

3. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL TRÁFICO DE MIGRANTES

I. CONVENCIÓN DE PALERMO Y SUS PROTOCOLOS HAN SIDO RATIFICADOS POR CHILE. FACULTAD DE PERSEGUIR Y SANCIONAR CONDUCTAS DE TRÁFICO DE MIGRANTES, CUANDO AQUELLAS TIENEN UN COMPONENTE TRANSNACIONAL Y SON EJECUTADAS POR UNA AGRUPACIÓN. II. INEXISTENCIA DE AFECTACIÓN ALGUNA A LA INDEPENDENCIA DEL JUZGADOR. AUSENCIA DE ANTECEDENTES QUE PERMITAN SOSTENER QUE OTRO PODER O AUTORIDAD DEL ESTADO HAN INCIDIDO FUERA DEL MARCO CONSTITUCIONAL EN LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO. III. ASOCIACIÓN ILÍCITA, CONCEPTO Y REQUISITOS. SUFICIENCIA PROBATORIA PARA ACREDITAR LA CONFIGURACIÓN DEL ILÍCITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. DETERMINACIÓN DE LA PENA EN BASE A LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito consumado de asociación ilícita para el tráfico de migrantes. Defensa de condenados recurre de nulidad. La Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: 32695-2018, de 5 de marzo de 2019

PARTES: *Ministerio Público con Reyba Huaranga Maquera y otros*

MINISTROS: *Sr. Hugo Enrique Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Manuel Antonio Valderrama R. y Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

- Han sido la propia Convención de Palermo y sus Protocolos, los que establecieron la posibilidad de perseguir y sancionar las conductas de tráfico de migrantes, cuando aquellas tienen un componente transnacional y son ejecutadas por una agrupación; en dicho contexto, hay competencia de los Tribunales de nuestro país para conocer la comisión de los delitos de que se trata, máxime si aquellos, en lo relevante, produjeron efectos sustanciales al interior del territorio de la República, de modo tal, que no se observa afectación alguna al principio de juez natural en el presente juzgamiento, puesto que la Convención en cuestión ha sido debidamente*

ratificada por nuestro país, recibida por el derecho interno a través de las normas preexistentes de jurisdicción del Código Orgánico de Tribunales y con la dictación de la Ley N° 20.507, que tipificó las conductas referidas en la Convención, aparejándoles sanción a su perpetración, todo lo cual aconteció con bastante antelación a la ocurrencia de los hechos que han sido investigados y sancionados en esta causa. Es así que no se observa el vicio alegado por la defensa, puesto que el Tribunal que juzgó, ha sido creado por ley antes de la perpetración del hecho punible; se encuentra debidamente investido, cumpliendo así con el mandato constitucional y ha actuado en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo de hechos que revisten características de delito, en base a la norma de atribución del Código Orgánico de Tribunales, todo lo cual ha sido ventilado y resuelto en un procedimiento legalmente establecido (considerando 12° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *La estructura jurisdiccional del Estado se sustenta principalmente en base a tres garantías, la de juez natural, el juez independiente y el juez imparcial. Respecto al juez independiente, aquel derecho arranca de lo prescrito en el artículo 73 de la Constitución, cuando entrega a los Tribunales de Justicia establecidos por la ley, la facultad de conocer las causas civiles y penales, resolverlas y hacer cumplir lo resuelto, estableciendo igualmente una prohibición a las demás autoridades en el sentido de no avocarse causas pendientes, no revisar los fundamentos de las resoluciones, ni tampoco revivir procesos fenecidos, estableciendo en consecuencia un baluarte a la institución judicial, frente a los demás poderes del Estado. En segundo término, la independencia abarca igualmente al juzgador, que es quien materialmente deberá conocer y resolver el litigio que se le presente, mismo que desde una perspectiva externa, no debe depender de ninguna otra autoridad o poder del Estado, e interna, esta vez referida a la propia organización judicial, y particularmente, respecto de los estamentos superiores. Lo anterior se traduce entonces, en la actitud desplegada por el juez frente al caso concreto, quien será libre de decidir conforme a su mérito, vinculado al sistema recursivo, que permite por regla de grado, que otro tribunal conozca y eventualmente revoque lo resuelto anteriormente. De lo ya asentado, se desprende que en el presente caso no ha existido afectación alguna a la independencia del juzgador, pues no hay antecedente alguno que lleve a sostener que otro poder o autoridad del Estado, han incidido fuera del marco constitucional en la resolución del asunto, y además, porque desde una perspectiva interna, el sentenciador cuestionado, ha formado parte de un tribunal colegiado que ha resuelto el caso sometido a su conocimiento, quedando luego desasido y operando el sistema recursivo a efectos de revisar y resolver los vicios de nulidad de que pueda adolecer*

tanto el procedimiento, como el fallo dictado en el juicio, aspecto que no se ha visto empañado de manera alguna (considerando 18° de la sentencia de la Corte Suprema).

- III. *El delito de asociación ilícita referido en el artículo 411 quinquies del Código Penal, dispone: “Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos de este párrafo serán sancionados, por este solo hecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de este Código”. En consecuencia, existe un reenvío al tipo previsto en el artículo 292 del Código Penal y sancionado en los artículos 293 y 294 del citado cuerpo legal. Las precitadas normas requieren, para que se configure el delito, que concurren diversos requisitos, que la doctrina y la jurisprudencia señalan, a saber: participación concertada de varias personas, esto es, pluralidad o multiplicidad de individuos; jerarquía que se manifiesta dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento, o sea, algunos de sus miembros deben ejercer funciones de mando y otros acatar las órdenes e instrucciones, y debe existir cierto grado de organización, lo que significa que cada uno debe cumplir funciones o tareas específicas, dependientes una de otras, para cumplir el o los fines colectivos e instrumentales a los de la agrupación; estabilidad y permanencia en el tiempo; objeto común y preciso de los miembros, ergo, la finalidad de la organización criminal debe ser la comisión de crímenes o simples delitos; convergencia de voluntades en el sentido que el dolo de los integrantes debe ser común al de todos los miembros, considerando el objetivo criminal que tienen y las tareas específicas que a cada cual le corresponde; y medios y recursos para llevar a cabo sus fines delictivos, los que deben ser adecuados a aquellos para los cuales la asociación fue creada. En cuanto a sus requisitos típicos, la doctrina nacional y extranjera coincide en que se está en primer lugar ante una asociación cuando se verifica la reunión de más de una persona, (es decir, al menos dos), y que tiene cierta permanencia en el tiempo. El segundo requisito típico está concernido a la finalidad a la que se dirige la actividad de los miembros de la asociación, cual es la “de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades”, por lo tanto, tendrá carácter de ilícita, en los términos del artículo 292, toda asociación cuyos miembros tengan, entre las finalidades que los motiva a reunirse, la voluntad de realizar conductas que se encuentran penalmente tipificadas. En ese sentido se pronuncia Etcheberry, quien entiende que “la perpetración de atentados, quiere decir en realidad la perpetración de delitos” (considerando 22° de la sentencia de la Corte Suprema). Los hechos establecidos por los jueces del fondo de manera soberana en el ejercicio de sus facultades privativas encuadran en la figura establecida en*

el artículo 292 del Código Penal, pues configuran los presupuestos que la doctrina y la jurisprudencia consideran para ese efecto, procediendo entonces determinar a los efectos de su punición, cuál es la naturaleza del delito objeto de la asociación ilícita. El artículo 292 del Código Penal establece como delictual a toda asociación formada con fines ilícitos, por el solo hecho de organizarse; a su turno el artículo 293 del mismo cuerpo legal distingue para su punición la naturaleza del delito cometido, esto es si aquellos son constitutivos de crímenes o de simples delitos. Lo anterior importa, pues el recurrente refiere que el delito base de tráfico de migrantes se encuentra previsto y sancionado en el artículo 411 bis del Código Penal, como: “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”, siendo claro entonces que aquel se sanciona según lo dispuesto por el artículo 293 inciso 2° ya reseñado, dado que la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos y por tanto correspondería una pena inferior a la arribada con error por los sentenciadores. Entiende igualmente el recurrente que el artículo 411 bis inciso 3° del Código de castigo, entraña únicamente una norma especial de agravación, en atención a ciertas condicionantes que tornan a la conducta ilícita desplegada, más riesgosa para quien la sufre, como lo es el poner en peligro la vida del afectado o si este fuere menor de edad, caso en el cual la pena se aumentará en un grado (considerando 25° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/1095/2019

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 73 de la Constitución Política de la República; 292, 293, 411 quinquies del Código Penal; Decreto Supremo N° 342, de 16 de febrero de 2015, Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL TRÁFICO DE MIGRANTES.
COMENTARIO SENTENCIA CORTE SUPREMA ROL N° 32695-2018

TANIA GAJARDO ORELLANA
Universidad de Chile

I. ANTECEDENTES

El 5 de marzo de 2019, la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los ministros Sres. Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., y Jorge Dahm O., falló por primera vez un recurso de nulidad en un caso de tráfico ilícito de migrantes. En esa oportunidad se conocieron y fallaron dos recursos, ambos se refieren a la misma asociación ilícita dedicada al tráfico de migrantes, caso conocido mediáticamente como “Operación Desierto”. Este comentario se refiere formalmente al rol N° 32695-2018, aunque en lo medular ambos repiten los fundamentos de derecho relevantes para el análisis¹.

La “Operación Desierto” fue conocida y juzgada en dos juicios orales ante el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, pero se trataba de una sola organización que se dedicaba a traer a ciudadanos de República Dominicana a Chile, pasando por Ecuador, Perú y Bolivia, los que eran ingresados por pasos clandestinos al país, y a quienes la organización cobraba una suma de dinero en efectivo por la travesía. Los hechos se cometieron entre el año 2013 y el año 2016, y se realizaron dos juicios debido a que los imputados fueron extraditados desde Perú y llegaron en fechas distintas a Arica, ante lo cual la Defensoría Penal Pública solicitó se juzgaran de acuerdo a sus fechas de llegada.

Este grupo estaba compuesto por seis personas, las que tenían roles distintos con los que se lograba el traslado de los migrantes desde su país de origen hasta Arica, dos ejercían roles de liderazgo y cuatro de partícipes. Así lograron la promoción y facilitación del ingreso ilegal a Chile de aproximadamente un centenar de personas, a través de pasos clandestinos en dos rutas, Colchane y Pisiga, que implicaron riesgos para sus vidas e integridad física y psíquica, tanto es así que uno de los migrantes fue víctima de la detonación de una mina antipersonal, la que derivó en la amputación de una de sus piernas.

¹ Bajo este rol se conocieron cuatro recursos de nulidad de los condenados que eran partícipes de la asociación ilícita, los recursos de nulidad de los líderes fueron conocidos en el rol N° 331-2019.

Los acusados fueron condenados a sendas penas todas sobre diez años y un día, por los delitos de asociación ilícita y tráfico ilícito de migrantes, artículo 411 quinquies y bis del Código Penal respectivamente.

Los recursos de nulidad fueron presentados por todas las defensas de los condenados, y las causales principales, que influyen en el análisis del fallo, fueron; primero que se trataba de delitos cometidos por extranjeros en contra de extranjeros fuera de Chile, por lo que los jueces chilenos no tenían jurisdicción para conocer estos hechos. Segundo, que la pena de la asociación ilícita estaba mal determinada, debido a que el tráfico ilícito de migrantes es un simple delito, y no un crimen y a ellos se les aplicó la pena de las asociaciones ilícitas dedicadas a cometer crímenes. Estos dos argumentos sustentaban las causales principales de las nulidades, por las que la Corte Suprema de Chile se pronunció por primera vez en un caso de tráfico ilícito de migrantes.

Lo primero que llama la atención de este fallo, es que más allá del análisis de un delito tipificado recientemente en Chile, lo que la Corte Suprema tuvo que resolver fue un aspecto procesal referido a la posibilidad de ejercer jurisdicción en un delito de extranjero contra extranjero, aparentemente cometido fuera de Chile. Y en segundo lugar, en referencia a las penas diferenciadas de la asociación ilícita, para simple delito o crimen, lo resolvió a través del aspecto más debatido a la fecha en Chile (y en España) respecto a este nuevo delito; el bien jurídico. Lo que quizás pudo haber resuelto desde las penas asignadas a las hipótesis agravadas del tráfico de migrantes, sin necesidad de entrar a la justificación de ellas a través de esa vía.

II. FALTA DE JURISDICCIÓN

Para la Defensoría Penal Pública, quien representaba a todos los condenados, el artículo 6° número 8 del Código Orgánico de Tribunales² chileno no otorga jurisdicción para conocer de estos hechos a los tribunales nacionales, debido a que una vez que se introdujo en Chile este delito no se adecuó la legislación procesal, precisamente el artículo 6° del COT, a efectos de que pudieran conocerse delitos de extranjeros cometidos contra extranjeros, fuera de Chile. Para los recurrentes el tráfico ilícito de migrantes se cometió fuera de Chile, por lo que se violaban la garantía del juez natural y se vulneraba el derecho fundamental al debido proceso.

² Artículo 6° número 8 del Código Orgánico de Tribunales: “quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República, comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias”.

En efecto los migrantes dominicanos, eran contactados por esta asociación integrada principalmente por peruanos, mientras ellos aún vivían en su país de origen. La travesía implicaba volar desde República Dominicana hasta Ecuador, para luego por tierra, pasar por Perú, Bolivia y llegar a Chile. Sobre este punto se volverá al señalar cómo falló la Corte y sus fundamentos.

