



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS

INFORME EN DERECHO

Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas

Claudia Cárdenas Aravena

N° 1/ 2013/ Mayo

Consulte sobre este documento a:

estudios@defensoriapenal.cl

I. Introducción: el ámbito del presente estudio

El presente estudio tiene su origen en un encargo de la Defensoría Penal Pública sobre ciertos aspectos determinados, relativos a la regulación actual de la trata de personas en Chile. De allí que en su desarrollo se da preferencia al esclarecimiento de esos puntos, y aspectos distintos o más generales sólo se abordan en cuanto se considera que sirven para una mejor comprensión de los puntos sobre los que versa el encargo, que son:

- “1. Elementos subjetivos del tipo en la trata simple y en la calificada, concretamente: 441 ter: acotar normativa y dogmáticamente los termino promover y facilitar, referirse a la entrada y salida distinción si esta es lícita o irregular analizar el término ‘Para que ejerzan la prostitución’ y con el objeto de explotación, rol del consentimiento.
2. Respecto del Art. 411 quater: entidad que deben tener los elementos subjetivos como ‘engaño’ y acotar y limitar los verbos rectores, que significa tener autoridad sobre otra persona.
3. Estructura penal del delito de organización ilícita para trata del 411 quintes.
4. Finalmente, referirse acerca de si en estos delitos estamos frente a un delito continuado o de ejecución instantánea de efectos permanentes.”¹

Se han incorporado también algunos puntos que surgieron en una reunión posterior al encargo original.²

¹ Correo electrónico mediante el cual recibí la consulta, el 26 de septiembre de 2012.

² Agradezco los comentarios de Claudia Castelletti Font, Fernando Mardones Vargas y César Ramos Pérez del Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, por sus valiosos comentarios.

II. Generalidades y precisiones terminológicas

1. Generalidades

El 8 de abril del año 2011, y luego de una discusión parlamentaria de más de seis años, se publicó la Ley N° 20.507,³ que “tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”,⁴ lo que da cuenta de que se había detectado en Chile la ocurrencia de este fenómeno delictual.⁵ Al día de hoy existen al menos dos sentencias en aplicación de esta ley.⁶ que modificó el Código penal introduciendo el párrafo 5 *bis* en el Título VIII del Libro II, bajo la denominación: “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”. Hasta abril de 2011, un tipo penal que en los hechos podía abarcar casos de trata era el hoy

³ Esta ley tuvo su origen en una moción presentada por la diputada María Antonieta Saa y los diputados Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes, José Antonio Galilea Vidaurre, María Eugenia Mella Gajardo, Adriana Muñoz D’Albora, Alejandro Navarro Brain, Osvaldo Palma Flores, Jaime Quintana Leal, María Antonieta Saa Díaz. Cfr. el documento “Historia de la ley”, p. 4, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012. El proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.507 se aprobó en todas las instancias por altas mayorías y el apoyo de todos los sectores políticos.

⁴ En general, la investigación de este delito es particularmente difícil, y suele ser complicado llegar a cifras de víctimas (vid., con más antecedentes para Chile, si bien se refiere al periodo anterior a la normativa actual, el documento “Historia de la ley”, pp. 42-44, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012). Múltiples factores confluyen para ello, entre los que destaca el hecho de que las víctimas no siempre quieren dar información sobre los responsables, que acrecienta la cifra negra connatural a cualquier estadística delictual, y la inexistencia de un sistema homogéneo de recopilación de datos. Vid., con más antecedentes, Villacampa Estiarte, Carolina, Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal, Carolina, InDret 1/2012, www.indret.com consultada el 25 de diciembre de 2012, pp. 12-13. A la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen se le ha encomendado revertir en parte esta situación. Dos instrumentos relevantes son el *human trafficking case law database* <http://www.unodc.org/cld/index.jsp> consultada el 25 de diciembre de 2012 y los periódicos *Global report on trafficking in persons*, el último de 2012 puede consultarse en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012.

⁵ Vid., por ejemplo, el documento “Historia de la ley”, pp. 42, 95-96, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

⁶ Vid. la sentencia contra G. M., O. U. M., A. M. A. R., O. G. C., M. P. F. S., por asociación ilícita y trata de personas, RUC 1100440193-1, RIT 199-2012, disponible en [http://www.poderjudicial.cl/noticias/File/Sent%20Rit%20199%202012%20\(asoc%20ilicita%20y%20trata%20de%20personas\).pdf?opc_menu=&opc_item](http://www.poderjudicial.cl/noticias/File/Sent%20Rit%20199%202012%20(asoc%20ilicita%20y%20trata%20de%20personas).pdf?opc_menu=&opc_item), de 7 de septiembre de 2012, consultada el 27 de diciembre de 2012; sentencia contra A. M. P. y otros, por asociación ilícita, trata de personas y tráfico de migrantes, RUC 1001114184-1, RIT 287-2012, de 13 de diciembre de 2012.

derogado artículo 367 *bis* del Código penal, que, empero, era considerado deficiente para dar cuenta del desvalor de la trata de personas.⁷

2. Precisiones terminológicas

a) Trata de personas vs. tráfico de migrantes

Las denominaciones “tráfico de migrantes” y “trata de personas” pueden confundirse, tanto porque es común que los fenómenos a los que se refieren vayan unidos, como porque en inglés se utiliza la expresión “*human trafficking*” para referirse a la trata de personas. Con todo, es necesario distinguirlas claramente, pues se trata de delitos distintos, conforme lo entienden más de 120 Estados, incluyendo Chile, que han ratificado el Protocolos para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (en lo sucesivo Protocolo de Palermo contra la trata de personas);⁸ y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (en lo sucesivo Protocolo de Palermo contra el tráfico de migrantes),⁹ ambas complementarias de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Conforme al artículo 3 del Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas:

⁷ Los casos que fenomenológicamente correspondían a trata de personas o bien no se investigaban o bien se aplicaban otras figuras penales, que no necesariamente captan el desvalor específico de la conducta. Cfr., a saber, documento “Historia de la ley”, p. 43, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

⁸ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado el 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 25 de diciembre de 2003. A la fecha cuenta con 124 Estados Partes, incluyendo Chile desde noviembre de 2004 (vid. <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/countrylist-traffickingprotocol.html>, consultado el 23 de diciembre de 2012).

⁹ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado el 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 18 de enero de 2004. A la fecha cuenta con 135 Estados partes, entre los que se cuenta Chile desde noviembre de 2004 (vid. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en, consultado el 17 abril 2012).

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

Esta definición general se complementa con la letra c) y del mismo artículo, que reza:

“La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará ‘trata de personas’ incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”.

En tanto, según el artículo 3 del Protocolo de Palermo contra el Tráfico de Migrantes, se entiende por tráfico de migrantes la “facilitación de la entrada ilegal al país de una persona no nacional ni residente, para obtener un beneficio material”.

Resulta evidente entonces que cada una de las figuras penales tiene elementos distintos, que podrían coexistir –una persona que ingresa ilegalmente a un Estado queda por ese solo hecho en una situación de desamparo que la hace fácil presa de trata–, pero no lo hacen necesariamente.

Este trabajo se centrará en los artículos 411 *ter*, *quater* y *quinquies* del Código penal, vale decir, en la tipificación chilena de la trata de personas, la asociación u organización para cometer trata o tráfico de personas y en la figura del 411 *ter*, que no es propiamente ni tráfico ni trata sino una figura que tiene elementos de ambos delitos.

b) Trata de personas vs. trata de blancas

En Chile ha subsistido, en parte, una denominación del fenómeno de trata de personas ya superada en el ámbito internacional, la de “trata de blancas”.¹⁰ Esta última denominación es propia de los tratados de inicios del siglo XX, y es indicativa de una serie de restricciones respecto del sujeto pasivo del delito: en aquella época se consideraba que la conducta de trata solamente era punible como tal si se ejercía respecto de mujeres o niñas de raza blanca.¹¹ Sólo con el correr de los años se agregaría como sujeto de protección a los niños varones, y dejaría de darse protección exclusivamente a personas de raza blanca.¹²

Por su parte, la denominación “trata de personas”, que se viene utilizando en el ámbito internacional desde 1949¹³, denota claramente un cambio de paradigma en la materia –fruto sin dudas del reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos– que es el que prima hasta hoy, y conforme al cual cualquier persona puede ser sujeto pasivo de este delito, sin que se proteja especialmente a determinados grupos de personas seleccionados por su raza o género.¹⁴

¹⁰ Incluso durante la tramitación de la Ley N° 20.507 se utilizó reiteradamente la denominación “trata de blancas” (o incluso “tráfico de blancas”) por algunos intervinientes. Vid., a saber, el documento “Historia de la ley”, p. 202, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

¹¹ El fenómeno se conocía como “*white slaves traffic*” o “*traite des blanches*”. Cfr., con más antecedentes, Zimmermann, Sarah. Die Strafbarkeit des Menschenhandels in Lichte internationaler und europarechtliche Rechtsakte, Nomos, 2010, p. 55. Hitos en la materia lo constituyeron el Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas (París, 1904), y Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas (París, 1910), de los que Chile es Estado parte. Fueron publicados en el Diario Oficial de 18 de junio de 1935.

¹² Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921 y Convención Internacional relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de 1933.

¹³ Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 1950.

¹⁴ Todo esto sin perjuicio de que en la fenomenología de la trata de personas las mujeres y niñas sigan siendo las víctimas mayoritarias del delito (75 por ciento de acuerdo al *Global report on trafficking in persons*, el último de 2012 puede consultarse en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012).

