantearse dentro de la esfera de la tentativa, sin caer en la consumación del delito propiamente tal. Para que la hipótesis de tentativa fuese viable- según Cárdenas-, era necesario encontrar una conducta que permitiese su fraccionamiento.

2.12. En el estudio de las formas e intervención del hecho delictivo, notamos que el tipo elevaba a la categoría de autor aquellas conductas propias de los partícipes. En esa oportunidad, siguiendo los postulados de Roxin, distinguimos la conducta de un autor con las de mera complicidad.

²⁴² *Supra*, Nota al pie N° 183

2.13. En el ámbito subjetivo, concluimos que el delito sólo se podía cometer con **dolo directo**, determinado por la necesidad de la concurrencia de un fin para su configuración.

2.14. En mérito de lo expuesto, y especialmente que Chile no se ha apartado en este delito de las directrices entregadas por la Convención y el Protocolo, estimamos que la incorporación del delito se ha realizado de un modo sistemático al Código Penal.

3. Delito de Trata de Personas con fines de explotación sexual– Art. 411 ter del Código Penal:

3.1.El delito de Trata de Personas con fines de explotación sexual, viene en plasmar el resabio más concreto de lo que algún día fue en nuestra legislación el delito de Trata de Blancas. ¿La diferencia?: Este nuevo delito abandona las circunstancias calificantes, las cuales son incorporadas en parte, en el delito de Trata de Personas propiamente tal.

3.2.Su incorporación no obedece al cumplimiento de un mandato contenido en un instrumento internacional, ni se encontraba contemplado como parte integrante en los inicios de la Historia legislativa de la ley N° 20.507. Su aparición resulta casi un “misterio”, y es justamente la carencia de debate legislativo, el que ha sido una de las razones que ha ocasionado un sin número de problemáticas, particularmente en la determinación de la naturaleza del bien jurídico tutelado, cuestión en que no hay acuerdo en la doctrina.

3.3. Dentro de las características del tipo, lo calificamos como un delito de peligro abstracto. Aunque hay diversas líneas argumentativas en este sentido, por nuestra parte lo consideramos a partir de la interpretación literal de los verbos rectores. En tal sentido, las expresiones promover y facilitar, no importan una lesividad concreta del bien jurídico, esto pues a pesar de la ausencia de medios comisivos en la figura, la decisión de abordar la propuesta del actor, sigue siendo del sujeto pasivo.

3.4.El titular del resguardo de la figura penal es una persona mayor de 18 años, que sólo contempla la hipótesis de comisión sea el ejercicio de la prostitución.

3.5.Para la configuración del delito **es necesario** el traspaso de fronteras²⁴³. Al respecto debemos mencionar que en la actualidad existe un Proyecto de Ley, iniciado a través de una moción en el Senado, que da cuenta: “[...] *Que nuestro país, por su especial geografía, también se presta para que los criminales puedan realizar sus delitos en forma interna, sin tener que traspasar las fronteras de nuestro país*”, y en donde se propone en definitiva la agregación al artículo 411 ter del Código Penal un nuevo inciso segundo, que señale: “*Con igual pena se castigará a quien promoviere o facilitare dentro del territorio nacional, el tráfico de personas para que ejerzan la prostitución*”.

3.6. No se exige ánimo de lucro en el actor, ni que la prostitución se lleve a cabo en el país de destino.

3.7. En cuanto al Bien Jurídico protegido por la figura, primeramente expresamos que existían en doctrina múltiples interpretaciones. Al respecto, adherimos a la planteada por Sotos y Flores, que señalaban que la intención del legislador era la de sanciona la inmoralidad que se atribuía a la conducta de quien favorece el comercio sexual. Así, al ser la prostitución una actividad lícita en nuestro medio, observábamos la imprecisión de sancionar a quien realizaban una conducta accesorio, que ni siquiera exigía que la prostitución se verificaba. El delito carece de lesividad, lo que hace que su incorporación sea un acto antojadizo y moralista, ajeno a los parámetros del Derecho Penal, que por tanto implica una inclusión totalmente **asistemática**.

Un análisis sistemático, importa un análisis encaminado a determinar si un elemento **se ajusta o no a un sistema**. De los tipos penales investigados, que se constituyen como los

²⁴³SENADO de Chile. Modifica el artículo 411 Ter del Código Penal que tipifica los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y persecución criminal. Boletín N° 7537-07. [En línea]. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2014] Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=7933&tipodoc=mensaje_mocion>

principales incorporados por la ley N° 20.507, hemos logrado concluir que sólo uno de ellos se ha ajustado a nuestro sistema penal, el nombrado por nosotros: Trata de personas calificada.