Otra particularidad de este caso fue que solicitando la confirmación de la sentencia alegaron abogados del Ministerio Público, Ministerio del Interior, Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Corporación Humanas, todos solicitando se confirmara que los tribunales chilenos tenían jurisdicción para conocer de estos hechos, pero por distintos motivos³.

Para el Ministerio Público y el Ministerio del Interior, se trataba principalmente de hechos cometidos en territorio nacional, ya que la facilitación o promoción consistían en que los migrantes ingresaran ilegalmente a Chile, ingreso que se concretó. Señalaban que en Chile no se estaba juzgando la travesía por Ecuador, Perú y Bolivia, sino que tan sólo los hechos relacionados con la promoción o facilitación del ingreso al país. De hecho, los condenados fueron extraditados desde Perú para ser juzgados en Chile, entendiéndose tanto Perú como Chile que, se les juzgaría por hechos cometidos en este país.

El Instituto de Derechos Humanos y la Corporación Humanas, trajeron a la discusión la posibilidad de aplicación del principio de universalidad, según el cual Chile podía juzgar hechos cometidos fuera del país, por extranjeros en contra de extranjeros, debido a que este principio consagrado en nuestra legislación así lo permitía.

Todos subsidiariamente alegaban que el artículo 6° del COT en su número 8, autoriza a conocer y juzgar directamente los delitos tipificados a través de Convenciones Internacionales, lo que se cumplía en este caso, dado que Chile suscribió y promulgó la Convención de Palermo y sus Protocolos, en especial en este caso el contra el tráfico de migrantes, en donde se tipifica directamente este delito.

Cabe hacer presente que la descripción del tráfico ilícito de migrantes del 411 bis chileno, es una copia casi exacta de la descripción de Palermo, faltando obviamente la determinación de la pena, que es lo que quedó en manos de cada Estado suscriptor, con el objetivo de que esta se adecuara a sus propias legislaciones.

Cada alegación referente a este punto, estaba acompañada del bien jurídico tras el tráfico de migrantes, que para el Ministerio Público e Interior se trataba del control migratorio del Estado, por lo que no había delito “contra” extranjeros, sino, contra el Estado de Chile. Asimilándolo a los demás contrabandos en los

³ El caso tenía tres querellantes, todos representando algún interés en el juicio, además de la acción penal ejercida por el Ministerio Público.

que siempre la acción comienza fuera del país, y tiene como objeto la internación de objetos o ilícitos o que están bajo control administrativo al país, y en los que no hay duda de la jurisdicción nacional para conocerlos y fallarlos.

Para el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Corporación Humanas se trataba de violaciones a los derechos humanos de los migrantes y en este sentido, postulaban la aplicación del principio de universalidad⁴.

La Corte resolvió que Chile sí tiene jurisdicción para conocer casos de tráfico ilícito de migrantes, cometidos fuera de Chile por extranjeros para promover o facilitar ingreso de extranjeros, basándose principalmente en el artículo 6° número 8 del Código Orgánico de Tribunales.

En virtud de esta norma se remite a la descripción que hace la Convención de Palermo del delito de tráfico de migrantes, y entiende que Chile puede y debe conocer de aquellos delitos descritos en las Convenciones Internacionales a las que se ha obligado, como esta.

La novedad en este punto consiste en que para la Corte Suprema los tribunales chilenos son plenamente competentes para conocer aquellos delitos descritos en Convenciones internacionales, sin necesidad de adecuaciones y sin que la aplicación directa esté reservada solo para las Convenciones de Derechos Humanos. Consensuando que, la Convención de Palermo y sus Protocolos buscan mejorar la persecución y juzgamiento de la criminalidad organizada transnacional, y no es estrictamente una Convención de Derechos Humanos.

Luego para que no quedaran dudas acerca de la jurisdicción de los tribunales nacionales, la Corte indica que la propia Convención de Palermo sostiene un tipo de principio de universalidad, en cuanto entiende que cada Estado suscriptor debe conocer y juzgar hechos que se comprenden dentro de los crímenes transnacionales, y de no hacerlo tiene la obligación de extraditar. Expone justamente que, en este caso, Perú, país de residencia de gran parte de los miembros de la organización, los extraditó hasta Chile, por lo que asintió en que ellos fueran juzgados en nuestro país.

Por último, hace suya la definición de la Convención en cuanto a qué son los delitos transnacionales, entendiendo que el tráfico ilícito de migrantes sin duda es uno de ellos, y que justamente en estos casos, los países en donde se producen los efectos de este tipo de delitos, tienen jurisdicción para conocerlos.

⁴ Respecto a la discusión acerca del bien jurídico tras el tráfico ilícito de migrantes ver MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno, tercera edición*, Tomo I, (Santiago, 2014), p. 195. GAJARDO, Tania y TORRES, Angélica, “Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley N° 20.507”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 47, (2011), pp. 231-251. CÁRDENAS, Claudia, “El delito de tráfico de migrantes con especial referencia a la legislación chilena”, en *Congreso Internacional: Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, (Valparaíso, 2011), pp. 435-466.

La Corte Suprema chilena señaló tres vías diferentes para fundamentar su decisión de que los tribunales chilenos sí podían conocer y juzgar casos de tráfico ilícito de migrantes en que la actividad comienza y se realiza casi en su totalidad fuera del territorio nacional, es realizada por extranjeros promoviendo o facilitando el ingreso de extranjeros (de acuerdo a la descripción típica). Primero porque así lo faculta el artículo 6° número 8 del COT, aplicando directamente la Convención y Protocolo de Palermo, segundo por tratarse de un delito de carácter transnacional, de los que la propia Convención autoriza a (y exige) conocer y juzgar, y tercero por una “especie” de principio de universalidad presente en dicha Convención.

III. TRÁFICO DE MIGRANTES ¿SIMPLE DELITO O CRIMEN?

En el análisis de la segunda causal invocada de nulidad, esto es que la pena de la asociación ilícita estaba mal determinada, porque el tráfico es un delito y no un crimen, la Corte Suprema busca un argumento para justificar que el bien jurídico tras este delito es algún bien jurídico personalísimo, que lo vuelve más grave que un simple delito que persigue el control de los flujos migratorios. Así llega a la Dignidad Humana, en conjunto con la protección del sistema migratorio.

Sin que la causal invocada lo exigiera, entra al debate del bien jurídico, ya que en el fondo la discusión decía relación con si la pena de la asociación ilícita se determina con el delito cometido en concreto por la asociación o con la hipótesis básica en abstracto. En este caso, la asociación cometía delitos de tráfico de migrantes agravado, de los incisos segundo y tercero, por lo que la pena de la asociación era para líderes y partícipes de una asociación que cometía crímenes, y no para una asociación que cometía el simple delito del 411 bis inciso primero, la figura básica.

En esa búsqueda de bien jurídico que justifique la pena de la asociación ilícita, comienza por la Historia de la Ley N° 20.507⁵, que incorporó el tráfico de migrantes al Código Penal chileno, indicando que el propio legislador dijo que el bien jurídico era el sistema migratorio del Estado, pero opina que “esto no podía ser absolutamente así”.

Luego cita una sentencia del Tribunal Supremo español del año 1998, en la que supuestamente este tribunal se pronunció en un caso de tráfico ilícito de migrantes sosteniendo que el bien jurídico era la dignidad humana. El fallo citado resulta ser de una época en la que en España, al igual que en Chile, aún

⁵ BCN, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 20.507, (2011), disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/> [última visita 23 de enero de 2020].

no estaba tipificado el tráfico ilícito de migrantes, los hechos son del año 1990, y se refieren a unos ciudadanos de república dominicana que ingresaban con pasaportes de religiosas a mujeres dominicanas, y luego de su ingreso ilegal a España las presionaban para que ejercieran la prostitución.

Este fallo llegó al Tribunal Supremo español a fines de la década de los 90, para ser revisado debido a que el artículo con el que se había sancionado dicha promoción de la inmigración ilegal, había sido derogado, este era el artículo 499 a) número 2 del Código Penal de 1983.

La cita textual de una parte de esa sentencia, por parte de la Corte Suprema chilena, se refería al bien jurídico tras la promoción de la prostitución, del delito tipificado en el artículo 455 del Código Penal español de la época, que fue por el que finalmente fueron condenados los acusados de ese caso.

Ni en esa época ni ahora el tipo penal de tráfico ilícito de migrantes españoles es equiparable al chileno, ya que para comenzar, en esa época no estaba tipificado el delito en ninguno de los dos países, y al día de hoy el 318 bis español, suprime el ánimo de lucro en su formulación básica, señalándose como una agravante. En sus versiones anteriores al año 2015, cuando sufrió la última modificación, se describían en un mismo artículo la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, generando una confusión que fue denunciada en reiteradas oportunidades por la doctrina.

Es por esto que el resultado de la búsqueda de un bien jurídico distinto del señalado por el legislador, encontrado por la Corte Suprema en este fallo, la dignidad humana, se fundamenta en una sentencia del Tribunal Supremo español, que no es comparable con los hechos conocidos en Chile en este caso, ni tampoco con la norma chilena tras el 411 bis.

Si la Corte Suprema buscaba criticar la legitimidad de que la protección de fronteras o el control de flujos migratorios sea el bien jurídico de este delito, podría haber argumentado con nuestras normas constitucionales, con los principios penales, o incluso asumiendo la postura de parte de la doctrina nacional al respecto⁶, lo que habría constituido un aporte interesante al debate a nivel nacional.

Donde sí podemos advertir claridad es en que los incisos segundo y tercero del 411 bis son figuras que sancionan una actividad que provoca un riesgo concreto, a la salud y/o a la vida de los migrantes, y en este sentido, se justifica la pena agravada respecto del inciso primero, y en ese mismo sentido la Corte justifica la pena de la asociación ilícita como dedicada a crímenes, dado que en todos los casos probados en los juicios en cuestión, los migrantes estuvieron en riesgo.

⁶ MALDONADO Francisco, "Acceso a la justicia", en INDH, *Seminario Internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes* (Santiago, 2012), pp. 99-104.

La Corte Suprema resolvió que la pena estaba bien determinada debido a que todos los casos de tráfico cometidos por esta asociación fueron agravados, por lo tanto, todos merecedores de penas de crimen.

En conclusión, la Corte Suprema en este fallo resuelve de manera satisfactoria los problemas planteados de jurisdicción y determinación de la pena, en el primer caso con una batería de argumentos sin definirse por uno en concreto y en el segundo caso con un argumento errado, invocando el bien jurídico del delito del plan criminal de la asociación ilícita, para entender que se trataba de un crimen, cuando la descripción típica de la figura y sus sanciones solucionan el problema, graduando las penas de acuerdo a la gravedad de las conductas realizadas por los sujetos activos, con la hipótesis básica y las agravadas.

CORTE SUPREMA

Santiago, cinco de marzo de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En esta causa RIT N° 291-2018, RUC N° 1600073321-4, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, por sentencia de veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho, dispuso en lo pertinente de su parte resolutive lo siguiente:

a) Por el delito de Asociación Ilícita para cometer el delito de tráfico ilegal de migrantes:

I.- Condena a Reyna Isamar Huaringa Maquera y Kliver Zárate Suncción, a sufrir, cada uno de ellos, la pena de cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su participación en calidad de autores del delito consumado de asociación ilícita para el tráfico de migrantes, previsto en el artículo 411 quinquies y

sancionado en el artículo 293, ambos del Código Penal, perpetrado a través de pasos fronterizos no habilitados cercanos a la zona de Colchane, en la Frontera con Bolivia; y entre los hitos 1 al 14, que delimitan la línea fronteriza con Perú; y por el Complejo Fronterizo Chacalluta, en un período que se prolonga desde a lo menos junio de 2013 a mayo de 2016, este último inclusive.

II.- Condena a Kharlo Zárate Suncción, a sufrir la pena de seis (6) años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su participación en calidad de autor del delito consumado de asociación ilícita para el tráfico de migrantes, previsto en el artículo 411 quinquies y sancionado en el artículo 293, ambos del Código Penal, perpetrado a través de pasos fronterizos no habilitados cercanos a la zona de Colchane, en la Frontera con Bolivia; y entre los hitos 1 al 14, que delimitan la línea fronteriza con Perú; y

por el Complejo Fronterizo Chacalluta, en un período que se prolonga desde a lo menos junio de 2013 a mayo de 2016, este último inclusive.

III.- Condena a Yemeyel Morales Álvarez, a sufrir la pena de diez (10) años y un (1) día de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su participación en calidad de autor del delito consumado de asociación ilícita para el tráfico de migrantes, previsto en el artículo 411 quinquies y sancionado en el artículo 293, ambos del Código Penal, perpetrado a través de pasos fronterizos no habilitados cercanos a la zona de Colchane, en la Frontera con Bolivia; y entre los hitos 1 al 14, que delimitan la línea fronteriza con Perú; y por el Complejo Fronterizo Chacalluta, en un período que se prolonga desde a lo menos junio de 2013 a mayo de 2016, este último inclusive.

b) Por el delito de tráfico ilegal de migrantes:

IV.- Condena a Reyna Isamar Huaringa Maquera y Kliver Zárate Suncción, ya individualizados, a sufrir, cada uno de ellos, la pena de diez (10) años y un (1) día de reclusión mayor en su grado medio, al pago de una multa de cincuenta (50) unidades tributarias mensuales, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la conde-

na, por su participación en calidad de autores del delito consumado de tráfico de migrantes, en calidad de reiterado, previsto y sancionado en el artículo 411 bis, inciso tercero, del Código Penal, perpetrado a través de pasos fronterizos no habilitados cercanos a la zona de Colchane, en la Frontera con Bolivia; y entre los hitos 1 al 14, que delimitan la línea fronteriza con Perú; y por el Complejo Fronterizo Chacalluta, en un período que se prolonga desde a lo menos junio de 2013 a mayo de 2016, este último inclusive.