III. Sobre la obligación del Estado de Chile de tipificar la trata de personas y su cumplimiento mediante la Ley N° 20.507

La trata de personas es una figura penal que cabe dentro de la categoría del derecho penal de trascendencia internacional.¹⁵ Sin tratarse de una conducta cuya punibilidad arranque directamente del derecho internacional, la comunidad de Estados ha considerado relevante llegar a ciertos acuerdos vinculantes a su respecto, que en este caso particular se traducen en el Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas, del que Chile es parte desde 2004.

En el artículo 5 de ese tratado se contienen obligaciones de penalización para los Estados partes.

“Artículo 5. Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo [que define la trata de personas], cuando se cometan intencionalmente.
2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:
 - a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;
 - b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y
 - c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.”

Estas obligaciones se encuentran limitadas por el ámbito de aplicación del tratado

“Artículo 4. Ámbito de aplicación

¹⁵ Cfr., con más referencias, Werle, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. 2da ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 103, número marginal 121.

A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos.”

Los requisitos de carácter transnacional del delito y participación del crimen organizado, que encuadran la obligación de penalizar del Estado de Chile, al no estar previstos en la tipificación del Código Penal chileno, no limitan la punibilidad de la trata de personas en el derecho chileno, y es así que, haciendo uso de sus prerrogativas generales relativas a la tipificación de conductas como delitos, el Estado de Chile, al tipificar la trata de personas, ha ido más allá de los límites de la obligación adquirida al ratificar el Protocolo de Palermo.

IV. La trata de personas (artículo 411 *quater* del Código penal)

Se ha optado por iniciar el examen de los tipos en particular por la conducta descrita en el artículo 411 *quater* del Código penal, sin seguir el orden que propone el mismo cuerpo legal (iniciando el examen por el artículo 411 *ter*), en razón de que es el artículo en comento el que recoge el tipo de trata propiamente tal, y de que para entender apropiadamente el ámbito de aplicación de la figura penal del artículo 411 *ter* del Código Penal es necesario conocer previamente el de el artículo en comento, según se explicará más adelante.

El delito de trata de personas está tipificado en el Código penal como sigue:

“Artículo 411 *quáter*.- El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de

explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

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

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito.”¹⁶

En lo que sigue, se interpretará el tipo penal de conformidad con los criterios mayoritariamente aceptados para la interpretación de la ley penal chilena.¹⁷ El criterio gramatical es el que hace vinculante para el intérprete los términos utilizados por el legislador, obligándole sobre todo a no sobrepasar el sentido literal posible. Para la interpretación conforme al criterio “gramatical” se priorizan, donde los haya, la definición legal y el sentido técnico por sobre la norma de clausura del sentido corriente de los términos. El criterio sistemático obliga a considerar el contexto de la disposición, que incluye a normativa vinculante sobre el mismo tema. Cuando corresponda (cuando la ley contenga alguna expresión oscura atendiendo a su tenor literal) se atenderá también a consideraciones teleológicas e históricas;¹⁸ todo esto de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 y siguientes del Código civil.

¹⁶ Ley N° 20.507, artículo primero N° 4, publicada en el Diario Oficial el 08 de abril de 2011.

¹⁷ Matus Acuña, Jean Pierre. La ley penal y su interpretación. 2da. ed., Santiago: Editorial Metropolitana, 2005, pp. 63, 186 y ss., con más referencias; Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, parte general. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 190; Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, tomo I, parte general. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2da ed. reimpresión, 2007, pp. 99 y ss.; Novoa Monreal, Eduardo. Curso de derecho penal chileno. Parte general, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 134 y ss.; Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 99 y ss.

¹⁸ En profundidad Simon, Eric. Gesetzesauslegung im Strafrecht. Berlín, Duncker & Humblot, 2005, 676 pp.

En la literatura sobre trata de personas suelen distinguirse, dentro de la estructura del delito, entre actividad, medios y fines.¹⁹

- Actividad: corresponde a los verbos rectores. En el tipo penal chileno, captar, trasladar, acoger o recibir personas, y promover, facilitar o financiar estas actividades.
- Medios: hace referencia a las conductas utilizadas para llevar adelante la actividad. En el tipo penal chileno, violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.
- Fines: se refieren a la finalidad con que se lleva adelante la actividad. En el tipo penal chileno, que se pretenda que las personas sobre las que se ha llevado adelante la actividad sean objeto de alguna forma de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos.

Resulta relevante considerar que en los casos en los que el sujeto pasivo de la acción es un menor de edad, la consumación del delito no requiere que se emplee ningún medio en particular, bastando para ella que la actividad se realice con determinados fines.

Seguiremos en parte esta distinción, no sin considerar que dentro de ella, la actividad y los medios corresponden a lo que doctrina de raigambre centroeuropea son elementos objetivos del tipo, y los fines se cuentan entre los elementos subjetivos del tipo.

¹⁹ Así, por ejemplo, en el *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 16. Esta distinción también fue tomada a la vista por el Parlamento chileno. Vid. el documento “Historia de la ley”, p. 46, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

1. Elementos objetivos de la trata de personas

Se tratarán separadamente los sujetos activo y pasivo de la acción, los medios y los verbos rectores.²⁰

a) Sujeto activo de la trata de personas

Este primer elemento de la faz objetiva del tipo no presenta mayor complejidad. Cualquier persona puede ser sujeto activo de la acción; se trata de un sujeto común (el que).

Nuestra ley penal, en el artículo 411 *octies*, inciso segundo, da a entender que el delito podría ser cometido no sólo por personas naturales, sino también por organizaciones delictivas.²¹ Esta expresión no está definida en la ley, y tanto un eventual sentido técnico de la expresión²² como su sentido natural y obvio hacen referencia a una pluralidad de personas. Por consideraciones sistemáticas, esta referencia a las organizaciones como sujeto activo del delito no podría ser entendida en su sentido literal, ya que nuestro sistema penal sólo conoce la responsabilidad penal individual, aunque esta recaiga sobre varias personas, como sucede en casos de coautoría o de participación. Por lo mismo, “organización delictiva” ha de interpretarse como sinónimo de “varias personas”, las que eventualmente serán castigadas no solamente por las conductas punibles en si, sino también por asociarse para delinquir, conforme al artículo 411 *quinquies*.

La redacción del artículo 411 *octies*, inciso segundo del Código penal parece ser un guiño a al Protocolo de Palermo sobre trata de personas, que se quiso implementar mediante la Ley

²⁰ Serán tratados los medios antes que los verbos rectores, emulando el orden seguido por el tipo penal chileno.

²¹ “Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos indicados en este párrafo [...]”.

²² Si se entendiera a la expresión “organizaciones delictivas” como sinónimo de “grupo delictivo organizado” al que se dedica el artículo 2 letra a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, al disponer que “Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

N° 20.507,²³ modificatoria del Código penal al introducir el párrafo 5 bis (artículos 411 *bis* y siguientes). Así, como para aplicar el Protocolo (que es de donde se deriva la obligación de tipificar ciertas conductas para el Estado de Chile) se requiere de la intervención de un grupo delictivo organizado, la ley chilena señala que también las organizaciones pueden cometerlo, aunque la responsabilidad penal de organizaciones es desconocida en nuestro sistema, salvo por los casos –excepcionales– de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

b) Medios comisivos de la trata de personas

Los medios que prevé el artículo 411 *quater* del Código Penal son “violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”. Se trata de múltiples hipótesis, pero basta con que se concrete una de ellas –que se actúe o con violencia, o con engaño, por ejemplo– como medio para las acciones que se individualizarán *infra* (trasladar, acoger, etc.), para que, de concurrir los demás elementos típicos, pueda considerarse cometido el delito. Si concurre más de uno de los medios a la vez, por ejemplo se actúe mediando un engaño y aprovechando la condición de dependencia de la persona, se tratará simplemente de un caso de tipicidad reforzada,²⁴ sin que eso obste a la calificación de una conducta como trata. En suma, basta con probar uno solo de los medios para entender que el delito se ha cometido, y si se ha presentado prueba de que concurren varios habrá que desvirtuarlos todos para absolver por ausencia de los medios comisivos que requiere la ley.

²³ En reiteradas ocasiones durante la tramitación de la Ley N° 20.507 se mencionó que se dictaba dicha ley en cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile. Vid. el documento “Historia de la ley”, pp. 8 y s., 12, 15 y s., 27, 44, 55, 66, 70, 101, 110, 117, 151, 153, 158, 160 y s., 258, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

²⁴ Cfr., a saber Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte general, 2da edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 455 y s.; Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, parte general. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 653. Aun sin utilizar esa denominación, pero aclarando que hay solo un delito, Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 225 y s. Refiriéndose a ellos bajo la denominación “delito alternativo”, Mir Puig, Santiago. Derecho penal, parte general, B de F, 2007, p. 229, número marginal 34.

Se trata de medios para obtener o explotar una relación que, en los hechos, permita ejercer un control sobre la persona objeto de trata.²⁵ En el artículo 3 del Protocolo contra la trata de personas se dispone que, de concurrir alguno de estos medios, no se tomará en cuenta un eventual consentimiento de la víctima.²⁶ Si bien en el ordenamiento interno chileno no existe una disposición análoga, es correcto aplicar el mismo criterio, en cuanto la concurrencia de estos medios hace que cualquier eventual manifestación de voluntad se encuentre viciada, al no darse condiciones básicas para su formación libre. Es más, cualquier consentimiento inicial quedaría anulado de concurrir alguna de las circunstancias siguientes; el eventual consentimiento de la víctima en una de las etapas del *iter* delictual no puede considerarse su consentimiento en todas sus etapas.²⁷

El entender los medios de la trata como circunstancias que apuntan a viciar la voluntad de quien actúa es perfectamente coherente con el hecho de que en los casos en los que el sujeto pasivo de la acción es un niño, la consumación del delito no requiere que se emplee ningún medio en particular,²⁸ pues justamente se considera que ellos no tienen la madurez suficiente como para consentir válidamente.