El resto de las figuras, merecen una revisión, sobre todo en cuanto a la determinación de los bienes jurídicos, que en definitiva permitirá la correcta inclusión en nuestro sistema.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados. La Trata de Personas y la Protección a los refugiados. [En línea] [Fecha de consulta: 28 de Septiembre de 2013.] Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/trata-y-traffic-de-personas/>>.

ARGENTINA, Ministerio Público Fiscal. Tráfico Ilícito de Migrantes. Argentina: s.n., Fecha de consulta: 08 de septiembre de 2013. Disponible en: <<http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/trata/EIDelito/Migraciones/Migraciones.pdf>>

ARIAS Madariaga, Emiliano y FIGUEROA Ossa, Ulda. Concepto de trabajos forzados, servidumbre y esclavitud en el tipo penal del artículo 411 quáter del Código Penal Chileno y bienes jurídicos protegidos por estas modalidades de trata de personas. Revista jurídica del Ministerio Público, (55): 205-219, Mar. 2013.

BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Santiago de Chile: Librotecnia, 2014. 1152 p.

BUSTOS Ramírez, Juan. Lecciones de Derecho Penal, Volumen II. Madrid: Trotta, 1999. 431p.

CAAMAÑO Rojo, Eduardo. El bien jurídico protegido frente a los actos de acoso sexual en el lugar de trabajo” [En línea]. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXV. [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://ocw.pucv.cl/cursos-1/der351/materiales-de-clases/articulos-profesor/bien-juridico-protegido-frente-al-acoso-sexual>>

CANALES Nettle, Patricia. La regulación de la prostitución en la legislación comparada, [En línea], Santiago de Chile, [Fecha de Consulta: 04 de agosto de 2014]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro325.pdf>

CÁRDENAS, Claudia. Informe en Derecho: Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas [En línea]: Defensoría Penal Pública. 2013 [Fecha de Consulta: 04 de febrero de 2014]. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/39440/1/Informe%20en%20Derecho%201-2013%20Claudia%20C%C3%A1rdenas%20trata.docx>>

CELADE, División de Población de la CEPAL, Naciones Unidas Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Reunión de Expertos sobre Población, Desigualdades y Derechos Humanos. Santiago, Chile: Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2006.

CHILE, Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. 348 p.

BIBLIOTECA del Congreso Nacional, Informe: Tráfico Ilegal de Inmigrantes y Trata de Personas. Derecho Comparado. Santiago, Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2012. 10p. [Fecha de consulta_ 04 de septiembre de 2013]. Disponible en: <http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15780/1/Trafico%20de%20personas%20e%20inmigracion_v5.doc>

CONVENCIÓN Americana Sobre Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica: 22 de noviembre de 1969.

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 en Mujeres y Niños.
Palermo, Provincia de Palermo, Italia. Diciembre de 2000.

CONVENCIÓN Internacional de los Derechos del Niño. Asamblea General de las
Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos, 20 de Noviembre de 1989.

CONVENCIÓN sobre la esclavitud. Archivos de la Sociedad de las Naciones. Ginebra,
Suiza: 25 de Septiembre de 1926.

CONVENIO Europeo de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas.
Roma, Italia. 1950, 56 p.

CORTE Suprema De Justicia De Colombia: Sala De Casación Penal (Magistrado Ponente:
Pulido De Barón, Marina). Universidad Sergio Arboleda. [En línea]. 12 de Octubre de 2006
[Fecha de consulta: 26 de Noviembre de 2014.] Disponible en:

<http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.usergioarboleda.edu.co%2Fderecho_penal%2Findice_tematico_sistema_penal_acusatorio%2F25465%252812-10-06%2529.doc&ei=NgmHVlaAGZfioASvqYGoAg&usg=A>

CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal: Parte General. Santiago, Chile: Ediciones
Universidad Católica de Chile, 2011. 812 p.

DE LA CUESTA Aguado, Paz Mercedes. Persona, Dignidad y Derecho Penal [En línea].
[Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2014]. Disponible en:
<<http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/13.pdf>>

DECRETO con Fuerza de Ley N° 725. Código Sanitario. Chile. Diario Oficial. Santiago de
Chile. 31 de enero de 1968. 48 p.

DECRETO con Fuerza de Ley N°1. Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Penal. Chile. Código Penal. Diario Oficial. Santiago de Chile: 12 de Noviembre de 1874. 112 p.

DECRETO con Fuerza de Ley N°1. Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Penal. Chile. Código Penal. Diario Oficial. Santiago de Chile. 12 de Noviembre de 1874. 112 p.

DECRETO con Fuerza de ley N°69. Crea el departamento de inmigración y establece normas sobre la materia. Santiago de Chile: Ministerio de Hacienda, 1953.