V.- Condena a Kharlo Zárate Suncción, a sufrir la pena de once (11) años de reclusión mayor en su grado medio, al pago de una multa de cincuenta (50) unidades tributarias mensuales, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su participación en calidad de autor del delito consumado de tráfico de migrantes, en calidad de reiterado, previsto y sancionado en el artículo 411 bis, inciso tercero, del Código Penal, perpetrado a través de pasos fronterizos no habilitados cercanos a la zona de Colchane, en la Frontera con Bolivia; y entre los hitos 1 al 14, que delimitan la línea fronteriza con Perú; y por el Complejo Fronterizo Chacalluta, en un período que se prolonga desde a lo menos junio de 2013 a mayo de 2016, este último inclusive.

VI.- Condena a Yemeyel Morales Alvarez, a sufrir la pena de doce (12) años y seis (6) meses de reclusión

mayor en su grado medio, al pago de una multa de cincuenta (50) unidades tributarias mensuales, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su participación en calidad de autor del delito consumado de tráfico de migrantes, en calidad de reiterado, previsto y sancionado en el artículo 411 bis, inciso tercero, del Código Penal, perpetrado a través de pasos fronterizos no habilitados cercanos a la zona de Colchane, en la Frontera con Bolivia; y entre los hitos 1 al 14, que delimitan la línea fronteriza con Perú; y por el Complejo Fronterizo Chacalluta, en un período que se prolonga desde a lo menos junio de 2013 a mayo de 2016, este último inclusive.

En contra de este dictamen la defensa de los cuatro sentenciados antes aludidos interpuso recurso de nulidad, cuya vista se verificó, en forma previa a la causa 331-2019, según se ordenó por resolución de veintidós de enero pasado, en las audiencias de los días siete y catorce de febrero del año en curso, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, como causal principal de nulidad, el recurso interpuesto en autos, hizo valer aquella contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, “cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente

derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Se invoca esta causal, en atención a que, en el pronunciamiento de la sentencia, se habría infringido el derecho al “Juez Natural”, ello según se desprende del análisis que la recurrente realiza de las normas que refiere y que, en su concepto, llevan a concluir la inexistencia de mandato del cual pueda extraerse la jurisdicción del tribunal para conocer y juzgar los asuntos que en este juicio fueron sometidos a su decisión.

Expone que el artículo 62 de la Constitución Política de la República, establece el principio del imperio de la ley, que se estructura como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho y alude a la idea de sujeción general de gobernantes y gobernados al ordenamiento jurídico, principio que para los órganos que detentan el ejercicio del poder, se manifiesta en el de juridicidad o legalidad, donde el Derecho es la fuente y límite de toda potestad pública.

Continúa su exposición, refiriendo que la autoridad, de acuerdo a los artículos 6°, 7°, 62 inciso 1° y 72 de la Constitución Política de la República, debe actuar previa investidura regular, dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley, sometiendo su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, garantizando así el orden institucional de la República.

Señala el recurrente, que el principio de la jurisdicción se establece como una de las bases del Estado de Derecho y del respeto a las garantías fundamentales, una de las cuales es precisamente el derecho al debido proceso, establecido en el artículo 19 número 3° de la Carta Fundamental, que refiere en lo pertinente: “(...) Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos (...)”.

Lo anterior, se complementaría con lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8° señala: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

También debe tenerse en cuenta lo estatuido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, que expone: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente

y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)”.

Se concretiza el punto en el recurso, al señalar que el hecho que sea el tribunal establecido por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho es precisamente lo que en doctrina se ha entendido como el derecho a un juez natural, aspecto que forma parte del debido proceso, siendo consubstancial a aquel juzgador, el tener jurisdicción, la que deberá ejercer en la forma prevista por la ley, previa investidura regular y dentro del ámbito de su competencia.

Entiende el recurrente, que en este caso, el tribunal que dictó la sentencia carece de la antedicha potestad, pues no hay norma legal, constitucional o internacional que se la otorgue, y así las cosas, no existiendo jurisdicción, no existe un tribunal establecido con anterioridad a la perpetración del hecho, señalado por la ley; por tanto, no existe un juez natural y con ello, se vulnera el debido proceso, garantía fundamental resguardada tanto por la Constitución, como por los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

Se explica en el arbitrio, que una vez concluida la fase de conocimiento y prueba del juicio, puntualmente al momento de los alegatos de clausura, quedó establecido y probado que todos los hechos en los que se imputó parti-

cipación a los condenados, ocurrieron en Perú, por lo que se trata de hechos acaecidos fueran las fronteras nacionales, afectándose así la regla establecida en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, que en lo pertinente refiere que corresponde el conocimiento de los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, a los Tribunales nacionales, aportando que según dispone el artículo 157 del mismo cuerpo legal, será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio, considerándose el delito cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución.

Entiende el recurrente, que estos artículos son los que establecen la jurisdicción y competencia de nuestros tribunales, y que deben aquellos complementarse con el artículo 6 del mismo cuerpo legal, en cuanto deja sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos que señala en sus once numerales, entre los cuales ninguno otorga jurisdicción a los Tribunales nacionales, para conocer hechos que involucran a extranjeros, cometidos por extranjeros y que suceden en el extranjero.

Agrega que también hace lo propio el artículo 411 bis del Código Penal, al tipificar el delito de tráfico de migrantes, mismo que fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el año 2011, habida cuenta de la previa suscripción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también co-

nocida como Convención de Palermo, tratado que a su entender, no establece la ampliación de jurisdicción de los Estados Parte para conocer de este tipo de delitos, pues señala expresamente en su artículo 4°, que nada de lo dispuesto en la Convención faculta a un Estado para ejercer en el territorio de otro Estado Parte, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades. Asimismo, el artículo 5° de la Convención refiere a la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado, entregando a cada Estado Parte, la facultad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar ciertas conductas como delito, mientras que el artículo 15 del ya referido tratado, estatuye que cada firmante adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos que la misma norma refiere.

De esta forma, continúa el recurso, una vez que Chile ha suscrito la Convención, nace la obligación para el país de modificar su legislación, incorporándose los delitos de que se trata y además, de estimarlo necesario, de modificar las normas de atribución de jurisdicción a sus tribunales, para los casos que la misma Convención plantea, lo que no ha acontecido.

Dicha vulneración, a entender del recurrente, no se subsana, como intenta o pretende el Tribunal recurrido, simplemente haciendo mención al principio de jurisdicción universal en el considerando décimo noveno de su fallo, pues no solo la norma referida

al tráfico de migrantes no pretende la protección de las personas, sino tan solo el resguardo de las fronteras de los Estados, situación que difiere de la trata de personas, razón por la cual no puede afectar los derechos fundamentales de seres humanos, de modo tal como lo hace un crimen de lesa humanidad, que es finalmente lo que explicaría la pretendida aplicación del principio de universalidad. Lo anterior está acorde con la propia Convención, que estatuye el respeto a la soberanía de los Estados en su artículo 4º, siendo las normas que le siguen declaraciones que no hacen más que reafirmar esta idea, en tanto no establecen, bajo ninguna óptica, la jurisdicción universal, sino que invitan a los Estados Parte a realizar modificaciones a su legislación interna, en pos de establecer jurisdicción que les permita conocer de las distintas situaciones que enumera.

Explica el recurrente que descartada entonces la posible existencia de una jurisdicción universal para este caso, y no existiendo norma alguna que otorgue jurisdicción que habilite al sentenciador para conocer de los hechos juzgados, es que se ha privado a los recurrentes condenados, de su derecho a un juez natural.

En subsidio, explica que ante el evento de existir jurisdicción para conocer de hechos acaecidos en el extranjero, por parte de tribunales nacionales, igualmente se afecta el juez natural, dado que se ha incumplido con la norma de competencia establecida en el artículo 167 del Código Orgánico de Tribunales, que otorga competen-

cias propias de los Jueces de Garantía y de los Tribunales Orales en lo Penal respecto de los delitos perpetrados fuera del territorio nacional que fueren de conocimiento de los tribunales chilenos, a los Tribunales de Garantía y Orales en lo Penal de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago; en consecuencia, de existir algún delito perpetrado en el extranjero, que deba ser conocido por tribunales chilenos, la competencia para ello queda inmediatamente radicada en los Tribunales de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, siendo ellos los únicos habilitados para conocer de aquellos.

Como corolario a lo anterior, refiere el recurrente que una vez establecido por el Tribunal que juzgó, que los hechos habían acaecido en el extranjero, debió, en resguardo y respecto a las garantías fundamentales, concretamente al derecho al juez natural, haberse inhabilitado de conocer, pues carecía de competencia para poder conocer de tales hechos.

En virtud de lo señalado, estima el arbitrio, que la presente sentencia vulnera el derecho al juez natural y, consecuentemente, el derecho al debido proceso, lo que constituye una infracción sustancial a las garantías constitucionales expresadas en las normas ya citadas y en el artículo 19 numeral 3 incisos 4º y 5º, y que, de esta forma, el Tribunal debió absolver a los condenados, puesto que carecía de jurisdicción para juzgarlos, por no ser el tribunal establecido previamente por la ley.

Solicita finalmente, respecto de esta causal que, de acuerdo al artículo 385 del Código Procesal Penal, se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, aquella de reemplazo y absolutoria que se conforme a la ley, puesto que se ha calificado como delito un hecho que la ley no considera tal, aplicando una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, atendido que los hechos conocidos no ocurrieron dentro de la jurisdicción chilena.

Segundo: Que, como primera causal subsidiaria, se hizo valer por la defensa la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es: “Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Al respecto, refiere que las normas erróneamente aplicadas son los artículos 6° y 411 bis del Código Penal, artículo 6° numeral 8° del Código Orgánico de Tribunales y artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política de la República.

Respecto de esta causal, la funda en cuanto frente a la petición de la defensa en orden a que los imputados debieran ser absueltos en atención a que los tribunales chilenos carecen de jurisdicción para juzgarlos y condenarlos, los sentenciadores, en la motivación décimo novena de su sentencia, razonaron que conforme al artículo 15, en relación al artículo 5°, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el

Estado de Chile se encuentra obligado a perseguir y castigar la comisión tanto del delito de asociación ilícita para cometer tráfico de migrantes, como el delito mismo de tráfico de migrantes, quedando sometidos a la jurisdicción chilena de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6° N° 8 del Código Orgánico de Tribunales, por lo que desestima la tesis de la defensa, erróneamente a entender del recurrente, que señala que el tribunal entendió que el solo hecho de suscribir la mencionada Convención, obliga al Estado a perseguir los hechos que ahí se mencionan, pero obviando que ello debe hacerse en cumplimiento de las normas que establece nuestra Constitución.

En ese sentido argumenta que cuando mediante la Ley N° 20.507 se tipifican, entre otras, las figuras penales descritas en los artículos 411 bis y 411 quinquies del Código Penal, se dio solo en parte cumplimiento a las obligaciones adquiridas por Chile al suscribir la Convención de Palermo, puesto que para que el Estado chileno tenga jurisdicción para sancionar tales conductas, cometidas fuera del territorio nacional, debe adecuar su legislación. En efecto, el artículo 6° del Código Penal señala que “los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”, norma que debe necesariamente concordarse con el inciso final del artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución, que establece: “ninguna ley podrá establecer penas

sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Así las cosas, refiere el recurso que dentro de los requisitos comprendidos en la descripción típica, se debe incorporar el hecho de si la conducta cometida fuera del territorio nacional será o no sancionada, requisito que debiese cumplir la norma penal de manera expresa.

Continúa el razonamiento refiriendo que la norma que otorga jurisdicción a los tribunales chilenos, a entender del juzgador, sería el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales en su numeral 8°, sin embargo, de la lectura de la Convención de Palermo, se puede concluir que aquella no contiene ninguna descripción típica, en los términos de las exigencias constitucionales e internacionales, que implique una descripción expresa de un tipo penal aplicable al caso que se trata; ello porque la mencionada Convención solo realiza recomendaciones a los Estados para adecuar su legislación interna, con miras a perseguir ciertos actos, quedando como responsabilidad de cada Estado, el hecho de tipificar, en el marco de su legislación, los hechos con el fin de perseguirlos, lo que Chile cumplió con la dictación de la ya referida Ley N° 20.507, la que creó los tipos penales de tráfico de migrantes y de asociación ilícita para el tráfico de migrantes. En la misma línea, entiende el recurrente que tampoco existe una norma expresa que establezca que los tribunales chilenos tienen jurisdicción para sancionar hechos acaecidos fuera

de su territorio, relacionados con el Párrafo 5 bis del Código Penal.

Finalmente, expone que el propio tribunal, señaló al analizar los verbos rectores del delito de tráfico de migrantes, esto es “promover” y “facilitar” su ingreso a Chile, que aquello aconteció en República Dominicana –la promoción–, y en Perú, Ecuador y Bolivia, –la facilitación–; recuerda asimismo el recurrente, que el artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales establece, que es tribunal competente para conocer de un delito, aquel donde se produce el principio de ejecución del mismo, por todo lo anterior, concluye que de aplicar el Tribunal recurrido, correctamente las normas de los artículos 6° y 411 bis del Código Penal y artículo 6° N° 8 del Código Orgánico de Tribunales, debiera haber absuelto a los condenados, porque el Estado de Chile no tiene jurisdicción para juzgar hechos cometidos por extranjeros, contra extranjeros y fuera del territorio nacional, por lo que pide, de acuerdo al artículo 385 del Código Procesal Penal, que se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, aquella de reemplazo que se conforme a la ley, esto es, sentencia absolutoria, puesto que a su entender, se ha calificado como delito un hecho que la ley no considera tal, aplicando una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, puesto que los hechos no ocurrieron dentro del ámbito de la jurisdicción chilena.