²⁵ El requisito de ciertos medios cuando se trata de sujetos pasivos mayores de edad se encuentra desde el tratado de 1904, relajándose sólo en los tratados de 1933 y 1949 para ciertas conductas. Cfr., con más antecedentes, Zimmermann, Sarah. *Die Strafbarkeit des Menschenhandels in Lichte internationaler und europarechtliche Rechtsakte*, Nomos, 2010, p. 57.

²⁶ Vid el artículo 3 letra b) del Protocolo de Palermo contra la trata de personas: “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado [donde se define la trata de personas] no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

²⁷ Vid. Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, 2007, p. xix.

²⁸ 27 por ciento de las víctimas de trata detectadas a nivel mundial son niños (*Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 7). Por su especial vulnerabilidad, los niños cuentan con protección especial en tratados internacionales, entre los que destacan la Convención de los derechos del niño de 1989 y dos de sus protocolos del año 2000, que fueron ratificados por Chile el año 2003, estando ya en vigor. El primero es el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que define la venta de niños en su art. 2, señalando que por “venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución”. El segundo es el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. También puede ser relevante el convenio 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 1999, ratificado por Chile el año 2000. Fueron conocidos, durante la tramitación de la ley, casos de explotación de niños en Chile. En la p. 88 del documento “Historia de la ley” se hace referencia a niños bolivianos que pastorean ganado en Chile, recibiendo a cambio sólo comida y alojamiento miserables, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012,

A continuación se abordan brevemente cada uno de los medios previstos por la ley.

i) Violencia

En nuestra ley penal, la voz violencia se suele utilizar para describir supuestos de aplicación de fuerza física.²⁹ En este caso, la fuerza ha de ser suficiente como para doblegar la voluntad de la persona objeto de trata. Este medio comisivo estaba presente también en el derogado artículo 367 *bis* del Código penal.

ii) Intimidación

En este supuesto se actúa infundiendo miedo en otro, usualmente amenazando con causar un mal, a la misma persona objeto de trata o a otra persona vinculada estrechamente con ella.³⁰ Las amenazas deben ser serias, de modo de que sean aptas para doblegar su voluntad. Por ejemplo, si se amenaza a un padre con dar muerte a su hijo si no sigue determinadas indicaciones (por ejemplo de trasladarse). Este medio comisivo estaba presente también en el derogado artículo 367 *bis* del Código penal.

consultado el 25 de diciembre de 2012. Más referencias, si bien igualmente del periodo anterior a la vigencia de la ley, en Araya, Denisse y Retuerto, Iria, Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de tratos de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes, en UNICEF, ACNUR y OIM, Los derechos de los niños, niñas y adolescentes refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos, Andros, 2012, p. 127.

²⁹ Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, p. 335 (a propósito del robo con violencia); Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, parte especial, tomo IV, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 196 y ss. (a propósito del robo con violencia); Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial, 2da edición, 2004, pp. 359 y ss. (respecto del robo con violencia); Balmaceda Hoyos, Gustavo. Código penal y normas complementarias, Legis, 2011, p. 209, pfo. 0895 (a propósito de la violación de morada): “Por violencia deben entenderse las vías de hecho o el uso de la fuerza, que puede ejercerse tanto en las cosas como en las personas.”

³⁰ Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, p. 335 (a propósito del robo con intimidación); Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial, 2da edición, 2004, p. 253 y ss. (a propósito de la violación, con más referencias), p. 361 y s. (a propósito del robo con intimidación); Balmaceda Hoyos, Gustavo. Código penal y normas complementarias, Legis, 2011, p. 209, pfo. 0895 (a propósito de la violación de morada): “La intimidación consiste en atemorizar a las personas [...] mediante amenazas serias y verosímiles de un mal inminente”.

iii) Coacción

No resulta posible separar a la coacción como medio de actuar de la violencia o intimidación, pues es como resultado de ellas que la acción no es ya fruto de la voluntad, sino que la persona actúa coaccionada.³¹ De hecho, el Protocolo de Palermo sobre trata de personas utiliza, junto a “amenaza” y “uso de la fuerza” la expresión “u otras formas de coacción”, empleando así la voz “coacción” como un término amplio que comprende violencia e intimidación. Este resultado puede no ser del todo satisfactorio en cuanto se llega al resultado de que la ley es redundante, pero por otra parte no resultaría legítimo, en este caso, asumir una interpretación que vaya más allá del sentido literal posible de la expresión a interpretar, más aun si hay antecedentes que tanto en la discusión de la ley como en la negociación del Protocolo se optó por ser redundante en ocasiones a fin de no arriesgarse a dejar fuera algún supuesto considerado relevante.³²

iv) Engaño

Es uno de los medios usuales de comisión del delito. El fraude o engaño como medio de comisión se preveía ya en el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas de 1910.³³ Consiste en hacer creer a la persona que se actuará de determinado modo, cuando en realidad se piensa actuar de otro.³⁴ Por ejemplo, alguien capta a un extranjero

³¹ Primera acepción del término en el Diccionario de la Real Academia: “[f]uerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo” (www.rae.es), consultado el 27 de diciembre de 2012.

³² Vid. Documento “Historia de la ley”, pp. 217 y 218, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012; Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, p. 23.

³³ Artículo 2.

³⁴ Se sigue así el sentido que se da al término engaño en otros delitos, que coincide con el sentido natural y obvio de la expresión y con la primera y segunda acepciones del término en el Diccionario de la Real Academia: “[d]ar a la mentira apariencia de verdad”, “[i]nducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas”. En doctrina nacional, se puede confirmar esta noción,

ofreciéndole tramitar su documentación de ingreso al país y entregándole en ese acto una tarjeta en la que figura como ejecutivo de una empresa que presta esa clase de servicios, actuando así mediante un engaño, pues en realidad lo que pretendía era obtener el pasaporte de modo de retenerlo, o se convence a alguien de dejar su país haciéndole creer que podrá ganar lo suficiente para enviar dinero a su familia trabajando en turismo o en un café, cuando en realidad se espera que estando aquí no le quede otra opción que prostituirse para poder enviar ese dinero.³⁵ Este medio comisivo estaba presente también en el derogado artículo 367 *bis* del Código penal.

Sobre la entidad del engaño podrían reproducirse aquí los mismos desarrollos que existen respecto del engaño en otros delitos, siendo acaso la doctrina sobre estafa la que ha llevado a más discusión sobre el punto.³⁶ Con todo, la coexistencia del engaño y del aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad como medio de trata de personas hace que la discusión acerca de la entidad del engaño no sea tan relevante para la punibilidad de la conducta en este caso. En lo central, quien engaña se conduce de modo que busca inducir a error al destinatario del engaño, o mantener a la persona en el error en el que se encuentra. Si se trata de una persona sobre la que pesa una obligación de decir la verdad, la sola omisión de declararla es suficiente como engaño.³⁷ Normalmente el engaño versa sobre la

a saber, en Balmaceda, Gustavo. Código penal y normas complementarias, Legis, 2011, p. 444, pfo. 2318 (a propósito de la estafa): “el engaño consiste en la ‘simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas’”; Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 392 y ss.

³⁵ Este segundo ejemplo está tomado de la reciente jurisprudencia respecto de este delito, vid. la sentencia contra Gregoria Manzueta, Orquídea Ubiera Mercedes, Alba de las Mercedes Arancibia Rojas, Omar García Contreras, Mariana del Pilar Fuenzalida Sánchez, por asociación ilícita y trata de personas, RUC 1100440193-1, RIT 199-2012, disponible en [http://www.poderjudicial.cl/noticias/File/Sent%20Rit%20199%202012%20\(asoc%20ilicita%20y%20trata%20de%20personas\).pdf?opc_menu=&opc_item](http://www.poderjudicial.cl/noticias/File/Sent%20Rit%20199%202012%20(asoc%20ilicita%20y%20trata%20de%20personas).pdf?opc_menu=&opc_item), de 7 de septiembre de 2012, consultada el 27 de diciembre de 2012; sentencia contra Amelfi Mota Pérez y otros, por asociación ilícita, trata de personas y tráfico de migrantes, RUC 1001114184-1, RIT 287-2012, de 13 de diciembre de 2012.

³⁶ Existe allí vasta literatura sobre la entidad o suficiencia del engaño. Balmaceda sistematiza tres corrientes: “(a) la ‘objetivo-subjetiva’: (La jurisprudencia chilena ha señalado que el engaño debe ser idóneo para inducir a error; lo que debe ser considerado objetivamente, y, paralelamente, desde la perspectiva subjetiva, momento en el cual deben tomarse en cuenta las condiciones particulares del sujeto pasivo [...]). (b) otra que recurre a la teoría de la imputación objetiva del resultado [...]; y, (c) [...] una renovada modalidad de la lesión de veracidad [...] la falta de correspondencia entra la veracidad y lo expresado.” Balmaceda, Gustavo. Código penal y normas complementarias, Legis, 2011, p. 445, pfo. 2321 (a propósito de la estafa). Cfr. asimismo Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial, 2da edición, 2004, pp. 423 y ss.; Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, parte especial, tomo IV, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 332 y ss. (a propósito de la estafa)).