DECRETO con Fuerza de Ley N° 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Procesal Penal. Chile. Código Procesal Penal. Diario Oficial. Santiago de Chile. 12 de octubre de 2000. 110p.

DECRETO Ley N°1.094. Establece normas sobre extranjeros en Chile. Ministerio del Interior. Diario Oficial. Santiago, Chile, 14 de Julio de 1975.

DECRETO N° 362 de 1983 (Modificado por Decreto N°294 de 1984 del Ministerio de Salud). Reglamento Sobre Enfermedades de Transmisión Sexual. Diario Oficial. Santiago de Chile, 1983.

DECRETO N° 100; Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial. Santiago de Chile: 22 de septiembre de 2005. 61 p.

DONOSO Soto, Francisco. Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo., Santiago de Chile: Revista Jurídica del Ministerio Público, (39):177.

DRAE. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.a.ed.). [En línea] Madrid, España: s.n., 2001, [Fecha de consulta: Junio de 2013]. Disponible en: <<http://lema.rae.es/drae>>

FIGUEROA Ossa, Ulda. Apuntes de Curso: Derecho Penal, Parte General: Concurso de delitos y su influencia en la determinación de las penas. Santiago, Chile: Inédito, 2010. 86 p.

FIGUEROA Ossa, Ulda. Apuntes de Curso: Derecho Penal, Parte General: Introducción al Derecho Penal. Santiago, Chile: Inédito, 2011. 20 p.

FISCALÍA General Del Estado. Circular 5/2011: Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, España, [Fecha de consulta: 10 de julio de 2013]. Disponible en: <<http://www.sip-an.es/descargas/legislacion/penal/penal20.pdf>>

FLORES Álvarez, Michael. La problemática del bien jurídico protegido por la figura del artículo 411 ter del Código Penal chileno. Actividad Formativa equivalente a Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Chile: Universidad de Chile, 2014. 102 p.

GAJARDO Orellana, Tania y TORRES Figueroa, Angélica. Los tipos penales de Tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507. Revista Jurídica del Ministerio Público, (47): 295-231, junio 2011.

GAJARDO Orellana, Tania; GUZMÁN Valenzuela, Karen; y SUAZO Schwencke, Carolina. Interpretación jurisprudencial de los principales tipos penales contenidos en la ley 20.507. Revista del Ministerio Público, (53): 201-219, 2012.

GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. 3ª .ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2003. 465p.

GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2010. 499 p.

GONZÁLEZ Núñez, Josefina. Tráfico Ilícito de Inmigrantes y otros delitos Migratorios [En línea], Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. 2008 [Fecha de consulta: 06 de Septiembre de 2013]. Disponible en <<http://www.ciidpe.com.ar/area2/Delitos%20migratorios.%20Gonzalez%20Nunez.pdf>>

INTERNATIONAL Comission Against Impunity In Guatemala. Recomendación de Reformas Legales y Reglamentarias de la Comisión internacional contra la impunidad en Guatemala. 2010 [Fecha de consulta 01 de septiembre de 2013]. Disponible en: <http://cicig.org/uploads/documents/reforma_institucional/REFOR-INST_DOC16_20111125_ES.pdf>

KÜHNE Covarrubias, Rosemarie. La trata de personas con fines de explotación sexual (Trata de blancas): Nueva normativa a la luz de la ley 20.507 del 01 de abril de 2011, que modifica el Código Penal Chileno. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2012. 120 p.

LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal, Tomo II. 7ª.ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1983. 259 p.

LABRADA Rubio, Valle. La dignidad del hombre y el ejercicio de los derechos humanos. [En línea]. Madrid. [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0000110095A/21050>>

Ley N° 20.393. CHILE. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, y delitos de cohecho que indica. Diario Oficial. Santiago de Chile, 2009.

Ley N° 20.507. CHILE. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Diario Oficial. Santiago de Chile, 08 de abril de 2011.

MARDONES Vargas, Fernando y FERNÁNDEZ, José Manuel. Ley 20.507, tipifica el tráfico de inmigrantes y trata de personas. Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, Minuta (5): 4-22, agosto 2011. En línea: [Fecha de consulta: 08 de Septiembre de 2013]. Disponible en: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5734-2.pdf>>

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal. 3ª ed. Santiago, Chile: La Ley, 2014. 361 p.

MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2ª.ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004. 691 p.

MAZZITELLI, Antonio y PÉREZ, Carlos. El tráfico ilícito de Migrantes: La perspectiva y labor de UNODC [En línea], Colombia. [Fecha de consulta: 04 de Septiembre de 2013] Disponible en:
<<http://www.aiamp.org/index.php/documentos32?task=document.viewdoc&id=83>>

MIGRACIONES Conferencia Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos: Estándares y Prácticas. Santiago, Chile: Monde Diplomatique, 2013. 60 p.