Tercero: Que, como segunda causal subsidiaria de nulidad, la defensa ha incoado la del artículo 373 letra a),

en lo particular, derecho a un juez imparcial, ello por cuanto entiende que el magistrado Eduardo Rodríguez Muñoz, juez redactor del fallo que se pretende anular, es cónyuge de doña Érika Romero Velásquez, Fiscal Jefe de Arica y Parinacota.

Refiere que es un hecho conocido por todos los intervinientes, que el magistrado referido es cónyuge de la actual Fiscal Jefe de la Región de Arica y Parinacota, quien además es la Fiscal Regional Subrogante del Ministerio Público, y que de este modo sería claro el hecho de existir un vínculo entre el juez y una de las partes, en este caso, la acusadora, quien, en virtud del principio de unidad de acción, representa al Ministerio Público, siendo este último parte en el presente juicio.

La situación anterior debe ser considerada en el contexto de la causa, pues esta ha sido una investigación que fue asumida personalmente por la Fiscal Regional de Arica y Parinacota, doña Javiera López Ossandón, jefa directa de la cónyuge del magistrado sr. Rodríguez Muñoz, misma que ha comparecido personalmente a audiencias relevantes dentro del proceso penal, y quien, además, habría deducido recursos disciplinarios en contra de jueces de la jurisdicción, cuando las decisiones adoptadas por el órgano jurisdiccional no han sido satisfactorias a sus intereses.

A juicio del recurrente, lo anterior denota un interés especial del Ministerio Público en la obtención de una sentencia condenatoria en la presente causa y siendo la cónyuge del juez refe-

rido, parte de esa institución, teniendo un cargo de confianza de la Fiscal Regional, entiende como indudable que para el justiciable la integración del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, no otorga las garantías mínimas de imparcialidad para ser juzgado.

Expone que el derecho al juez imparcial constituye una garantía esencial del debido proceso, lo que ha sido reconocido así, tanto por la jurisprudencia nacional e internacional, como por la doctrina. En esta materia, alega que ha sido esta propia Corte Suprema, la que ha entregado diversos elementos que componen el derecho a un juez imparcial, imparcialidad que se compone del derecho al juez natural, independiente e imparcial; lo que en juzgamiento criminal se traduce en que asuntos penales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y finalmente a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo tal que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente. (Fallo de fecha 1 de septiembre de 2009, dictado en la causa rol N° 4164-09)".

Además, continúa su exposición señalando que la imparcialidad presenta una dimensión subjetiva y otra objetiva, siendo el corolario de la imparcialidad en su faz objetiva la premisa que

nadie puede ser sometido a proceso con intervención de un magistrado de cuya ecuanimidad pueda razonablemente desconfiar, en dicho contexto, todo acusado, en resguardo de su derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, se encuentra en condiciones de reclamar la falta de dicha garantía cuando existen circunstancias externas, objetivas, que sugieren sospechas legítimas sobre la falta de prejuicios del juzgador en la solución del caso que debe resolver, sin que pese sobre el imputado la carga de demostrar que el juez, efectivamente, albergaba en su fuero interno la aspiración de una sentencia perjudicial a sus intereses. De este modo, en consonancia con las exigencias que postula la imparcialidad objetiva, todo juez respecto de quien puedan existir motivos plausibles para desconfiar de su imparcialidad debe inhibirse de conocer ese caso” (SCS rol N° 4181-2009 considerando 9°).

Desde un punto de vista subjetivo, entiende a su turno, que la imparcialidad, es una garantía para el justiciable, de que sea cual sea la decisión a la que se arribe, está ha sido tomada por un tribunal imparcial y con ausencia total de influencia de terceros.

Todo lo antes mencionado, entiende el recurrente que se aprecia conculcado, ya que el tribunal demostró su falta de imparcialidad, no solo en cuanto a la vinculación que existe frente a la relación entre juez y fiscal, sino que, en la misma sentencia, al pronunciarse respecto de los elementos para determinar en abstracto la pena, pues el tribunal simplemente “copia y pega” las mis-

mas consideraciones, demostrando lo que el recurrente califica como desdén frente a la presente causa.

Expone, además, que el magistrado Sr. Rodríguez, fue instado por su parte a que se inhabilitara de conocer la presente causa, por su vinculación matrimonial, generándose un segundo aspecto que demostraría la concurrencia de la presente causal, cual es el haber tomado parte en la discusión en la que se desestimó su inhabilidad.

Finalmente explica que la falta de imparcialidad que alega se puede apreciar en la sentencia, en lo que dice relación al *quantum* exacerbado de pena, respecto de la que fue solicitada por parte del ente persecutor, estableciendo como concurrente un agravante respecto de Yemeyel Morales Álvarez, la que no fue solicitada respecto del delito de asociación ilícita para cometer el delito de tráfico de migrantes.

Refiere finalmente que el perjuicio es evidente, por cuanto la sentencia recurrida, adolece de sesgos que no pueden ser explicados, sino por el hecho de tener y mantener el juez que la redactó, una vinculación matrimonial con quien detenta el cargo de fiscal jefe en esta región, lo que no entrega en definitiva tanto a los condenados, como a la sociedad, la certeza de imparcialidad del juez, derecho y garantía fundamental de todo ciudadano.

Solicitó en concreto, que, de acogerse la presente causal, se decrete la nulidad tanto de la sentencia como del juicio oral, ordenando remitir los antecedentes a un tribunal no inhabilitado para que con ello pueda conocer de la

presente causa, teniendo presente la circunstancia de que los hechos ocurren en el territorio del Perú, además pidió la aplicación de la norma contemplada en el artículo 167 del Código Orgánico de Tribunales.

Cuarto: Que, como tercera causal subsidiaria, se ha hecho valer por la defensa, la del artículo 373 letra b), esto es “Cuando en la sentencia se hubiere realizado una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, por cuanto el tribunal aplicó una pena superior a la legalmente establecida respecto del delito de asociación ilícita.

Refiere el recurrente que los acusados son condenados por el delito base contenido en el artículo 411 bis del Código Penal, el cual trata sobre el delito de tráfico de migrantes, estableciendo para el ilícito en abstracto, una pena de simple delito según se desprende de su texto.

Argumenta entonces, que el Tribunal yerra al establecer que se está ante la figura del artículo 293 inciso 1° del Código Penal, sin perjuicio de la pena en concreto que se impuso a los condenados, pues los incisos del 411 bis del Código de castigo, establecen normas de determinación de pena y no delitos de naturaleza diversa.

En consecuencia y como petición referida a la presente causal subsidiaria, pide se proceda a invalidar la sentencia y a dictar, sin nueva audiencia, pero separadamente, una de remplazo ajustada a derecho, imponiendo una pena de presidio menor en su grado mínimo, o la que en derecho corresponda.

Quinto: Que, como cuarta causal subsidiaria del recurso de nulidad deducido por la defensa de los acusados, se interpuso la del artículo 374 letra c), en relación con los artículos 12 N° 16 del Código Penal y 343 del Código Procesal Penal, por cuanto el tribunal entendió procedente la agravante de reincidencia específica, señalada a propósito de la anterior causal de nulidad expuesta, respecto del delito de asociación ilícita, cuestión que no fue solicitada por ninguno de los intervinientes e impidiendo así el poder ejercer los derechos que la ley le otorga a la defensa.

Explica que, en cuanto a Morales Álvarez, una vez conocida la decisión de condena e iniciada la audiencia contemplada en el artículo 343 del Código Procesal Penal, se realizaron las alegaciones de los intervinientes en torno a las modificatorias de responsabilidad ajenas al hecho punible, sin que se alegase agravante alguna respecto del antedicho condenado y referida a la figura de asociación ilícita.

Sin perjuicio de ello, el fallo reclamado, en su considerando vigésimo, señala que el Ministerio Público invocó la circunstancia agravante de la reincidencia específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal respecto del acusado Yemeyel Morales Álvarez, acompañando al efecto la sentencia dictada en la causa RIT 4137-2015, RUC 1500669043-k, pronunciada por el Juzgado de Garantía de Arica, en la que se le condenó a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, más multa de 50 unidades

tributarias mensuales, más accesorias legales, como autor del delito de tráfico de migrantes, previsto en el artículo 411 bis, inciso primero, del Código Penal, cometido en dicha ciudad, el día 10 de julio de 2014, decisión ejecutoriada, por cuanto se renunció a los plazos y recursos en audiencia; además, el persecutor acompañó el extracto de filiación y antecedentes del acusado Morales Álvarez, donde figura la referencia a la aludida sentencia.

De igual forma el tribunal resolvió en considerandos siguientes, que concurre en perjuicio del acusado Morales Álvarez, la circunstancia agravante de responsabilidad establecida en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, toda vez que ha sido reincidente en la comisión de delito de la misma especie. En efecto, se entendió que con los documentos acompañados por el Ministerio Público se acreditó que el acusado fue condenado por el delito de tráfico de migrantes, ilícito que resulta ser de la misma especie de aquel por el que se le condenó, dado que la afectación a un mismo bien jurídico resultó evidente.

Concretiza su alegación el recurrente, señalando que la condena pretérita de su defendido, lo es solo por el delito contemplado en el artículo 411bis del Código Penal, pero en el fallo se le consideró igualmente respecto del delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 292, por remisión del artículo 411 quinquies, ambos del Código Penal, como consecuencia de lo anterior, se razonó por parte de los sentenciadores de la instancia en su fallo: que no podría imponerse la pena

en su grado mínimo al acusado de que se trata, fijándola en presidio mayor en su grado medio y en el quantum que se dirá en lo resolutivo, conforme a los preceptuado en el inciso segundo del artículo 68 del Código Penal, teniendo además en consideración lo dispuesto en el artículo 69 del código punitivo.

Concluye pidiendo que, como consecuencia de acogerse la causal de nulidad invocada, se invalide la sentencia definitiva pronunciada y el juicio oral, ordenando la remisión de los autos al Tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que este disponga la realización de un nuevo juicio oral, por haber el Tribunal impedido a la defensa la posibilidad de ejercer los derechos que la ley contempla.

Sexto: Que la defensa de los acusados condenados se desistió de la prueba ofrecida en su libelo, para la vista del recurso.

Séptimo: Que, previo al análisis de las causales de nulidad ya enunciadas, es necesario tener en vista que la sentencia en estudio tuvo por establecidos, en sus motivos duodécimo y décimo tercero, los hechos que posteriormente calificó en las motivaciones décimo cuarta y décimo quinta, respectivamente, como constitutivos de los delitos de asociación ilícita para la comisión del delito de tráfico de migrantes, previsto y sancionado en el artículo 411 quinquies, en relación con los artículos 292, 293 y 411 bis inciso 3°, todos del Código Penal, y de sendos delitos de tráfico de migrantes, hipótesis delictual prevista y sancionada en el precitado artículo 411 bis inciso

3° del Código de castigo. Ello pues se esclareció en lo medular, que una organización criminal compuesta por varias personas y que operaba tanto en República Dominicana, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile, se dedicaba a promover y facilitar el ingreso ilegal de inmigrantes de origen dominicano, hacia nuestro país, a cambio de dinero, conducta que desplegaron en forma reiterada, durante a lo menos junio de 2013 a mayo de 2016.

Análisis de las causales de nulidad.

Octavo: Que según ya está dicho, como causal principal del recurso de nulidad interpuesto en autos, se hizo valer aquella contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, “cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Para fundar la causal antes aludida, el impugnante refiere haberse afectado el principio del juez natural y por consiguiente el debido proceso; hace referencia también a la inexistencia de norma que otorgue jurisdicción a los tribunales nacionales para conocer de delitos con principio de ejecución en el extranjero y cometidos por extranjeros contra extranjeros; a su vez controvierte la naturaleza del delito de trata de migrantes en cuanto ser aquel atentatorio solo respecto de las normas legales propias al ingreso regular de personas a territorio de un Estado y no

contra derechos fundamentales de las personas objeto del tráfico, aspecto que *per se* contribuiría a desestimar la aplicación del principio de universalidad, que, entiende el recurrente, sería el argüido por el Tribunal de Juicio Oral de la ciudad de Arica, para justificar su jurisdicción.

Finalmente, ante la eventualidad de existir jurisdicción por parte del Estado de Chile, para conocer de los hechos que motivaron el juicio, refiere que igualmente se procedió a un juzgamiento por parte de un órgano sin competencia para aquello, habida cuenta que aquel que debió conocer es, concretamente, alguno de los Tribunales de Juicio Oral dependientes de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Noveno: Que, a efectos de entender adecuadamente como se resuelve el primer capítulo de nulidad, es necesario plantear algunos aspectos relevantes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, como de sus Protocolos Adicionales, tanto para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, como contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que incorporan figuras criminales, que pueden ser cometidas por individuos o por entidades corporativas, como lo es la participación en un grupo delictivo organizado.

Es la propia Convención la que establece criterios a efectos que los diversos Estados parte adopten en sus respectivas legislaciones internas normas efectivas que sancionen este

tipo de criminalidad –delincuencia organizada transnacional– y explica los parámetros en base a los cuales se entenderá que el delito tendrá el carácter de transnacional; al respecto, aunque su normativa no es autoejecutable y requiere la adopción de medidas internas para hacerla efectiva, las definiciones que esos cuerpos normativos han dado para definir las conductas lesivas, han sido tomadas textualmente por el grueso de las legislaciones penales de los Estados parte, entre ellos Chile, que suscribió la Convención y sus Protocolos, en el año 2004.