³⁷ Cfr., en la doctrina nacional, por ejemplo Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial, 2da edición, 2004, p. 242, 243; Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, parte especial, tomo IV,

naturaleza del trabajo o servicio que ha de prestarse o sobre las condiciones en las que debe prestarse.³⁸

v) **Abuso de poder**

Hay quienes entienden a esta forma de actuar simplemente como la otra cara de la moneda del aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad (en la lógica de que se es poderoso frente al vulnerable), pero otra interpretación propone diferenciar este medio de comisión del que le sigue en el listado del 411 *ter* entendiendo que el poder al que se refiere es el poder que se tiene por el desempeño de un determinado cargo público.³⁹ Esto parece atendible, y susceptible de ser extendido incluso a posiciones de poder distintas de cargos públicos, como podría ser la de quien sirve un cargo dentro de una empresa privada, de un establecimiento de educación o incluso en una estructura eclesiástica o análoga. Una forma de distinguir este supuesto del abuso de una situación de vulnerabilidad es entender el foco que tiene cada uno. Aquí lo relevante es el actuar abusivo de la persona que tiene autoridad, y no es necesario que se pruebe la vulnerabilidad de la persona que es sujeto pasivo del delito.⁴⁰

Parece necesario resaltar que para que se entienda que se da este supuesto no basta que quien actúa tenga un determinado poder, sino que se requiere que abuse (haga un mal uso, distinto del fin para el cual está investido de él) de él. Incurrirá en un abuso, por ejemplo,

cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 332 y ss. Balmaceda, Gustavo. Código penal y normas complementarias, Legis, 2011, p. 444, pfo. 2319 distingue tres formas de engaño: “(a) El engaño que se basa en una simulación expresa, esto es, en aparentar un hecho respaldándolo en una afirmación mendaz; (b) el engaño que se basa en actos concluyentes, esto es, en aparentar un hecho respaldándolo no necesariamente en afirmaciones mendaces, sino aun verdaderas, pero realizando conductas que lleven al engañado a un error; (c) El engaño que se basa en una omisión de quien está en la obligación de declarar la verdad”.

³⁸ Vid. Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, p. 21.

³⁹ Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, pp. 74 y s.

⁴⁰ *Ibidem*.

un profesor, supervisor de un internado, le pide a un estudiante que lo ayude en determinadas labores del hogar. Dado que eso no está dentro del ámbito de las funciones que le cabe realizar a un profesor con sus estudiantes, puede entenderse que el emplear la posición de poder para obtener esos beneficios implica un abuso de poder.

vi) Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima

Este medio es el que se suele tener en mente al pensar en trata de personas,⁴¹ se tiende a asociar al sujeto pasivo del delito de trata con una persona particularmente vulnerable ya sea por carencias económicas, educacionales, emocionales, por su corta o avanzada edad o por su pertenencia a alguna minoría.⁴² Este medio está en cierta medida vinculado a los anteriores, pues puede ser la vulnerabilidad la que haga a ciertas personas más susceptibles a engaños o a abusos de poder. La tipificación actual no especifica el motivo de la vulnerabilidad. En el derogado artículo 367 *bis* del Código penal este medio se contemplaba sólo parcialmente, haciéndose referencia solamente al desamparo económico de la víctima.

De manera análoga a lo que ocurre con el abuso de poder, no basta con que exista una persona vulnerable para que exista el delito de trata de personas, se debe poder constatar un abuso de esa situación de vulnerabilidad,⁴³ como cuando se ofrece un empleo en

⁴¹ De hecho, existe un documento oficial reciente que se dedica especialmente a este medio de comisión, cfr. Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012.

⁴² Cfr., con más antecedentes, Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, pp. 17 y ss.; vid. también Araya, Denisse y Retuerto, Iria, Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de tratas de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes, en Unicef, ACNUR y OIM, Los derechos de los niños, niñas y adolescentes refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos, Andros, 2012, p. 144.

⁴³ En el mismo sentido, Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible

condiciones que quien oferta reconoce como abusivas, notoriamente desmedradas comparándolas con las condiciones de trabajo usuales, sabiendo que la persona que recibe la oferta teme ser deportada y requiere trabajar.

Se trata de supuestos en los cuales quien solicita a otra persona realizar alguna conducta o le induce a realizarla sabe que, en el contexto dado, a la persona en cuestión no le queda más alternativa real que aceptar lo que se le propone,⁴⁴ y utiliza esa circunstancia a su favor. No es necesario que la vulnerabilidad sea imputable a quienes intervienen en la trata, puede ser una condición preexistente, de raíz independiente. Se requiere sí que se abuse de ella.

El aprovechamiento de la situación de dependencia de la víctima supone abusar de una clase particular de vulnerabilidad, cual es la de estar sujeto a la voluntad de otro.

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

Si bien la primera hipótesis que se viene a la mente al pensar en una situación de consentimiento de una persona que tiene poder sobre otra es la de los padres respecto de sus niños, este supuesto es irrelevante, ya que justamente respecto de los niños no es necesario probar alguno de los medios de operar objeto de este texto (artículo 411 *quater* del Código penal, inciso segundo).

Dejando fuera los supuestos de niños, debemos centrarnos en otras situaciones en las cuales una persona tenga la facultad de consentir por otra, pues de lo contrario sería irrelevante obtener su consentimiento para obtener la prestación que se desea por parte del sujeto pasivo de la acción. Sostenemos que es ese el alcance que debe darse a la expresión “que tenga autoridad sobre otra” en este contexto, por razones sistemáticas, ya que, por una

en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, p. 20.

⁴⁴ En el mismo sentido discurren los trabajos preparatorios del Protocolo contra la trata de personas. Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, p. 22.

parte, la autoridad, en esta disposición, va unida a la obtención de un consentimiento que parece ser relevante y, por otra, ampliar la conducta a otros sentidos literales posibles de la voz “autoridad”, que incluye a quienes podrían solamente influir en la formación de voluntad autónoma de otro parecerían caer más bien en el supuesto de abuso de poder o, incluso, ampliar en demasía el alcance de la trata de personas al ámbito de los malos consejos interesados, que no tienen, por si solos, el mismo efecto sobre la libre voluntad de las personas que los demás medios listados en el artículo 411 *quater* del Código penal.

Este medio, si bien se lo contempla separadamente, en los hechos siempre implica el abuso de la dependencia de una persona (por parte del tercero que ofrece) y de una posición de autoridad o dependencia (por parte de quien recibe), por lo que podría haberse prescindido de su inclusión.⁴⁵

c) Verbos rectores del inciso primero del artículo 411 *quater* del Código Penal

La trata de personas es un delito de hipótesis múltiple, cualquiera de las acciones que a continuación se especificarán basta para satisfacer el tipo. Basta con que concurra una de ellos, pero puede concurrir también más de una respecto de una misma persona en un mismo contexto espacio-temporal y habrá sólo un delito.⁴⁶ Estas conductas pueden ser cometidas por diversas personas respecto de un mismo individuo. En ese caso, todas ellas pueden cometer el delito.

La trata de personas se ha tipificado en Chile como un delito de emprendimiento, “donde distintas conductas que pueden realizarse en diferentes momentos aparecen como modalidades independientes de la misma actividad compuesta por una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor”.⁴⁷ La multiplicidad de conductas mediante las

⁴⁵ Cfr. los antecedentes de que tanto en la discusión de la ley como en la negociación del Protocolo se optó por ser redundante en ocasiones a fin de no arriesgarse a dejar fuera algún supuesto que se consideraba relevante, nota 32.

⁴⁶ Sobre los delitos de hipótesis múltiple o alternativos, cfr. nota 24.

⁴⁷ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Derecho Penal, parte general, 2da edición, 2004, p. 454.

cuales puede cometerse el delito apunta claramente a abarcar a todas las personas que tengan funciones relevantes en esta empresa criminal.

i) Captar

No se trata de un término definido en la ley, y su sentido técnico coincide con el corriente, recogido en las acepciones cuarta y quinta de la voz captar en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua:⁴⁸ “[a]traer a alguien, ganar la voluntad [...] de alguien”, “conseguir [...] estimación, atención, etc.” Acaso la forma más común de captar personas sea mediante una oferta de trabajo.⁴⁹ Tratándose de extranjeros, un ejemplo podría ser la oferta de tramitar su documentación de ingreso al país.

Siendo la multiplicidad de verbos rectores una característica de los delitos de emprendimiento, resulta pertinente apuntar que si el verbo captar no estuviera como variante, seguramente la conducta “captar” podría constituirse en tentativa de los demás verbos rectores. Al estar tipificada la conducta por separado, el sólo hecho de captar ya basta para consumir el delito.⁵⁰ Podrá haber o no tentativa de captar dependiendo de si la conducta mediante la cual se capta es fraccionable o no.

ii) Trasladar

El traslado de personas es una de las formas posibles de cometer el delito de trata de personas. A *contrario sensu*, el traslado no es un elemento esencial este delito,⁵¹ si bien

⁴⁸ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012.

⁴⁹ Ejemplos chilenos reales se tuvieron a la vista durante la tramitación. Cfr. el documento “Historia de la ley” pp. 41 y 42, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

⁵⁰ De hecho, Roxin apunta como la principal característica de los delitos de emprendimiento que en ellos se diluye la diferencia de disvalor entre conductas de tentativa y de consumación. Roxin, Claus. Strafrecht allgemeiner Teil, tomo I, 4ta ed. C.H. Beck 2006, p. 338, número marginal 125.