CONSEJO Internacional De Políticas De Derechos Humanos, Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia [En línea]. 2010 [Fecha de consulta: 04 de Septiembre de 2013]. Disponible en:
<http://www.ichrp.org/files/summaries/40/122_pb_es.pdf>

NACIONES Unidas. Asamblea General de las Naciones Unidas. 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, Anexo 2, Nueva York, Estados Unidos, 15 de noviembre de 2000. 13p.

NACIONES Unidas. Conferencia de las partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Grupo de trabajo sobre la Trata de Personas. Tema 2 del programa provisional: Trata de personas con fines de extracción de órganos. [En línea]. Viena. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2014]. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/2011_CTOC_COP_WG4/2011_CTOC_COP_G4_2/CTOC_COP_WG4_2011_2_S.pdf>

OACDH, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. [En línea] Naciones Unidas Derechos Humanos. [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2013] Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>>.

OIM, Organización Internacional para las Migraciones. Módulo V: Tráfico ilícito de migrantes. Gestión fronteriza integral en la Subregión Andina. Lima, Perú: WR Impresiones, 2012. 67p.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia; Lecciones de Derecho Penal Chileno. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2004. 454 p.

POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago, Chile: Cono Sur, 1999. 100p.

POMARES, Cintas Ester. *El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*. [En línea]. Jaén: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011- [Fecha de consulta: 13 de mayo de 2014]. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>>

PROTOCOLO Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos, 18 de Enero de 2002.

RIQUELME, Constantino. Los Crímenes Internacionales y los Mecanismos de Sanción en Americana Latina. [En Línea][Fecha de consulta 08 de Septiembre de 2013] Disponible en: <<http://www.upeace.org/OKN/collection/cortepen/Riquelme%20OrtizFINALformatted.pdf>>

RODRÍGUEZ Pizarro, Gabriela. La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en el marco de los derechos humanos. [En línea] Ponencia en mesa de trabajo Migración, derechos humanos y ciudadanía, Conferencia Regional Sobre Migración. [consulta 05 de septiembre de 2013]. Disponible en:<<http://www.crmsv.org/documentos/SEGIB/7%20terceraParte.pdf>>

RUIZ Delgado, Fernando. El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000. [En línea]. 2009. [Fecha de consulta: 08 de Septiembre de 2013]. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf>

SENADO de Chile. Modifica el artículo 411 Ter del Código Penal que tipifica los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y persecución criminal. Boletín N° 7537- 07. [En línea]. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2014] Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=7933&tipodoc=mensaje_mocion>

STEFONI, Carolina. Diagnóstico de la trata de personas y tráfico de migrantes en Chile y la Región. Santiago, Chile: Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), 2012. 132p.

TAZZA, Alejandro y CARRERAS, Eduardo Raúl. Las disposiciones penales afectan al bien jurídico relacionado con el control estatal relacionado con las actividades migratorias. LL2008-C, 1053, Argentina: s.n., 2008.

UNICEF, Información Básica sobre la Trata de Personas. [En línea] [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2013] Disponible en:

<http://www.unicef.org/lac/Informacion_basica.pdf>

UNITED Nations Treaty Collection. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. [En línea] [Fecha de consulta: 05 de septiembre de 2013]. Disponible en:

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-12b&chapter=18&lang=en&clang=_en>.

UNODC. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: *Manual sobre la investigación del delito de Trata de Personas*. [En línea] [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2014]. https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf

UNODC. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [En línea]: Ley Modelo contra el tráfico ilícito de migrantes. New York, 2010 [Fecha de consulta: 04 de Septiembre de 2013]. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_SOM_S_ebook_V1052718.pdf>.

UNODC: Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas. Análisis de algunos conceptos básicos del Protocolo contra la Trata de Personas. [En línea] [Fecha de Consulta 03 de junio de 2014]. Disponible en: <

http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/CTOC_COP_WG_4_2010_2_S.pdf>

UNODOC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito. Tráfico ilícito. [En línea] 2009. [Fecha de consulta: 07 de Septiembre de 2013] Disponible en:

<http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant_Smuggling/09-81209_Spanish_ebook.pdf>

VILLACAMPA Estiarte, Carolina. El delito de Trata de Personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. [Fecha de consulta: 27 de agosto de 103]. Disponible en: <http://drevistas.ucv.cl/detalles_autor.php?autorID=13349>

VITAR, Cáceres Jorge. Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Trata de Personas. Revista Jurídica del Ministerio Público, (53): 59-80, diciembre de 2012.

WELZEL, Hans. Traductor: Carlos Fontán Balestra. Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Argentina: Roque de Palma Editores, 1952. 292 p.