Es relevante destacar, como primer punto, que es la propia Convención, la que en su artículo 3° Ámbito de Aplicación, establece en lo pertinente, que salvo disposición en contrario, ella se aplicará a la prevención, investigación y además el juzgamiento de los delitos que se tipifiquen conforme a su normativa, cuando aquellos tengan el carácter de transnacional y entrañen la participación de un grupo organizado; acto seguido, el propio artículo señala qué se entiende por delito de carácter transnacional, esto es: si se comete en más de un Estado; se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado, o se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Luego en su artículo 4°, Protección de la soberanía, se estatuye: “(los) Estados parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

(...) Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades”.

Finalmente, el artículo 15 de la Convención de Palermo, ratifica el principio de territorialidad y establece algunas excepciones, basadas en los principios de personalidad o nacionalidad, real o de defensa y de universalidad, muchos de los cuales se encuentran recogidos en el artículo 6° de nuestro Código Orgánico de Tribunales.

Así, en el numeral 1° del artículo 15 se reconoce el principio de territorialidad del Estado al establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, cuando sean cometidos en el territorio del Estado o a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito; en el número 2° se reconoce el principio de nacionalidad, permitiendo al Estado parte establecer su jurisdicción cuando el delito se cometa contra uno de sus nacionales o el delito sea cometido por

uno de sus nacionales; por último, en el mismo numeral, se recoge el principio de universalidad, pudiendo el Estado parte establecer su jurisdicción cuando se trate de un delito cometido por un grupo delictivo organizado con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio.

Décimo: Que, de la normativa expuesta en la motivación precedente, aparece de manifiesto que la Convención, estableció en su ámbito de aplicación, no solo la pertinencia de su articulado a los efectos de prevenir e investigar las conductas ilícitas que describe, sino fundamentalmente a la de su juzgamiento, aspecto propio y privativo de la jurisdicción de un Estado, entregando criterios amplios referidos a cuando aquel podrá conocer y sancionar los delitos de carácter transnacional, siendo trascendente entre aquellos, tanto el establecido en el artículo 3° del Tratado en comento, cuando refiere que el delito transnacional podrá juzgarse si se comete en más de un Estado, en la medida que tenga efectos sustanciales en otro Estado; norma la anterior, en todo coincidente con la del artículo 15 de la misma Convención, en aquella parte que permite al Estado parte establecer su jurisdicción, cuando se trate de un delito cometido por un grupo delictivo organizado con miras a la comisión de un delito grave dentro de su propio territorio, lo que ha dado en mencionarse como principio de universalidad.

En consecuencia, la aparente falta de jurisdicción alegada por la defensa no es tal, puesto que es la propia Con-

vención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por Chile junto a sus dos Protocolos adicionales, con fecha 29 de noviembre de 2004, la que consagra la norma de conocimiento, misma que es adecuadamente incorporada al ordenamiento jurídico nacional, por no ser autoejecutable, a través del numeral 8 del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, cuando refiere que quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República, comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias.

Lo anterior entonces implica por un lado, que mientras la labor de recepción de los tipos penales, realizada a través de la dictación de la Ley N° 20.507, permitió incorporar a nuestro catálogo de delitos, con una fecha cierta, las conductas comprendidas en un tratado ratificado por Chile, cumpliendo así el Estado con su obligación internacional de dar cumplimiento a aquello a lo cual se obligó, no fue necesario realizar el mismo ejercicio, en aquella parte referida a la atribución de jurisdicción a nuestros Tribunales de Justicia, para conocer de aquellos delitos, puesto que la norma habilitante, preexistía en nuestro ordenamiento jurídico, en el Código Orgánico de Tribunales.

Finalmente y sobre el punto, vale referir que la dictación de la Ley N° 20.507, que traslada al derecho nacional descripciones de hechos que internacionalmente se ha consentido en sancionar y estaban contemplados en un tratado suscrito y ratificado por

nuestro país, lo ha sido en respeto del principio de tipicidad y particularmente de legalidad de la pena, puesto que las conductas referidas en los instrumentos internacionales, no contemplan una sanción aparejada a su perpetración, razón por la cual debe el estado parte dictar la pertinente ley, siendo una particular excepción el Estatuto de Roma, el que además de establecer conductas punibles a título de crímenes de lesa humanidad, de guerra, de agresión y genocidio, aparejó a aquellas un sistema de penas máximas, lo que hizo exclusivamente en el entendido que dicho estatuto creó igualmente un Tribunal Penal Internacional que habrá de actuar en el juzgamiento criminal, cuando el Estado parte llamado a hacerlo, no pueda o no quiera cumplir con su obligación; sin perjuicio de aquella particularidad, igualmente se dictó la Ley N° 20.357, por parte de Chile, dando cumplimiento formal a la recepción de dicha categoría de crímenes, aparejándoseles la sanción penal idónea a nuestro sistema punitivo.

Undécimo: Que en cuanto a la figura específica de tráfico de migrantes, y su naturaleza, también cuestionada en parte por el recurrente, aquella se definió en el artículo 3° del Protocolo referido al tráfico ilícito de migrantes, por tierra, mar o aire, que complementa la Convención de Palermo, como: “la facilitación de 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 u otro beneficio de

orden material” y además el Protocolo refirió que por entrada ilegal: “se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”.

En cuanto al ámbito de aplicación, el antedicho Protocolo, pretende la prevención, investigación y penalización (por los ordenamientos jurídicos nacionales), de las conductas descritas con arreglo a aquel, cuando aquellas sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado; así como la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos.

En consecuencia, es cada Estado parte quien adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, entre otras conductas, el tráfico ilícito de migrantes, contemplando igualmente circunstancias que agraven aquel, entre las que se cita el poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados o dar lugar a un trato inhumano o degradante de dichos migrantes. Es también aporte de la Convención –lo que permite precisar igualmente la naturaleza de los bienes jurídicos que los tipos penales que se han establecido protegen–, el estatuir que los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal, por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas de tráfico enunciadas.

Por su parte, y solo a modo comparativo, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, refiere que la trata contiene tres elementos separados: una acción que consiste en la captación, transporte, traslado, acogida o la recepción de personas; el empleo de la amenaza, la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios, para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra; y una finalidad de explotación, incluyendo 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. Estas acciones, medios y finalidades, deben estar presentes para que la Convención sea aplicable, salvo en el caso de los menores de 18 años, en que no es necesario que concurra la segunda circunstancia.

La definición de trata acordada no requiere que las víctimas crucen la frontera de su país para ser consideradas como tales, ya que el elemento clave en el proceso será la explotación y no tanto el carácter transfronterizo, a diferencia del tráfico de migrantes.

De los párrafos anteriores aparece una difícil distinción en los hechos, entre personas víctimas de trata y víctimas de tráfico ilícito, conceptos que pueden llegar a confundirse; sin embargo, aun cuando el tráfico de migrantes se caracteriza por apoyar

el desplazamiento de personas como parte de una actividad lucrativa, sin que —necesariamente y al menos en el inicio de la conducta— concurren las figuras de coerción y explotación de las personas involucradas, ello puede perfectamente mutar durante el desarrollo del ilícito, pues los migrantes que intentan entrar en un nuevo país sin autorización, resultan ser particularmente vulnerables a la explotación tanto de quienes los trasladan como parte de la asociación dedicada a ello, como al interior del Estado al que llegan, habida cuenta de su precaria situación.

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes abarca, entonces, la facilitación de 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 u otro beneficio de orden material.

La adecuación normativa penal, derivada del desarrollo internacional de la materia relativa a tráfico de migrantes y trata de personas, así como de los compromisos asumidos por Chile en la materia, como ya se señaló en consideración previa, motivó la dictación de la Ley N° 20.507; los delitos contemplados en la antedicha norma, se enmarcan en el ámbito de las conductas declaradas como delitos de carácter transnacional, de acuerdo fundamentalmente a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los Protocolos de

Palermo, incorporándose así al Código Penal diversos tipos destinados a sancionar el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (artículos 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies), agrupados en un nuevo párrafo 5 bis bajo la denominación “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”, incorporado en el Título VIII del Libro II, del Código Penal, correspondiente a los “Crímenes y simples delitos contra las personas”.

El artículo 411 bis del Código Penal, constituye un tipo básico que pretende abarcar toda actuación que tenga por fin el 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 este 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 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”.

En el proyecto de ley, se indicó que las conductas que propenden al tráfico irregular de migrantes constituirían un delito contra el Estado, referido particularmente a la violación a las normativas migratorias, que buscan la protección del orden socioeconómico y amparar aspectos propios a la seguridad, a diferencia de la trata, que sería un delito contra las personas, quienes son víctimas de explotación (Historia de la Ley N° 20.507, pág. 46).

Sin embargo, no se debe perder de vista que instrumentos como la Convención de Palermo y sus Protocolos, persiguen la protección de la persona ante violaciones de sus derechos humanos y no de las políticas migratorias de los Estados parte. Al respecto, el Tribunal Supremo español, ha fijado el criterio que el bien jurídico protegido en estas hipótesis típicas, necesariamente deberá ser la dignidad de la persona, constituyendo el tráfico ilegal de migrantes “un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los (...) extranjeros frente a una nueva forma de explotación (... en la que) se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio de una cantidad de dinero para ellos desorbitada, (que) abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero que en la condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad a la marginación “ (STS (S. 2ª) de 5 de febrero de 1998).

En cuanto a las hipótesis descritas y sancionadas, se castiga cualquier acto de promoción o facilitación de entrada

ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, actividades que perfectamente pueden ser desplegadas por extranjeros en el extranjero y que indudablemente tienen como destinatarios a extranjeros no residentes, siendo lo relevante al respecto, a diferencia de las conductas de trata de personas, el traspaso final de las fronteras del Estado que ha sido promocionado y respecto del cual ha sido facilitado el ingreso irregular; en este orden de ideas, la figura del artículo 411 bis señalado 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 como parte de una cadena de traslado transnacional, que concluye con la entrada ilegal al país, infringiendo así las normas de migración establecidas en el Decreto Ley N° 1.094.

Finalmente, en los casos descritos por la norma, en que se pusiere en peligro además la integridad física o salud del afectado; su vida, o si este fuere menor de edad, se estará en presencia de hipótesis delictivas agravadas y pluriofensivas, que afectan bienes jurídicos diversos y superiores en relevancia a la mera dignidad del migrante “cosificado” como objeto de tráfico. Es entonces con las hipótesis agravadas, con las cuales se pretende dar una respuesta penal a las situaciones de riesgo a las que se somete a los inmigrantes clandestinos en sus desplazamientos y que están indefectiblemente ligadas a los medios utilizados para su traslado, los que pueden implicar peligro con-

creto y ya no abstracto, respecto de bienes jurídicos personalísimos.

Estas hipótesis delictuales más gravosas, constituyen delitos cuyo resultado puede aparecer con la creación de una situación concreta de peligro para el bien jurídico protegido, es por esto, al igual que sucede con todo delito de resultado, que será necesario establecer una relación objetiva de imputación entre el comportamiento desplegado por el grupo que trafica con migrantes y aquella situación de peligro concreto, cuya gravedad habrá de determinarse por los parámetros de la previsibilidad del resultado, tal como se ha razonado en el fallo que se recurre, donde se precisó riesgos ciertos para las víctimas, habida cuenta de las diversas rutas elegidas por la agrupación, para introducirlas o guiarlas de manera irregular al interior de las fronteras de nuestro país.

Por último, el artículo 411 quinquies tipifica la asociación ilícita en los siguientes términos: “Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos de este párrafo serán sancionados, por este solo hecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de este Código”. Esta figura requiere que se reúnan además de los requisitos de permanencia y jerarquía de toda asociación ilícita, la comisión de a lo menos un delito de aquellos a los que se ha hecho referencia precedentemente y que se corresponda con el objeto de su constitución.

Duodécimo: Que, resueltos los primeros aspectos planteados en la

primera causal del recurso de nulidad deducido, solo queda hacer algunas precisiones. Han sido la propia Convención de Palermo y sus Protocolos, los que establecieron la posibilidad de perseguir y sancionar las conductas de tráfico de migrantes, cuando aquellas tienen un componente transnacional y son ejecutadas por una agrupación; en dicho contexto, hay competencia de los Tribunales de nuestro país para conocer la comisión de los delitos de que se trata, máxime si aquellos, en lo relevante, produjeron efectos sustanciales al interior del territorio de la República, de modo tal, que no se observa afectación alguna al principio de juez natural en el presente juzgamiento, puesto que la Convención en cuestión ha sido debidamente ratificada por nuestro país, recibida por el derecho interno a través de las normas preexistentes de jurisdicción del Código Orgánico de Tribunales y con la dictación de la Ley N° 20.507, que tipificó las conductas referidas en la Convención, aparejándoles sanción a su perpetración, todo lo cual aconteció con bastante antelación a la ocurrencia de los hechos que han sido investigados y sancionados en esta causa.

Es así que no se observa el vicio alegado por la defensa, puesto que el Tribunal que juzgó, ha sido creado por ley antes de la perpetración del hecho punible; se encuentra debidamente investido, cumpliendo así con el mandato constitucional y ha actuado en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo de hechos que revisten características de delito, en base a la norma de atribución

del Código Orgánico de Tribunales, todo lo cual ha sido ventilado y resuelto en un procedimiento legalmente establecido.