⁵¹ Lo que se comenta es la ley chilena. Distinto es el caso del Protocolo de Palermo contra la trata de personas, que se aplica a la delincuencia transnacional, con lo que habría más asidero para entender que ha de haber traslado. Sobre el traslado, cfr. Daunis Rodríguez Alberto, Sobre la urgente necesidad de una

suele concurrir. Trasladar a una persona significa ocuparse de que ella cambie el lugar en el que está,⁵² sea que se trate de abandonar un país para ingresar a otro (se habla entonces de trata internacional)⁵³ o de dejar una localidad para encaminarse a otra dentro de un mismo Estado⁵⁴. Esta conducta de movilizar tendría el efecto de provocar una situación de desarraigo de la persona trasladada, que sin embargo no es un elemento típico en el Código penal chileno.

iii) Acoger

El sentido corriente de la expresión está recogido en las acepciones primera y quinta de la voz “acoger” del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es “[a]dmitir en su casa o compañía a alguien.” “amparar”⁵⁵ (si bien aquí el amparo es aparente, por la voluntad de explotación que lo acompaña. No se trata necesariamente de convivir con alguien, sino que basta con proporcionar acogida, por ejemplo en forma de hospedaje. Esta conducta puede ejecutarse por un largo periodo de tiempo. Sería por ejemplo el caso de una madre que

tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, p. 8. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012. Existen en cambio posiciones divergentes, conforme a las cuales aun contemporáneamente debe haber traslado para que pueda hablarse de trata de personas. Cfr. el documento “Historia de la ley”, p. 161, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012; Araya, Denisse y Retuerto, Iria, Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de tratos de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes, en Unicef, ACNUR y OIM, Los derechos de los niños, niñas y adolescentes refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos, Andros, 2012, p. 143.

⁵² La primera y segunda acepciones de la voz “trasladar” en el Diccionario de la Real academia de la lengua se refieren a personas: “1. Llevar a alguien o algo de un lugar a otro. 2. Hacer pasar a alguien de un puesto o cargo a otro de la misma categoría.” www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012. Para los efectos del delito, el término se viene interpretando invariablemente en la primera de las acepciones.

⁵³ Naturalmente, es de esta manifestación del delito de la que suelen ocuparse más detenidamente los tratados internacionales, pues para su investigación y enjuiciamiento es imprescindible la cooperación internacional. Vid., a saber, el primer párrafo del preámbulo del Protocolo de Palermo contra la trata de personas. Nuestra legislación también tiene en cuenta la fenomenología transnacional del delito en el artículo 411 *septies* del Código penal. La categoría opuesta es la de trata interna o *domestic trafficking*.

⁵⁴ Esta clase de trata iría en aumento, con más del 25 por ciento del total de víctimas detectadas entre los países que entregaron información a Naciones Unidas sobre la nacionalidad de las víctimas, vid. *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 13.

⁵⁵ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012.

pretende la explotación sexual de su hija menor de edad, que vive con ella y depende de ella.

iv) Recibir

Para interpretar este verbo conforme a su sentido corriente, parecen particularmente atingentes la primera, segunda y séptima acepciones de la voz “recibir” del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, todas referidas a personas: “[t]omar lo que le dan o le envían”, “[h]acerse cargo de lo que le dan o le envían”, “[a]dmitir a otra [persona] en su compañía o comunidad”.⁵⁶ Estos significados dan cuenta de una conducta que usualmente seguirá a un traslado, pues se recibe a alguien que no estaba, y luego llega.

d) Verbos del inciso final del artículo 411 *quater* del Código penal

El artículo 411 *quater* incluye, en su inciso final, tres conductas que significarán, para quienes incurran en ellas, las mismas penas que las del autor del delito.⁵⁷ Se trata de las conductas punibles de promover, facilitar o financiar la ejecución de las conductas descritas en ese artículo.

i) Promover

Para interpretar este término conforme a su sentido corriente, en este contexto, resultan particularmente atingentes la primera y tercera acepciones de la voz “promover” del

⁵⁶ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012.

⁵⁷ Esto ocurrió a pesar de la visión al parecer dominante durante la tramitación parlamentaria en cuanto a que aun sin esta disposición, quienes incurrieran en las conductas las que se refiere el inciso en comento serían punibles como autores, en virtud del artículo 15 del Código penal. Vid. el documento “Historia de la ley”, pp. 212, 213 y 215, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “[i]niciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”, “[t]omar la iniciativa para la realización o el logro de algo”.⁵⁸ En este caso, es el captar, trasladar, acoger o recibir (en caso de mayores de edad, mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra).

ii) **Facilitar**

Facilitar ha de ser interpretado conforme al sentido corriente de los términos, como “[h]acer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”.⁵⁹ En especial, se facilita una actividad cuando se procuran medios para llevarla a cabo.

Pueden trasladarse aquí las críticas formuladas a “facilitar” como verbo rector a propósito del delito de tráfico de migrantes, que se basan en que “facilitar” puede traducirse en conductas de diversa gravedad, lo que hace difícil distinguir a la autoría de las formas de participación⁶⁰ y actos de ejecución de actos preparatorios,⁶¹ y podría generar problemas con el principio de culpabilidad, al equipararse el marco penal para conductas que merecen diversa valoración.⁶² Ello, sin embargo, es característico de los delitos de emprendimiento.⁶³

iii) **Financiar**

⁵⁸ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012.

⁵⁹ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012.

⁶⁰ Se seguiría un concepto unitario de autor, Pérez Cepeda, A. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Comares, Granada, 2004, p. 209 y ss. Se explicaría porque se trata de delitos habitualmente vinculados a la criminalidad organizada.

⁶¹ Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal*, parte especial, tomo III, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 313.

⁶² Pueden aplicarse los razonamientos que al efecto nos entrega Lorenzo Copello, P. La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 12, 2003, p. 78 y ss.

⁶³ Roxin, Claus. *Strafrecht allgemeiner Teil*, tomo I, 4ta ed. C.H. Beck 2006, p. 338, número marginal 125.

La inclusión de esta conducta persigue (y consigue) claramente castigar al gestor financiero como autor. Con todo, resulta redundante, puesto que no es imaginable un supuesto de financiar que no implique al mismo tiempo facilitar. Esto lo confirman las dos acepciones de la voz “financiar” del Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “[a]portar el dinero necesario para una empresa” y “sufragar los gastos de una actividad”.⁶⁴

e) Sujeto pasivo/objeto de la acción la trata de personas

En las conductas del inciso primero del artículo 411 *quater* del Código penal, puede ser objeto de la acción cualquier persona. Conforme a lo explicado *supra*, no se requieren características determinadas en cuanto al género, raza, nacionalidad, residencia o alguna otra.⁶⁵ Si bien en el inciso primero se utiliza el plural para referirse a los sujetos pasivos de la acción, el hecho de que en el inciso segundo se utilice una formulación en singular (“la víctima”) despeja cualquier duda en cuanto a la punibilidad de la conducta aunque exista de una sola persona objeto de trata.

Respecto de las conductas del inciso final del artículo 411 *quater* del Código penal, como ha quedado dicho, el objeto es la ejecución de algunas de las conductas del inciso primero.

2. Elementos subjetivos de la trata de personas

En lo subjetivo, el delito de trata de personas requiere de dolo respecto de todos los elementos objetivos del tipo, y, además, se requiere una tendencia interna trascendente, que consiste en realizar las acciones del inciso primero del artículo 411 *quater* con alguna de las

⁶⁴ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012. Cfr. los antecedentes de que tanto en la discusión de la ley como en la negociación del Protocolo se optó por ser redundante en ocasiones a fin de no arriesgarse a dejar fuera algún supuesto que se consideraba relevante, nota 32.

⁶⁵ Daunis Rodríguez Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, p. 8. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012.

siguientes finalidades respecto de las personas sobre las que se ha llevado adelante la actividad: que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, de trabajos o servicios forzados, de servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o de extracción de órganos. Todas estas finalidades tienen en común pretender la explotación de la persona que sufre la trata.⁶⁶ Así y todo, en el Código penal chileno no se menciona la finalidad de explotación como finalidad genérica de la trata de personas, como sí se hace en el Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas en su artículo 3.

Vale la pena recalcar el carácter subjetivo de este requisito: debe probarse la voluntad de explotar, no siendo necesario que se pruebe un resultado de explotación⁶⁷, ni siendo suficiente por si solo que se compruebe en los hechos la situación desfavorable de una persona (la cual, por cierto, sí podrá carácter indiciario si era conocida por quien se pretende responsabilizar, y tendrá uno mucho más fuerte si dicha persona obtiene un provecho de dicha explotación). Con todo, lo usual será que para probar que la empresa persigue determinados fines se pruebe la existencia de explotación (o la existencia de beneficio económico como consecuencia de ello) al menos respecto de algunas personas.

A continuación se pasa revista a cada una de las finalidades descritas en el Código penal. Basta con que concurra una de ellas. La concurrencia de varias no es obstáculo para la consumación del delito.

a) Finalidad de que la persona sea objeto de explotación sexual

La finalidad de explotación sexual es la más tradicional en el delito de trata de personas, ya los primeros instrumentos dedicados a la materia se refieren a ella. Además, es la más

⁶⁶ Daunis Rodríguez Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, p. 8. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012. En cada región del mundo puede observarse la prevalencia de unas sobre otras. Así, en Europa, Asia central y América prevalecería la finalidad de explotación sexual, en tanto que en África, el Medio Oriente, el Pacífico y el sur y el este asiático prima la trata para desarrollar trabajos forzados. Cfr. *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 7.

⁶⁷ En el mismo sentido, Suazo Schwencke, Carolina, *Iter criminis en los delitos sexuales, análisis dogmático y jurisprudencial*, tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal de la Universidad de Chile, 2012, p. 9 (apartado).

recurrente a nivel mundial, con un 58% del total de los casos de trata de personas detectados.⁶⁸

Para interpretar el término “explotación sexual” conforme al sentido corriente del término se nos presentan básicamente dos opciones, que se encuentran recogidas en la segunda y tercera acepción de la voz explotar del Diccionario de la Real Academia de la Lengua:⁶⁹ la segunda “[s]acar utilidad de un negocio o industria en provecho propio” y la tercera “[u]tilizar en provecho propio, por general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”. La primera opción se desecha por razones sistemáticas, pues aceptarla equivaldría a equiparar la valoración jurídica del proxenetismo con conductas tan inequívocamente pertenecientes a la criminalidad más grave como el sometimiento a esclavitud y la extracción involuntaria de órganos, para lo cual no hay razones jurídicas en el ordenamiento chileno. Además, la interpretación propuesta es coincidente con el modo en que se ha entendido la voz “explotación” en el Protocolo de Palermo contra la trata de personas. Allí, si bien la palabra “explotación” no está definida, se suele identificar con condiciones particularmente duras y abusivas, al extremo que atentan contra integridad moral de la persona, su dignidad humana.⁷⁰

Ya que la pornografía se incluye explícitamente en el tipo penal, parece atinente entender el término conforme a su definición legal en el artículo 366 *quinquies* inciso final del Código penal,⁷¹ pues no aparece que se use de modo diverso.

⁶⁸ *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 33.

⁶⁹ www.rae.es, consultado el 27 de diciembre de 2012. Cfr., con más antecedentes doctrinales, Daunis Rodríguez Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, p. 22. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012.

⁷⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Ley Modelo contra la trata de personas, p. 36, con referencias a la legislación belga y francesa, accesible en <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>, consultada el 27 de diciembre de 2012. Parte de la doctrina es reacia a presentar a la dignidad humana como bien jurídico protegido, pues ella es más bien el fundamento de todos los derechos, y es intocable, no es susceptible de ser vulnerada por delitos, existe siempre.

⁷¹ Como la representación de personas dedicadas a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales o toda representación de las personas en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines.

b) Finalidad de que la persona sea objeto de trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud y otras prácticas análogas a ésta

La prohibición de la esclavitud es una de las piedras angulares del derecho internacional, y, en cuanto al derecho interno, Chile se vanagloria de haber tenido a este respecto una posición de avanzada.⁷²

La esclavitud tradicional implicaba que ciertas personas eran jurídicamente propiedad de otras. Esto ya no es posible hoy, pero lo que sí subsiste son situaciones fácticas en que personas usan, gozan y/o disponen de otras.⁷³ El hecho de que se trate de relaciones fácticas y no jurídicas hace que la solución del problema no esté en la sola abolición jurídica de la esclavitud, sino que es necesario un proceder más complejo si se pretende combatirla.

En estas explicaciones se ha optado por agrupar los trabajos o servicios forzados con la servidumbre, la esclavitud y las prácticas que le son análogas, porque tanto los trabajos forzados como la servidumbre son casos reconocidos de esclavitud, entendida en el sentido jurídico del término, como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.⁷⁴ En particular, se dispone de la fuerza laboral de una persona.

La relación entre esclavitud y trata de personas es muy estrecha. Así, en sus inicios la expresión “trata de blancas” nació justamente para distinguir ciertas conductas que no se condecían con las formas tradicionales de trata de esclavos, ligadas al reconocimiento de la propiedad de algunas personas sobre otras, pero se entendía que merecían igualmente ser proscritas. Actualmente, se entiende por una parte que la trata de personas es una forma de

⁷² Conocido es en particular el texto de la constitución de 1823 en su artículo 8, reproducido parcialmente en el artículo 19 N°2 de la actual constitución: “En Chile no hay esclavos: el que pise su territorio por un día natural será libre. El que tenga este comercio no puede habitar aquí más de un mes, ni naturalizarse jamás”. Accesible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005202>, consultada el 27 de diciembre de 2012.

⁷³ Cfr., con más antecedentes, Dreixler, Markus. *Der Mensch als Ware. Erscheinungsformen modernen Menschenhandels unter strafrechtlicher Sicht*, Peter Lang, 1998, p. 20.

⁷⁴ El de la Convención sobre la esclavitud de 1926, artículo 1 párrafo 1, accesible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/esclavitud.htm>, consultada el 27 de diciembre de 2012.

esclavitud,⁷⁵ y por otra que la voluntad de esclavizar es un elemento relevante a la hora de cometer el delito de trata de personas.

La explotación laboral sería común en Chile.⁷⁶ Durante la tramitación de la Ley N° 20.507 se prefirió la denominación “trabajos forzados” por sobre “explotación laboral” por el contenido jurídico más definido que tienen los trabajos forzados y su clara prohibición en el derecho internacional. Se pretendía emplear un término que tuviera un sentido técnico más definido, que dejara fuera la posibilidad de que todo incumplimiento de normas laborales se equiparara con el delito de trata de personas.⁷⁷

Según el artículo 2 párrafo 1 del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el trabajo forzoso, de 1930,⁷⁸ “la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Se ha señalado que la pena a la que se alude no es necesariamente una sanción penal, sino que puede consistir en una pérdida de derechos. En cuanto a las amenazas, se mencionan como ejemplo la amenaza de ser despedido o de denunciar.⁷⁹

⁷⁵ Así, por ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7 párrafos 1 letra c) y 2 letra c) (cfr. sus versiones en inglés y francés). La forma específica de esclavitud sexual puede ser constitutiva, según los casos, de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de guerra, cfr. el artículo 7 párrafo 1 g) y el artículo 8 párrafo 2, literales b) xxii y e) vi), accesible bajo <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>, consultado el 27 de diciembre de 2012.

⁷⁶ La más común a la época de tramitación de la Ley N° 20.507, de acuerdo con abogado de la Organización Internacional para la Migraciones, señor Francisco Furlani, vid. el documento “Historia de la ley”, p. 205, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012. Cita el ejemplo de ciudadanos chinos detenidos e incomunicados en dependencias fabriles. A nivel global, representa un 36 por ciento del total de los casos detectados, vid. *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 33.

⁷⁷ Vid. el documento “Historia de la ley”, p. 207 y 279, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

⁷⁸ Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, ratificado por Chile en 1933, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312174, consultado el 27 de diciembre de 2012.

⁷⁹ Cfr. Organización Mundial del Trabajo. Una alianza global para el trabajo forzado. Informe del Director General, 2002, pp. 5-6, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_082334.pdf, consultado el 27 de diciembre de 2012.

La explicación de qué es lo que ha de entenderse por “servidumbre” como situación o práctica análoga a la esclavitud está contenida en los artículos 7 letra b) y 1 de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956. Quedan comprendidos en el término supuestos de servidumbre por deudas⁸⁰ y servidumbre de la gleba,⁸¹ así como situaciones de cosificación de mujeres en el ámbito de las relaciones familiares⁸² y de cosificación de niños.⁸³

c) Finalidad de que la persona sea objeto de extracción de órganos

La modalidad de actuar con la intención de que a la persona se extraigan órganos es la de más reciente incorporación a la definición de de trata de personas. Siendo el derecho una herramienta eminentemente reactiva, no es de extrañar que se haya agregado este ánimo particular luego de haber pesquisado que sobre todo en algunos países se captaba a las

⁸⁰ “[E]l estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios” (artículo 1 letra a) de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>, consultada el 27 de diciembre de 2012).

⁸¹ “[L]a condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición” (artículo 1 letra b) de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>, consultada el 27 de diciembre de 2012).

⁸² Toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona” (artículo 1 letra c) de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>, consultada el 27 de diciembre de 2012).

⁸³ “Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven” (artículo 1 letra d) de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>, consultada el 27 de diciembre de 2012).

personas con esa finalidad.⁸⁴ En instrumentos relativos al Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas se dejó constancia que la extracción de órganos de niños con el consentimiento de un progenitor o tutor por razones médicas o terapéuticas legítimas no se considerará explotación⁸⁵.

3. ¿Delito continuado o de ejecución instantánea de efectos permanentes?

La pregunta por la clase de delito dentro de las que puede clasificarse la trata de personas está íntimamente ligada a los verbos rectores. Si bien es cierto que tiende a identificarse a la trata de personas con la creación de un estado de explotación de personas, ha de tenerse presente que el tipo no exige explotación, sino solamente la voluntad de explotar de distintas maneras. No siendo la explotación un elemento del tipo, no tiene ninguna relación con la consumación del delito.

Así las cosas, y existiendo pluralidad de verbos rectores, como es característico en los delitos de emprendimiento, tenemos que ellos se refieren aparentemente a acciones que podrían, según los casos, llevarse a cabo mediante varios actos distintos. Así, coexisten como verbos rectores la conducta de acoger, que perfectamente puede llevarse adelante por periodos prolongados de tiempo, con lo cual el delito se consume por todo el periodo de tiempo por el que dure la acción de acoger (piénsese por ejemplo en personas explotadas para el servicio doméstico, que pueden pasar toda la vida siendo acogidas por sus patrones);⁸⁶ con el verbo trasladar, que puede ser indicativo de una actividad que demore sólo un par de horas, días o semanas, según los casos. El verbo captar, usualmente se

⁸⁴ Con todo, a nivel mundial esta forma de trata concentra solamente el 0,2 por ciento de los casos, vid. *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 33.

⁸⁵ Notas interpretativas para los documentos oficiales de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos. UN Doc. A/55/838/Add. 1 de 3 de noviembre de 2000, párrafo 65, accesible en http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1s.pdf, consultado el 27 de diciembre de 2012.