En cuanto a la alegación subsidiaria, dentro de la misma causal de nulidad impetrada por la defensa, a efectos que ante el evento de determinarse que existe jurisdicción por parte de los tribunales chilenos, para conocer de los hechos acaecidos fuera del territorio nacional, deberían ser los únicos capaces de conocer y juzgar, los Tribunales Orales en lo Penal dependientes de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Al respecto, aquella alegación carece igualmente de relevancia, habida cuenta de las normas específicas de preclusión de los conflictos de competencia y de las reglas de radicación y prevención, establecidas en los artículos 74 del Código Procesal Penal y 109 y 112 del Código Orgánico de Tribunales, respectivamente.

Finalmente, la alegación referida por la defensa en su recurso, en cuanto a que se viola por los Tribunales Nacionales, la soberanía de otro Estado parte en la Convención, en concretó Perú; ello según lo prescrito en el artículo 4 del Tratado, es también una alegación carente de fundamento, habida cuenta de todo lo ya expuesto, valorado y razonado, pues la Convención de Palermo lo que proscribe es que algún Estado, ejerza jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese otro Estado reserve exclusivamente a sus autoridades, y en su territorio; empero en el juzgamiento de que se trata nada de ello ocurrió: la jurisdicción ha sido

ejercida por los Tribunales de la República, respecto de delitos de asociación ilícita para el tráfico de migrantes y tráfico de migrantes reiterado, que afectó sustancialmente al Estado que juzga, y habiendo mediado incluso sendos procesos de extradición, en los cuales Perú, aceptó la entrega de los requeridos, en el entendido que quien tenía no solo jurisdicción, sino también competencia para juzgar, eran los Tribunales de Justicia de Chile y no los propios, por considerar que se afectaban bienes jurídicos del Estado requirente.

Decimotercero: Que, como primera causal subsidiaria, se hizo valer por la defensa la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es: “Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, señalando, con similares fundamentos a los vertidos en la causal principal, que habrían sido erróneamente aplicados los artículos 6° y 411 bis del Código Penal, artículo 6° numeral 8° del Código Orgánico de Tribunales y artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política de la República.

Decimocuarto: Que, habida cuenta de lo expuesto y razonado en las motivaciones previas, tampoco se aprecia conducente la presente causal subsidiaria de nulidad, toda vez que no existe aplicación errónea por parte del Tribunal de Juicio Oral de la ciudad de Arica, de las normas que el recurrente observa.

Así las cosas, se determinó que es precisamente el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, en su numeral 8° el que otorga la jurisdicción a los Tribunales chilenos para conocer concretamente de las infracciones a que hace referencia la Convención de Palermo y sus Protocolos; en dicho orden de ideas, la norma de los artículos 6° del Código Penal y 157 del Código Procesal Penal, quedan entonces exceptuadas, puesto que para conocer de los delitos transnacionales de que se trata y específicamente del tráfico de migrantes realizado por una organización criminal, basta con que se produzcan los efectos del delito (el ingreso irregular de migrantes al país promovido), aunque parte sustancial de aquel ilícito (tanto la promoción misma, como parte de la facilitación) se haya cometido en el extranjero, según refieren las normas atingentes al ámbito de aplicación de la Convención, referidas en su artículo 3°. En consecuencia, no habiéndose afectado el principio de juez natural, por haber sido juzgados los justiciables por un órgano que reviste la naturaleza de Tribunal de Justicia y en el ejercicio de la jurisdicción, es que tampoco se aprecia afectación alguna al debido proceso.

Decimoquinto: Que, habiéndose establecido por esta Corte que, no existió infracción de garantías fundamentales al procederse al juzgamiento de los hechos ilícitos de que se trata por el Tribunal Oral en lo Penal de la Ciudad de Arica, de la misma manera que aquel sentenciador en el pronunciamiento de la sentencia, tampoco incurrió en

una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la causal de nulidad principal y la primera subsidiaria del arbitrio en estudio, serán desestimadas.

Decimosexto: Que, como segunda causal subsidiaria de nulidad, la defensa ha incoado la del artículo 373 letra a), en lo particular, derecho a un juez imparcial, ello por cuanto entiende que el magistrado Eduardo Rodríguez Muñoz, juez redactor del fallo que se pretende anular, es cónyuge de doña Érika Romero Velásquez, Fiscal Jefe de Arica y Parinacota, existiendo por tanto, un vínculo entre el juez y la parte acusadora, en virtud del principio de unidad de acción; hace presente que la investigación que dio origen al presente juzgamiento, fue asumida personalmente por la Fiscal Regional de Arica y Parinacota, jefa directa de la cónyuge del magistrado sr. Rodríguez Muñoz, quien, además, habría deducido recursos disciplinarios en contra de jueces de la jurisdicción, cuando las decisiones adoptadas por el órgano jurisdiccional no han sido satisfactorias a sus intereses, existiendo un interés especial del Ministerio Público en la obtención de una sentencia condenatoria en la causa, por lo que la integración del juez cuestionado, en el presente juicio seguido ante el Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de Arica, no otorga garantías de imparcialidad al recurrente. Igualmente refiere que el tribunal demostró su falta de imparcialidad, además en la sentencia, al pronunciarse respecto

de los elementos para determinar en abstracto la pena, dado que el tribunal simplemente “copia y pega” las mismas consideraciones, demostrando lo que el recurrente califica como desdén frente a la presente causa; hace presente que el juez Sr. Rodríguez, fue instado por su parte a que se inhabilitara de conocer el juicio, pero en lugar de ello, tomó parte en la discusión en la que se desestimó su inhabilidad, y finalmente explica que la falta de imparcialidad que alega, se puede apreciar en la sentencia, en lo que dice relación al *quantum* exacerbado de pena, respecto de la que fue solicitada por parte del ente persecutor, estableciendo como concurrente un agravante respecto de Yemeyel Morales Álvarez.

Decimoséptimo: Que, en el presente capítulo de nulidad, se alega ya no la falta de juez natural, sino la de juzgador independiente e imparcial, para lo cual se sustenta principalmente en la circunstancia de ser el magistrado Sr. Rodríguez Muñoz, cónyuge de la Fiscal Jefe de Arica y Parinacota. Se refiere igualmente que dicho vínculo matrimonial incidiría en el ánimo del juzgador, por cuanto en virtud del principio de unidad de acción del Ministerio Público, cada fiscal representa a la institución y además porque la jefe directo de la cónyuge del Sr. Magistrado, habría tomado parte directa en la investigación y ciertas audiencias habidas durante la sustanciación del juicio, deduciendo incluso acciones disciplinarias contra jueces que dictaron resoluciones contrarias a los intereses de la acusadora.

Decimoctavo: Que, tal como se enunció en consideraciones previas, la estructura jurisdiccional del Estado se sustenta principalmente en base a tres garantías, la de juez natural, ya desarrollada a propósito de la causal principal de nulidad y de la primera causal subsidiaria; el juez independiente y el juez imparcial.

Respecto al juez independiente, aquel derecho arranca de lo prescrito en el artículo 73 de la Constitución Política de la República, cuando entrega a los Tribunales de Justicia establecidos por la ley, la facultad de conocer las causas civiles y penales, resolverlas y hacer cumplir lo resuelto, estableciendo igualmente una prohibición a las demás autoridades en el sentido de no avocarse causas pendientes, no revisar los fundamentos de las resoluciones, ni tampoco revivir procesos fenecidos, estableciendo en consecuencia un baluarte a la institución judicial, frente a los demás poderes del Estado.

En segundo término, la independencia abarca igualmente al juzgador, que es quien materialmente deberá conocer y resolver el litigio que se le presente, mismo que desde una perspectiva externa, no debe depender de ninguna otra autoridad o poder del Estado, e interna, esta vez referida a la propia organización judicial, y particularmente, respecto de los estamentos superiores. Lo anterior se traduce entonces, en la actitud desplegada por el juez frente al caso concreto, quien será libre de decidir conforme a su mérito, vinculado al sistema recursivo, que permite por regla de grado, que

otro tribunal conozca y eventualmente revoque lo resuelto anteriormente.

De lo ya asentado, se desprende que en el presente caso no ha existido afectación alguna a la independencia del juzgador, pues no hay antecedente alguno que lleve a sostener que otro poder o autoridad del Estado, han incidido fuera del marco constitucional en la resolución del asunto, y además, porque desde una perspectiva interna, el sentenciador cuestionado, ha formado parte de un tribunal colegiado que ha resuelto el caso sometido a su conocimiento quedando luego desasido y operando el sistema recursivo a efectos de revisar y resolver los vicios de nulidad de que pueda adolecer tanto el procedimiento, como el fallo dictado en el juicio, aspecto que no se ha visto empañado de manera alguna.

Decimonoveno: Que, en consecuencia, resta examinar si en el presente juzgamiento, se ha afectado la garantía del juez imparcial, en base a los hechos en los cuales se ha fundado la causal de nulidad subsidiaria de que se trata.

A saber, la imparcialidad del juzgador en el sistema procesal penal, tiene un ámbito muy preciso, habida cuenta que no es el juzgador, sino otro el órgano constitucionalmente encargado de la investigación y posterior acusación, de modo tal que aquella habrá de darse particularmente al momento de decidir y se traduciría principalmente en el estudio de las implicancias y recusaciones.

Así las cosas, lo primero que ha de acotarse es que la pretendida inhabilidad intentada respecto del juez cuestio-

nado, lo es por mantener vínculo matrimonial con la fiscal jefe del Ministerio Público de Arica y Parinacota, misma que según se refirió en estrados no tuvo participación alguna en la investigación que culminó en el fallo que se recurre; así las cosas, solo refiere el defensor en su arbitrio, que la circunstancia de la pretendida unidad de acción del Ministerio Público, respecto a la persecución penal, abarcaría igualmente la vida doméstica de un abogado que se desempeña laboralmente en el Ministerio Público, siendo tan solo una de los muchos profesionales que desarrollan funciones de distinto tipo para la antedicha institución.

En consecuencia, la única circunstancia que aparece destacada por la defensa, respecto al juzgador de que se trata, es su vínculo matrimonial con una fiscal que no ha tomado parte en la investigación llevada adelante en la presente causa; circunstancia que *per se* no reviste entidad suficiente para entender como concurrente una inhabilidad para conocer de un juicio a un magistrado que, además, está obligado a ello en virtud del principio de inexcusabilidad.

Finalmente, las demás alegaciones referidas por la defensa, respecto a la exacerbación de pena y eventual poca acuciosidad del juzgador al momento de fundar aspectos inherentes a su *quantum*, escapan de la causal invocada, toda vez que dan cuenta de un acuerdo adoptado por un tribunal colegiado y que quedó plasmado en una sentencia, razón por la cual no se aprecia tampoco que en ello aparezca

una vinculación manifiesta entre el vínculo matrimonial que afectaría a tan solo uno de los integrantes del Tribunal y la decisión misma a la que se arribó en la sentencia.

En cuanto a los recursos disciplinarios deducidos por el Ministerio Público en la presente causa, respecto de otros juzgadores, no se aprecia tampoco como su interposición pueda desviar una decisión de un tribunal colegiado, máxime si los recursos existen precisamente para ser deducidos en las situaciones que puedan ameritarlo, mismo razonamiento que puede derivarse de la alegación referida a la inhabilidad planteada por el recurrente respecto a la eventual implicancia o recusación del juez cuestionado, lo que tampoco está claro en lo referente a causal y procedimiento empleado, derivado de la naturaleza de la misma, habiéndose desistido el recurrente de la prueba ofrecida para aclarar el punto.

Vigésimo: Que, atendido en lo expuesto precedentemente, la infracción denunciada carece de trascendencia, toda vez que salvo la existencia de un vínculo matrimonial entre uno de los jueces que participó en el fallo que se pretende anular por la defensa y una fiscal del Ministerio Público que no tomó parte alguna en la causa que fue finalmente juzgada por aquel tribunal, no se aprecia en consonancia con las exigencias que postula la imparcialidad de todo juez, ni que puedan existir motivos plausibles para desconfiar de la falta de aquella y que el juez Sr. Eduardo Rodríguez Muñoz, hubiere debido inhibirse de conocer este caso.

Por estas razones se desestima igualmente el presente capítulo subsidiario de nulidad.

Vigésimo primero: Que, como tercera causal subsidiaria, se ha hecho valer por la defensa, la del artículo 373 letra b), esto es “Cuando en la sentencia se hubiere realizado una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, por cuanto el tribunal aplicó una pena superior a la legalmente establecida respecto del delito de asociación ilícita, pues refiere el recurrente que los acusados fueron condenados por el delito base contenido en el artículo 411 bis del Código Penal, el cual trata sobre el delito de tráfico de migrantes, norma que establece para el ilícito en abstracto, una pena de simple delito, pero a efectos de determinar el cuanto de pena, se hizo aplicación a aquella en concreto, a la que se arribó mediante normas de agravación que no constituyen un delito diverso.

Vigésimo segundo: Que, el delito de asociación ilícita referido en el artículo 411 quinquies del Código Penal, dispone: “Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos de este párrafo serán sancionados, por este solo hecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de este Código”. En consecuencia, existe un reenvío al tipo previsto en el artículo 292 del Código de castigo y sancionado en los artículos 293 y 294 del citado cuerpo legal.