⁸⁶ Una posición distinta, entendiendo que el delito de trata de personas es de mera actividad, sin más, sostienen, en la doctrina nacional, Suazo Schwencke, Carolina, *Iter criminis en los delitos sexuales, análisis dogmático y jurisprudencial*, tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal de la Universidad de Chile, 2012, p. 10 (apartado); y Aguilar Aranela, Cristian. *Delitos sexuales*, 2da edición 2012, Editorial Metropolitana, p. 209.

cometerá mediante conductas que, igual que el recibir, se realizan de una vez respecto de determinada persona. En cuanto a los verbos rectores del inciso final del artículo 411 *ter*; promover, facilitar y financiar también son conductas que se pueden llevar adelante por periodos prolongados de tiempo. La diferencia entre todos los supuestos es en la duración de la consumación del delito en el tiempo: su consumación puede durar sólo un momento (si sólo se capta) o prolongarse en el tiempo (en el acoger, por ejemplo). En cuanto a la punibilidad de etapas de ejecución del delito anteriores a la consumación, podrá darse o no dependiendo de la divisibilidad de las conductas que el cada caso lleven a la consumación.

El delito continuado es en Chile una categoría doctrinal y jurisprudencial, que se aplica en supuestos en los que varias conductas que consideradas aisladamente son delito se valoran unitariamente (por ejemplo, varias apropiaciones indebidas de un empleado de confianza que cada día se queda con 1.000 hasta completar 100.000). En la trata de personas no parece necesario recurrir a esa figura, pues –en el caso de que se piense en diversas conductas respecto de una misma persona en un mismo contexto especio-temporal– ya que el delito tiene hipótesis múltiples, si concurren varias hipótesis sólo hay tipicidad reforzada,⁸⁷ Si en cambio se piensa en varias conductas que tienen como sujeto pasivo a distintas personas, tampoco podría aplicarse la construcción del delito continuado, pues los bienes jurídicos afectados son personalísimos, lo que impide su consideración como una sola acción.

V. El tipo del art. 411 *ter* del Código penal

“Artículo 411 *ter*.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será

⁸⁷ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte general, 2da edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 452 y ss.; Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, parte general. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 653 y ss., Echeberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 111 y ss.

castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.”⁸⁸

Es llamativo que en el nuevo régimen legal de tráfico y la trata del Código penal se haya mantenido esta figura penal. Su ubicación –se encuentra entre la tipificación del tráfico de migrantes y la trata de personas– resulta casi simbólica e indicativa de su contenido. Al leer la descripción de la conducta punible resulta evidente que esta tiene elementos de ambas, lo que abre inmediatas interrogantes sobre su ámbito de aplicación.

1. Ámbito de aplicación del artículo 411 *ter* del Código penal (concurso aparente de leyes penales)

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

El ámbito de aplicación de este artículo no es el mismo que el del derogado artículo 367 *bis* del Código penal, pues ahora están vigentes, en conjunto con el 411 *ter*, también los demás artículos del párrafo 5 *bis*, lo que da lugar a un concurso aparente de leyes penales, vale decir, a un supuesto en el que más de una disposición legal es aparentemente aplicable al caso concreto.⁸⁹ Sin embargo, como se ha explicado ya, conforme al artículo

⁸⁸ Ley N° 20.507, artículo primero N° 4, publicada en el Diario Oficial el 08 de abril de 2011. Durante la tramitación de la ley, esta figura penal estuvo por desaparecer. Si bien estaba contemplada en el artículo 1 del proyecto de ley original, ya en el Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados se desechó, pues en ella se detectó lo que se denominó una contradicción (“[p]areciera, entonces, que solamente el cruce de fronteras [...] definiera como [ilícita la conducta]”). Sólo en el Segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado se agrega el artículo 411 *ter*, a propuesta del Ministerio Público y del profesor Juan Domingo Acosta. Vid. el documento “Historia de la ley”, pp. 18, 32 y 202, respectivamente, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

⁸⁹ “Hay un concurso aparente de leyes penales cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas.” Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, parte general. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 667. En las páginas sucesivas se refiere a los principios para resolverlo. Cfr. también Mir Puig, Santiago. Derecho penal, parte general, B de F, 2007, pp. 646 y ss.,

411 *quater* del Código penal, quienes promuevan o faciliten el traslado de personas (en los que se empleen ciertos medios, tratándose de adultos y) con ciertas finalidades, entre las que está la explotación sexual, reciben la pena correspondiente al autor de trata de personas. Siendo la pena de la trata del artículo 411 *quater* más severa que la del artículo 411 *ter*, corresponde aplicar la primera figura por sobre la segunda.⁹⁰

Tenemos entonces que los supuestos de aplicación del artículo 411 *ter* del Código Penal quedan acotados a aquellos casos en que se promueve o facilita la salida del país para que se ejerza la prostitución sin que se empleen los medios previstos en el artículo 411 *quater* tratándose de adultos, y (además, tratándose de sujetos pasivos adultos) sin que se pretenda que ella constituya una forma de explotación.⁹¹

Por otra parte, saltan a la vista también las similitudes de la figura del artículo 411 *ter* del Código penal con el delito de tráfico de migrantes de su artículo 411⁹². En efecto, ambas disposiciones comparten los verbos rectores (facilitar y promover) y parte –en el supuesto de entrada al país– del objeto de la acción. Existe también aquí un caso de concurso aparente de leyes que no es solucionable por la vía de la especialidad, ya que ninguna de las

número marginal 64 y ss.; Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 111 y ss.

⁹⁰ Es un supuesto de lo que se conoce parte de la doctrina denomina principio de subsidiariedad o de alternatividad (vid., en Chile, Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte general, 2da edición, 2004, pp. 459-461; Garrido Montt, Mario, Derecho Penal, parte especial, tomo II, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 460), pues ambas figuras comparten aspectos relevantes, pero tienen otros que los diferencian, de modo que algunos casos concretos serían subsumibles en ambas figuras, y otros solamente en una.

⁹¹ Durante la tramitación de la ley 20.507 se entendió que el artículo 411 *quater* reemplazaba al derogado 367 bis, como de hecho lo reemplaza en la enumeración del artículo 3 del decreto ley 321, de 1925, sobre libertad condicional. Cfr. el documento “Historia de la ley”, p. 131, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012: “La modificación se explica por la expresa derogación que esta ley hace del artículo 367 bis del Código Penal, y la incorporación, en su reemplazo, del delito de trata de personas tipificado en el artículo 411 *quater*” (el subrayado es propio).

⁹² “Artículo 411 bis.- Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

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

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

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

dos figuras está enteramente comprendida en la otra. Más bien nos encontramos con un caso de lo que en doctrina nacional se denomina subsidiariedad o alternatividad,⁹³ con lo que es necesario preguntarse cuál es la pena más severa en el caso de estos dos tipos. La respuesta a dicha pregunta no es tan simple, puesto en que la figura base de tráfico la pena corporal tiene un límite interior más bajo que la del artículo 411 *ter*, si bien la pena de multa que se prevé es más elevada. En los supuestos agravados, el rango de pena corporal comienza en el mismo punto, pero como la pena de multa es más elevada, puede sostenerse que la pena es mayor.

2) Elementos objetivos del tipo del artículo 411 *ter* del Código penal

a) Sujeto activo del artículo 411 *ter* del Código penal

Este primer elemento de la faz objetiva del tipo no presenta mayor complejidad. Cualquier persona puede ser sujeto activo de la acción; se trata de un sujeto común (el que). Nuestra ley penal, en el artículo 411 *octies*, inciso segundo, da a entender que el delito podría ser cometido no sólo por personas naturales, sino también por organizaciones criminales.⁹⁴

b) Verbos rectores del artículo 411 *ter* del Código penal

Los verbos rectores en el artículo 411 *ter* son facilitar y promover. Se trata de un delito de hipótesis múltiple (basta con que concurra una de las conductas, pueden concurrir ambas y se comete un solo delito, si se trata de un mismo sujeto pasivo en un mismo contexto espacio-temporal). El significado de los verbos facilitar y promover ya fue explicado respecto del artículo 411 *quater* del Código penal, y valen también para esta figura los reparos que suscita, en particular, en verbo facilitar.

⁹³ Vid. nota 90.

⁹⁴ Cfr. *supra*, pp. 10 y 10 (IV.1.a).

c) Objeto de la acción

Lo que se facilita o promueve es la entrada al país o salida desde él de más de una personas (en el tipo se utiliza siempre el plural “personas” “ejercen”), que a su vez constituye también el aspecto más claramente transnacional, pues la entrada o salida requieren necesariamente el paso desde otro Estado al chileno o viceversa. Vale la precisión hecha por Mario Garrido para el derogado artículo 367 *bis* del Código penal, en cuanto a que la entrada o salida del país se refiere a las fronteras terrestres, marítimas o aéreas.⁹⁵

De las nociones entregadas de facilitar y promover resulta que para que el delito se encuentre consumado no se requiere que la persona efectivamente entre al país;⁹⁶ o salga de él, y dicha entrada o salida tampoco está descrita como resultado separado de las conductas de facilitar y promover.

En tanto, la caracterización de la entrada o salida como ilegal dependerá para su determinación de los requisitos que disponga el Estado para la entrada al país o salida de él de la persona de que se trate, atendida su nacionalidad y demás circunstancias. Para los efectos de la tipicidad de la conducta es irrelevante que la entrada o salida sean lícitas o ilícitas, en ambos casos la conducta será típica.

3) Elementos subjetivos del tipo

Aparte del dolo respecto de todos los elementos del tipo objetivo, se requiere un elemento subjetivo adicional, que debe probarse. Se trata de una tipificación que requiere una tendencia interna trascendente: la conducta sólo será típica si se actúa “para” (con la finalidad de) que las personas que entran o salen del país “ejercen la prostitución”. Se trata de una tendencia interna trascendente. No se requiere en cambio un objetivo de

⁹⁵ Vid. Escobar Jiménez, C. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Estudios del Ministerio Fiscal, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 1561.