Las precitadas normas, requieren para que se configure el delito, que concurran diversos requisitos, que la

doctrina y la jurisprudencia señalan, a saber: participación concertada de varias personas, esto es, pluralidad o multiplicidad de individuos; jerarquía que se manifiesta dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento, o sea, alguno de sus miembros deben ejercer funciones de mando y otros acatar las órdenes e instrucciones, y debe existir cierto grado de organización, lo que significa que cada uno debe cumplir funciones o tareas específicas, dependientes una de otras, para cumplir el o los fines colectivos e instrumentales a los de la agrupación; estabilidad y permanencia en el tiempo; objeto común y preciso de los miembros, ergo, la finalidad de la organización criminal debe ser la comisión de crímenes o simples delitos; convergencia de voluntades en el sentido que el dolo de los integrantes debe ser común al de todos los miembros, considerando el objetivo criminal que tienen y las tareas específicas que a cada cual le corresponde; y medios y recursos para llevar a cabo sus fines delictivos, los que deben ser adecuados a aquellos para los cuales la asociación fue creada.

En cuanto a sus requisitos típicos, la doctrina nacional y extranjera coincide en que se está en primer lugar ante una asociación cuando se verifica la reunión de más de una persona, (es decir, al menos dos), y que tiene cierta permanencia en el tiempo. Así, Muñoz Conde, en relación a la expresión “asociación”, señala que “debe recurrirse al significado gramatical o lingüístico de dicho término, y entender por tal toda unión

de varias personas organizadas, para la consecución de los fines ilícitos”.

El segundo requisito típico está concernido a la finalidad a la que se dirige la actividad de los miembros de la asociación, cual es la “de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades”, por lo tanto, tendrá carácter de ilícita, en los términos del artículo 292, toda asociación cuyos miembros tengan, entre las finalidades que los motiva a reunirse, la voluntad de realizar conductas que se encuentran penalmente tipificadas. En ese sentido se pronuncia Etcheberry, quien entiende que “la perpetración de atentados, quiere decir en realidad la perpetración de delitos”.

También, sobre la materia, resulta ilustrativo lo que señala Mario Patricio Ruiz Zurita, en su libro “El delito de asociación ilícita”, Ediar Editores Ltda., año 2009, página 121, en orden a que: “El delito prevé la integración de dos o más personas en el cometimiento de los hechos. A la par de la permanencia y del acuerdo de voluntades tendiente a la ejecución de planes para cometer delitos determinados, resulta importante analizar el grado de pertenencia que tienen hacia la sociedad criminal todos y cada uno de sus miembros. Ello no exige por sí una actividad material, sino la de estar intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o unirse al ya formado; o sea coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos. La participación como coasociado presupone la conciencia

del objeto del pacto y la voluntad de ligarse con él”.

Vigésimo tercero: Que esta Corte ha señalado sobre el delito de asociación ilícita, lo siguiente: “Que, como ya ha tenido oportunidad de expresar este tribunal en el ingreso N° 5576-07, sentencia de siete de agosto de dos mil ocho, en el delito de asociación ilícita, su concepto debe quedar perfectamente deslindado o delimitado de los supuestos de codelincuencia o de transitorio consorcio para delinquir. La asociación u organización criminal comprende todos los supuestos en que dos o más personas elaboran en común un proyecto delictivo, de acuerdo con un programa y medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple concierto de voluntades o *pactum scaeleris*. De esta forma, son notas diferenciadoras de la idea asociativa u organizativa: la forma jerárquica de la misma, en la que unas personas, con mayor responsabilidad, dan las órdenes a otras que las ejecutan, donde las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito; el reparto de papeles o funciones, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo; que dicha asociación u organización criminal posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus fines ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de una red criminal.

La jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para determinar o llenar de contenido el tipo delictual, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal...” (N° 7712-2008). También que “...el tipo penal en estudio exige como elementos del mismo “la existencia de una organización más o menos permanente y ordenada, con sus jefes y reglas propias, destinada a cometer un número indeterminado de delitos también más o menos indeterminados, en cuanto a su fecha y lugar de realización...” (scs. 19.07.1978, *RDJ. LXXV,561*)” (N° 5899-08).

Vigésimo cuarto: Que, de la lectura del motivo décimo cuarto de la sentencia impugnada, se advierte que el tribunal adquirió convicción, más allá de toda duda razonable, que se acreditó, en lo que interesa, lo siguiente: “ (...) la existencia de un grupo de personas que se asoció y organizó para atentar contra el orden social y las buenas costumbres, ejecutando el delitos de tráfico de migrantes, en que las víctimas son personas extranjeras, de ambos sexos, de nacionalidad dominicana, y en el que cada uno de sus integrantes realizaba diversas funciones al interior de la organización, todo lo cual era esencial para el funcionamiento y mantención de la misma.

Se trata de una organización jerarquizada liderada por una mujer, Soledad Maquera Clabetía, apodada “Soledad”, y sus asociados eran los

eslabones fundamentales para la obtención del propósito de la estructura criminal, esto es, cometer ilícitos de tráfico de migrantes. Soledad Maquera Clabetía, que se encargaba de tomar decisiones y del cobro de dineros, determinaba rutas y misiones, cada vez que había problemas tomaba los cursos de acción a realizar; le seguía Juan Richard Castillo Vilca, a quien apodaban “Arturo”, que de acuerdo con los datos arrojados por la investigación policial era compadre de “Soledad”, ya que esta era madrina de su hijo con Gloria Tapia Salamanca.

Soledad Maquera Clabetía, Juan Richard Castillo Vilca y Kliver Arthur Zárate Sunción contactaban a ciudadanos dominicanos, aprovechándose de su difícil situación económica y social en República Dominicana, y les ofrecían un “paquete turístico laboral”, para lo que se les pedía ingresar a Ecuador, siguiendo las instrucciones que se les daba, contactándose por teléfono, mensajería *whatsapp* u otras redes sociales con miembros de la organización, principalmente, “Soledad”. Además, en República Dominicana había un sujeto apodado “Francis”, quien presumiblemente trabajaba en el palacio presidencial, así como varios otros agentes locales que no pudieron ser identificados durante la investigación, que actuaban como captadores, ofreciéndose a efectuar el contacto con la organización, ayudando a los migrantes a comprar pasajes a Ecuador, en algunos casos con escala en Colombia, y siempre con reserva en un hotel determinado, en donde, por

lo general, eran contactados por Kliver Zárate Sunción, apodado “Kliver” o “Steven”, quien era acompañado de Kharlo Allan Zárate Sunción, apodado “Kharlo”, “Cojo” o simplemente identificado por la víctimas migrantes como el “compañero de Kliver” o el “hermano de Kliver”.

En el sector de Ecuador con Perú, por tanto, quien se encargaba de recibir y transportar a las víctimas migrantes era Kliver Zárate Sunción, quien impartía instrucciones a Kharlo Zárate Sunción, teniendo ambos contactos con Soledad Maquera Clabetía y con Juan Castillo Vilca. En el sector fronterizo “Kliver” y “Kharlo”, se encargaban de que los migrantes cruzaran la frontera de Ecuador con Perú, haciéndoles ingresar por el costado de los pasos fronterizos o los hacían pasar furtivamente al interior de unos mototaxis. En este sector también operaba un sujeto apodado el “Chino”, que no pudo ser identificado, que colaboraba con “Soledad” y “Arturo” en el traslado y acopio de los migrantes.

En el caso de Perú, después de actuar Kliver y Kharlo en la frontera, comenzaba a operar Mercedes del Rosario Calderón Uriola, apodada “Meche”, que se encargaba de hacer el traslado de Sullana al sur, pero también hay registro de que cuando Soledad no podía realizar la recepción en Tacna, ella lo hacía. En cuanto al sector de Lima, Ilo y Tacna, operaba Reyna Isamar Huaranga Maquera, respecto de quien se refieren como “Isamar” o “La hija de Soledad”, y su expareja, David Moisés Ubillus Pasapera, simplemen-

te identificado como “David”. De acuerdo con la investigación policial, existen antecedentes proporcionados por las víctimas que permitieron establecer que este último habría recibido colaboración de su hermano Josué Ubillus Pasapera. Tanto Reyna Isamar Huaranga Maquera, apodada “Isamar”, como David Ubillus Pasapera, llamado “David” realizaban el transporte de las maletas de las víctimas desde Tacna a Arica, ayudando en esto a “David”, cuando “Reyna” no lo hacía, Melissa Maquera Condori, una sobrina de Soledad. En Tacna Yemeyel Morales Álvarez, apodado “Jimmy” y en alguna ocasión “Frank”, recibía instrucciones directas de Soledad Maquera Clabetía, apodada “Soledad”, y de Juan Castillo Vilca, apodado “Arturo”, encargándose del cobro de dinero a algunas víctimas cuando “Soledad” no se encontraba, le daba cuenta a “Soledad” de algunas situaciones, también se encargaba de transportar las maletas de las víctimas en la ruta Tacna-Arica, en conjunto con Lisbeth Huaranga Maquera, la otra “Hija de Soledad”, también apodada “Lisbeth”, y en algunos casos con la colaboración de su hermano Kevin Morales Álvarez. Yemeyel Morales Álvarez se encargaba de verificar todo lo que ocurría en el sector Tacna-Arica y de distribuir a las víctimas hacia el sector sur. También participaba el hermano de “Soledad”, de nombre Javier Maquera Clabetía, quien colaboraba en el traslado de las víctimas de Tacna a Desaguadero y posteriormente a Bolivia. En este sector también intervenía un sujeto apodado el “Veco”, que no

pudo ser identificado, que colaboraba con “Soledad” en el traslado y acopio de los migrantes.

Tratándose de la Ruta por Bolivia, estaba Gabriel Ayca Lutino, apodado el “Chichigüero”, que recibía la colaboración de su esposa Sulma Ayma Moya de Ayca y de su hijo Rafael Ayca Mamani, que se encargan del traslado, acopio y cruce de frontera de los migrantes y además mantenían el contacto con otras organizaciones que los apoyaban en el traslado y acopio de los migrantes, surgiendo de la investigación solo los nombre o alias de Álvaro Román y Rubí, que no pudieron ser identificados.

En la mayoría de los casos el monto del viaje en sí era pagado por las víctimas a la imputada Soledad Maquera. Tanto Soledad Maquera Clabetía, Juan Castillo Vilca y Yemeyel Morales Álvarez le hacían entrega a los migrantes de una tarjeta migratoria con los sellos de la Policía de Investigaciones de Chile, que denominaban visa de turista, que supuestamente era el documento que les permitiría estar en el territorio chileno, señalándoles que al ser fiscalizados por la policía tenían que exhibir ese documento. Si bien todos mantenían relación con la líder de la organización, eran Reyna Isamar Huaranga Maquera, David Ubillus Pasapera, Yemeyel Morales Álvarez, Mercedes Calderón Uriola, Kliver Zárate Sunción y Gabriel Ayca Lutino quienes mantenían contacto directo con “Soledad” y, de igual forma, con “Arturo”.

Hasta el año 2015 la organización utilizó la colaboración de guías, que

se encargaban de recibir a las víctimas migrantes dominicanas en el sector de Los Palos, en Perú, para pasarlas por pasos no habilitados a Chile; sin embargo, no eran personas permanentes de la organización (...). Posteriormente la organización comenzó a dejar a los grupos de migrantes dominicanos hasta determinado lugar cercano a la frontera con Chile, dándoles indicaciones de cómo continuar su viaje, señalándoles las luces del aeropuerto como referencia, como ocurrió con el caso del ciudadano dominicano Daniel Sosa, que sin perjuicio de haber recibido indicaciones, al realizar el recorrido de noche por el desierto, el grupo en el que él iba se desorientó y caminó a otro sector, pisando una mina antipersonal, lo que le provocó la pérdida del pie izquierdo.

Además, en tanto jefe de la organización, Soledad Maquera Clabetía tenía la última palabra en lo relativo a los problemas que se suscitaban con los “pasajeros”, como llamaba la organización a los traficados (...).

De esta manera queda claro que Kliver Zárate Sunción, apoyado por su hermano Kharlo Zárate Sunción, realizaban labores operativas dentro de la organización, que tenían que ver con la captación y logística de los traficados, a fin de que los migrantes captados en Ecuador pudieran transitar sin mayores problemas por dicho país, ingresar al Perú, lo que implicaba encargarse de que cruzaran la correspondiente frontera, para dejarlos en su avance hacia Lima y, posteriormente, a su destino en Tacna, donde operaba

el núcleo de la organización, siempre bajo las instrucciones y reconociendo la jefatura de “Soledad”.

En cuanto a la participación de los acusados Reyna Isamar Huaranga Maquera y Yemeyel Morales Álvarez, con sus respectivas parejas, David Ubillus Pasapera y Lisbeth Huaranga Maquera, desarrollaban una labor de mando medio dentro de la asociación. Realizaban labores de recepción de los migrantes traficados en Lima, trasladándolos a los lugares en donde los mantenían acopiados, de hecho hasta que lograban juntar un grupo importante para continuar con el traslado y posterior cruce de frontera, participaban en el cobro de los dineros que se exigía a los migrantes dominicanos por el ingreso a Chile, incluso en algunas ocasiones, cuando las víctimas no disponían de dinero y debían solicitar a sus familiares el envío de remesas, estas eran enviadas a nombre de estos acusados a modo de depósitos internacionales. También estaban presentes o realizaban la entrega a los migrantes de las supuestas visas de turismo, que les permitiría permanecer regularmente en el país. Se encargaban también de la entrega de las maletas de los traficados en Arica, pues retenían las maletas en Tacna y las ingresaban a Chile por el control fronterizo Chacalluta, para entregarlas a los migrantes en Arica, no sin previo pago extra y sin haberles despojado de sus especies de más valor. Su condición de mandos medios responde a los nexos familiares que mantenían con Soledad Maquera Clabetía; de hecho, en el relato de las víctimas traficadas se advierte

un mayor contacto con estos acusados que con la misma “Soledad”, destacan los relatos que dan cuenta de una época en que “Soledad” permaneció privada de libertad y, sin embargo, la organización continuó con sus actividades, manteniendo cada uno de los acusados antes señalados las mismas labores (...).

Tanto Reyna Isamar Huaranga Maquera como Yemeyel Morales Álvarez, que operaban principalmente en el sector de Tacna, donde se encontraba el núcleo de la organización, tenían injerencia en la decisión de la ruta que debían seguir los migrantes para lograr su propósito de ingresarlos ilegalmente al país, de manera que si decidían utilizar la ruta de Bolivia, participaba Javier Víctor Maquera Clabetía, además en el paso de Desaguadero habían locatarios que facilitaban la utilización de las canoas o botes y daban acopio a los migrantes cuando no podían cruzar. Ya en Bolivia, operaba Gabriel Ayca Lutino, apodado “Chichigüero”, su esposa Sulma Moya Ayma de Ayca, su hijo Rafael Gabriel Ayca Mamani, que los trasladaban en buses, furgones hasta el sector de la frontera, en donde los hacían ingresar caminando o al interior de vehículos especialmente acondicionados. Si se optaba por la ruta de Tacna a Arica, los dejaban en Los Palos, a veces con guías y a veces solo los dejaban caminar, para que siguieran solos, o los pasaban en vehículos, pero escondidos, como ocurrió con las víctimas Yakaira Feliz Ramírez y Carolina Morel Hernández, quienes fueron introducidas en un compartimiento entre el asiento trasero y el maletero

del vehículo, que la última describió como una “caja de muertos”, para hacerlas cruzar clandestinamente por el complejo fronterizo Chacalluta.

En lo relativo a la persecución de un fin común, que en este caso es el tráfico ilegal de migrantes a Chile, del cual estaban al tanto todos sus integrantes, este elemento se encuentra establecido, por cuanto se trataba de hombres y mujeres extranjeras, migrantes de nacionalidad dominicana, en búsqueda de mejores condiciones de vida en nuestro país. Así, estas personas después que eran ingresadas al país, quedaban a disposición de personas inescrupulosas que, teniendo o no conociendo acerca de la organización criminal que los había introducido a territorio nacional, les cobraban sumas de dinero por alojarlos en condiciones inhumanas y trasladarlos al sur del país, con colaboración de camioneros y auxiliares de buses. El conocimiento, por parte de cada miembro de la organización, de este fin común resulta evidente, desde que es el motivo que induce desde un primer momento a los migrantes a salir de República Dominicana, por las ofertas de un “paquete turístico laboral” que la misma organización les realiza, que implicaba ser trasladados por varios países a fin de terminar legalmente en Chile, con posibilidades de trabajo y de recuperar la inversión en corto plazo. Con la prueba de cargo, quedó establecido que cada miembro de la organización sirvió al propósito de servir de guía en aquella verdadera posta que debían realizar los migrantes de ciudad en ciudad, de hotel en hotel,

hasta llegar a Tacna, donde les entregaban a los migrantes la supuesta visa de turismo, para ingresar legalmente al territorio nacional, por la vía que la misma organización decidía.

En cuanto a la permanencia en el tiempo, (...) se acreditó a través de las múltiples declaraciones de las víctimas, traficadas en períodos que datan de entre junio de 2013 y mayo de 2016, (...)

En cuanto al requisito subjetivo de la asociación ilícita conocido doctrinariamente como *affectio societatis* o dolo común, (...) existió entre los acusados un dolo de asociarse y pertenecer a una organización que atentaba contra el orden social y las buenas costumbres, cuya finalidad precisa y determinada era la comisión de ilícitos de tráfico de migrantes, existiendo un móvil claro, que era el que este ingreso ilegal le reportara un provecho económico a la organización (...)."

Vigésimo quinto: Que, como puede apreciarse, los hechos establecidos por los jueces del fondo de manera soberana en el ejercicio de sus facultades privativas encuadran en la figura establecida en el artículo 292 del Código Penal, pues configuran los presupuestos que la doctrina y la jurisprudencia consideran para ese efecto, procediendo entonces determinar a los efectos de su punición, cual es la naturaleza del delito objeto de la asociación ilícita.

El artículo 292 del Código Penal establece como delictual a toda asociación formada con fines ilícitos, por el solo hecho de organizarse; a su turno el artículo 293 del mismo cuerpo legal

distingue para su punición la naturaleza del delito cometido, esto es si aquellos son constitutivos de crímenes o de simples delitos.

Lo anterior importa, pues el recurrente refiere que el delito base de tráfico de migrantes se encuentra previsto y sancionado en el artículo 411 bis del Código Penal, como: “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”, siendo claro entonces que aquel se sanciona según lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 293 ya reseñado, dado que la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos y por tanto correspondería una pena inferior a la arribada con error por los sentenciadores.

Entiende igualmente el recurrente que el inciso 3º del artículo 411 bis del Código de castigo, entraña únicamente una norma especial de agravación, en atención a ciertas condicionantes que tornan a la conducta ilícita desplegada, más riesgosa para quien la sufre, como lo es el poner en peligro la vida del afectado o si este fuere menor de edad, caso en el cual la pena se aumentará en un grado.

Vigésimo sexto: Que, ya se resolvió por esta Corte, en la motivación undécima precedente, la naturaleza y bienes jurídicos que entrañan y protegen las figuras de tráfico de migrantes incorporadas a nuestra legislación, en cumplimiento de los compromisos

internacionales adoptados por Chile al momento de suscribir y ratificar la Convención de Palermo y sus Protocolos. En dicho sentido, se hizo la diferenciación inicial entre tráfico de migrantes y trata de personas, reconociéndose que en los hechos la diferenciación entre ambos tipos podría llegar a difuminarse, pero partiendo de la base que mientras el aspecto transnacional es relevante para la primera conducta referida, aquello cede en importancia respecto a la víctima de trata, ante la existencia de explotación.

Así las cosas, dicha primera aproximación llevó a sostener incluso durante la discusión de la ley, que el bien jurídico que tutela el tráfico de migrantes, dice exclusiva relación al respeto que ha de darse a la normativa migratoria que cada Estado soberano impone, empero, tal y como ya se refirió, ello no es aceptable, al menos en forma absoluta, puesto que por un lado la Convención y particularmente los Protocolos de Palermo, son normas dictadas en pos de la protección de las personas objeto de tráfico y trata y no de las normativas internas que cada Estado parte decida darse, de hecho, es la propia ley de migración la que establece perentorias sanciones para quien ingresa al territorio nacional incumpléndolas; aquí en cambio el paradigma muta, pues una persona “traficada” o “tratada”, no podrá en virtud de la Convención, ser sancionada por su ingreso ilegal a un Estado parte, precisamente porque se le reconoce la calidad de víctima.

Despejado entonces aquel primer aspecto, es claro que el primer bien

jurídico que protege el tipo penal genérico de tráfico de migrantes es la dignidad de la persona que al ser “traficada”, pierde parte de aquella condición, equiparándose por aquellos que facilitan y promueven su ingreso irregular al país de destino, a una cosa respecto de la cual obtienen ganancia.

Sin embargo y tal como se adelantó en la motivación undécima ya referida, la conducta de tráfico de migrantes no se agota en la afectación de la dignidad de aquel traficado, lo que se desprende de la misma normativa internacional suscrita y ratificada, que recomienda la punición de figuras más gravosas de tráfico, lo que se concretizó en los incisos siguientes del artículo 411 bis del Código Penal.

En conclusión, existe una tipificación especial referida a los delitos de tráfico de migrantes, particularmente cuando se afecta la integridad física o vida del migrante, situación a la que se ve expuesta la persona por la manera en que es transportada por el grupo que se encarga de su ingreso ilegal al Estado de término de su travesía, por cuanto dicha decisión, en la que habitualmente nada tiene que ver la víctima del hecho, incrementa objetivamente los riesgos de ser afectada su vida u otro bien jurídico particularísimo, de esta manera, no puede sostenerse que la conducta típica base del tráfico de migrantes del inciso primero del artículo 411 bis, se corresponda al mismo ilícito que se pune de manera mayor en el inciso tercero de la norma, puesto que las formas de afectación y

los bienes jurídicos afectados en uno y otro delito son distintos.

Vigésimo séptimo: Que, habiéndose acreditado en el fallo que se recurre, que la totalidad de los ilícitos cometidos por la asociación ilícita dedicada al tráfico ilegal de migrantes, lo fue con riesgo objetivo para su vida, habida cuenta de las rutas empleadas para facilitar el ingreso irregular de aquellas personas víctimas a nuestro país, sin excepción alguna, por tanto efectivamente y tal como lo resolvió el fallo cuya nulidad se alega, en lo pertinente de su considerando vigésimo sexto, se demostró la participación criminal de todos los condenados, en una asociación ilícita para cometer delitos de tráfico de migrantes previstos y sancionados en el artículo 411 bis inciso 3° del Código Penal, hipótesis delictiva que entraña una pena de crimen y que por consiguiente determina la punición de la asociación, según lo dispuesto en el artículo 293 inciso primero del Código Penal, razón por la cual tampoco se aprecia la concurrencia del capítulo subsidiario de nulidad de que se trata, debiendo desestimarse igualmente este.

Vigésimo octavo: Que, como cuarta causal subsidiaria y final del recurso de nulidad deducido por la defensa de los acusados, se interpuso la del artículo 374 letra c), en relación con los artículos 12 N° 16 del Código Penal y 343 del Código Procesal Penal, ello por cuanto el tribunal entendió procedente el agravante de reincidencia específica, respecto de Yemeyel Morales Álvarez,

en el delito de asociación ilícita, cuestión que no fue solicitada por ninguno de los intervinientes, impidiendo así el poder ejercer los derechos que la ley le otorga a la defensa, lo que determinó no imponer la pena en su grado mínimo al acusado de que se trata, fijándola en presido mayor en su grado medio.

Vigésimo noveno: Que respecto de la pretendida causal subsidiaria, al momento de la vista del presente recurso solo se hizo remisión a lo dicho en el arbitrio, de modo tal que ha de entenderse que lo que se alega es por un lado, la circunstancia de haber sido establecida la agravación de que se trata por los juzgadores, exclusivamente respecto del delito de asociación ilícita por el cual se condenó a Yemeyel Morales Álvarez, por cuanto no fue solicitada ni tampoco se habría llamado a los intervinientes, por parte del Tribunal, al observar la concurrencia de un agravante no invocado, a hacerse cargo del mismo, en la oportunidad procesal pertinente.

Igualmente se entiende del razonamiento planteado en el recurso, que se entiende además errada la concurrencia del agravante de reincidencia específica del condenado respecto del delito de asociación ilícita para cometer tráfico de migrantes, respecto de una condena pretérita, ejecutoriada y no prescrita, como autor de tráfico de migrantes, por cuanto ambos ilícitos no serían de la misma naturaleza.

Trigésimo: Que tanto el fundamento formal, que dice relación con la no discusión del agravante, como aquel de fondo, que la considera como de

la misma especie respecto del delito de asociación ilícita para la comisión de tráfico de migrantes, son atendibles, la primera porque efectivamente de no mediar discusión referente a la concurrencia de un agravante de responsabilidad penal, este no podría ser considerado por el Tribunal; de la misma manera que se aprecia suficientemente que los delitos de tráfico de migrantes del artículo 411 bis inciso 3° y asociación ilícita para dicho tráfico, no son delitos de la misma especie, por cuanto el primero es una hipótesis de riesgo concreto que pretende la protección de la persona objeto del tráfico, especialmente de su vida y otros derechos personalísimos, mientras que el segundo es un delito de riesgo abstracto, que mira solamente la primacía jurídica del Estado, por sobre agrupaciones que se desvíen de los altos fines que aquel sirva, conforme al ordenamiento jurídico y propendiendo al bien común.

Trigésimo primero: Que, sin perjuicio de ello, sobre el particular esta Corte ha sostenido que el recurso de nulidad está regido por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal; por consiguiente, para su procedencia deben concurrir sus presupuestos básicos, entre los cuales se encuentra el llamado “principio de trascendencia” que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, en virtud del cual la trasgresión que sustente un recurso de la naturaleza como el de la especie, debe constituir un atentado de entidad tal que importe un perjuicio al

litigante afectado que se traduzca en un resultado lesivo para sus intereses en la decisión del asunto, desde que exige que el defecto denunciado tenga influencia en la parte resolutive del fallo (SCS roles N°s. 12885-15 de 13 de octubre de 2015 y 5363-16 de 3 de marzo de 2016).

Así se ha resuelto también, que la concesión de una agravante que no debió ser considerada, en la medida que no afecte el marco de pena al cual el sentenciador puede arribar legalmente, no amerita la nulidad ni del fallo, ni menos del juicio, dado que no ha existido influencia del vicio en lo dispositivo de la sentencia.

Trigésimo segundo: Que, así las cosas, la infracción denunciada carece de trascendencia, toda vez que, no obstante se prescindiera de la agravante de que se trata, igualmente se habría podido arribar a la penalidad impuesta, atendida la inexistencia de modificatorias atenuantes de responsabilidad penal, razón por la cual se desestima también la presente causal

de nulidad subsidiaria impetrada por la defensa.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letras a) y b), 374 letra e), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa de los acusados Reyna Isamar Huaranga Maquera, Kliver Zárate Sunció, Kharlo Zárate Sunció y Yemeyel Morales Álvarez, en contra de la sentencia dictada con fecha veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho y del juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N° 1600073321-4, RIT N° 291-2018, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del ministro Sr. Cisternas.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros Sres. Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valde-rrama R., Jorge Dahm O.

Rol N° 32695-2018.