⁹⁶ Pérez Cepeda, A. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Comares, Granada, 2004, p. 206.

explotación, que sí es un supuesto (si bien no se emplea el término) del delito de trata de personas del artículo 411 *quater* del Código penal. Tampoco se dice que deba actuarse en contra de la voluntad de la persona que sale o entra del país. Todo eso es irrelevante para la tipicidad de la conducta.

4) ¿Delito continuado, o de ejecución instantánea de efectos permanentes?

Se trata de un delito de mera actividad, se consuma en cuanto se llevan adelante conductas de promoción o facilitación, sin que se requiera un resultado. Tampoco se crea algún estado ilegítimo. Ahora bien, en los casos en los que las actividades de promoción o facilitación perduren en el tiempo, el delito se estará consumando por todo el tiempo en que estas se estén realizando.

5) Punibilidad de promover o facilitar conductas lícitas

Con lo expuesto hasta ahora no podrá sino notarse que un punto insoslayable en el examen del artículo 411 *ter* del Código penal es el de la legitimidad, en el sistema de nuestro ordenamiento jurídico, de declarar punible la conducta típica, habida cuenta de que no se requiere en ella que se pretenda ninguna clase de explotación, ni que el traspaso de fronteras sea ilegal ni que se persiga algún ánimo de lucro. La conducta descrita como típica es una que –si prescindiéramos del propio artículo 411 *ter* del Código penal– sería lícita para el ordenamiento jurídico vigente. No encontramos entonces que en este artículo puedan reconocerse el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal, y un análisis a la luz del principio de lesividad presenta también dificultades. No se ve cómo la conducta típica contraría de otro modo el orden jurídico vigente. Siendo así, no resulta comprensible que se prevea para esta conducta un reproche penal análogo (si la pena se considera manifestación de él) al del tráfico de migrantes, en el que el disvalor no está dado sólo por

la ilegalidad del traspaso fronterizo, sino sobre todo por el ánimo de lucro, que mercantiliza al ser humano, o en el abuso de las facultades de un empleado público.⁹⁷

En lo objetivo, la conducta es perfectamente lícita, y hasta vista con buenos ojos por los Estados, como regla general: promover o facilitar la entrada o salida del país. El rasgo distintivo de la conducta punible es un requisito subjetivo especial, que ha de recaer sobre los elementos objetivos del tipo: como ha quedado expresado, sólo cabe considerar la aplicación del artículo 411 *ter* del Código penal si de actúa “para que” las personas que entran o salen del país “ejercen la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”, según los casos. Habida cuenta de que el ejercicio de la prostitución es una actividad lícita, no se vislumbra por qué se castiga penalmente su promoción o favorecimiento cuando ello implique cruzar la frontera nacional.

Ya que no se requiere que se actúe por ningún medio que anule la voluntad de la persona que traspasa la frontera, ni contra ella, vale la pena preguntarse si existe alguna razón jurídica para castigar el favorecimiento o promoción del traspaso de las fronteras nacionales para ejercer la prostitución en el caso en las que las personas que cruzan la frontera hayan decidido libremente hacerlo. En este punto no hay un consenso absoluto en las opiniones en doctrina: existe un grupo que estima que la prostitución debiera erradicarse, como una forma de “evitar la desigualdad y prevenir la violencia de género”.⁹⁸ En efecto, en un sistema jurídico que se apoyara en esa postura y prohibiera o incluso criminalizara la prostitución podría tener al menos coherencia dentro del sistema nacional que se previera un tipo penal como el del artículo 411 *ter* del Código penal chileno. En nuestro sistema jurídico, empero, no se prohíbe la prostitución de personas adultas, nacionales o extranjeras, y respecto de la prostitución de niños la punibilidad de la conducta está prevista ya en el ordenamiento.

Es el trasfondo de la prostitución de adultos como una conducta lícita, la que hace que el artículo 411 *ter* del Código penal, de cuyo ámbito de aplicación se excluyen los casos de

⁹⁷ Sobre tráfico de migrantes, vid. 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, tomo IV, pp. 435-465.

⁹⁸ Vid. sobre esta posición, con más antecedentes, Daunis Rodríguez Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, pp. 24-25. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012.

trata, implique una presunción *contra reo* a la que no se encuentra una explicación sistémica dentro del ordenamiento jurídico: se asume la conducta típica como un acto contrario a la libertad sexual de quien se traslada, sin que se deba probarse que hubo engaño, abuso o la falta de una decisión libre.⁹⁹ Ya antes de la ley N° 20.507 existían voces críticas respecto de la aplicabilidad de la figura base del derogado artículo 367 *bis*, puesto que la voluntad de la persona que cruza la frontera excluiría la antijuridicidad del pretendido atentado a la libertad.¹⁰⁰ Establecer por ley que la libertad sexual de personas adultas se ve vulnerada porque alguien facilita o promueve su entrada o salida del país para que se prostituyan (sin que se requiera engaño o abuso) es cuestionable en cuanto, en aras de proteger la libertad, en realidad se está más cerca de restringirla, al prescindir de dar alguna relevancia al consentimiento de los propios titulares de la libertad en cuestión.¹⁰¹ Siendo la prostitución una actividad lícita, no se entiende la razón por la cual otras conductas, también lícitas, debieran pasar a ser punibles por el sólo hecho de estar ligadas a ella.

VI. El tipo penal de asociación para cometer estos delitos (artículo 411 *quinquies* del Código penal)

El artículo 411 *quinquies* del Código penal dispone:

⁹⁹ Cfr. Daunis Rodríguez Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, pp. 27-28. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012.

¹⁰⁰ Así, a saber, Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial, 2da edición, 2004, p. 208: “entendido que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual y que este es disponible, la voluntariedad del traslado excluiría la antijuridicidad de la conducta”.

¹⁰¹ Cfr. en esta línea, con más antecedentes sobre la discusión que en España ha ocasionado el artículo 188.1 del Código penal, referido a supuestos de proxenetismo (que no es la conducta punible en el caso chileno). Daunis Rodríguez Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, pp. 19-24. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012. Coincide en la irrelevancia del consentimiento de los involucrados para los efectos de la tipicidad, con más antecedentes de doctrina y resoluciones judiciales nacionales, Aguilar Aranela, Cristian. Delitos sexuales, 2da edición 2012, Editorial Metropolitana, p. 194.

“Artículo 411 *quinquies*.- 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”.¹⁰²

Este artículo cumple en parte con la obligación de tipificar como delito “[l]a organización o dirección de otras personas para la comisión de” la trata de personas, que adquirió Chile en virtud del artículo 5 párrafo 2 letra c) del Protocolo de Palermo contra la trata de personas.

A continuación se examinará la estructura de este delito conforme a su tipificación en el Código penal chileno.

1. Elementos objetivos de la asociación para cometer tráfico de migrantes o tráfico de personas

a) Sujeto activo del artículo 411 *quinquies* del Código penal

El sujeto activo puede ser cualquier persona, no se requiere de ninguna característica particular. Se trata sí de un delito de concurrencia necesaria, en el que necesariamente debe haber más de un sujeto activo, pues las conductas de asociarse u organizarse requieren necesariamente de una pluralidad de personas.

b) Verbos rectores del artículo 411 *quinquies* del Código penal

Se trata de un delito en el que se mencionan dos verbos, con lo que aparentemente es de hipótesis múltiple. Sin embargo, la referencia a los artículos 292 y siguientes del Código Penal (que emplea las palabras “asociación” y “organizarse” para describir la conducta punible hace que en nuestro derecho interno se interpreten estos verbos como sinónimos.

¹⁰² Ley N° 20.507, artículo primero N° 4, publicada en el Diario Oficial el 08 de abril de 2011.

Ambas conductas estarían referidas a integrarse a agrupaciones de personas con ciertas características o formarlas.

La conducta de asociarse implica una pluralidad de personas que se interrelacionan mediante una estructura organizativa que goce de una cierta estabilidad.¹⁰³ Sin los requisitos de una estructura y pervivencia en el tiempo, se haría difícil distinguir los supuestos de aplicación de este artículo de los de mera coautoría¹⁰⁴ o de actos preparatorios de conspiración,¹⁰⁵ que requieren concierto. Además, la voz “asociación”, en el sentido técnico-penal que se le suele dar para los efectos de la asociación ilícita, no comprende a grupos de personas que sólo existen respecto de episodios determinados, como a las meras reuniones de personas.¹⁰⁶

Organizarse ha de entenderse como integrarse a una organización preexistente o formar una. Para que ésta exista se requeriría de estructuras que posibiliten delimitar al grupo respecto del entorno más allá de una situación concreta, coordinar sus actuaciones hacia un fin específico y poder adscribirlas a la organización.¹⁰⁷ Esta forma de comprender el término “organización” coincide con la definición de “grupo delictivo organizado” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (artículo 2 letras a) y c)). El artículo 2 letra a) define “grupo delictivo organizado” como

¹⁰³ También ha sido la forma tradicional de entender la asociación criminal en España, vid. Villacampa Estiarte, Carolina, Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal, Carolina, InDret 1/2012, www.indret.com consultada el 25 de diciembre de 2012, p. 22.

¹⁰⁴ Tribunal Supremo español, sentencias de 3 de mayo de 2001 y de 18 de octubre de 1998, citado en Bustos Ramírez, J. *Obras Completas Juan Bustos Ramírez. Derecho Penal Parte Especial, tomo III*, segunda edición. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009, p. 520. más referencias en Escobar Jiménez, C. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Ministerio de justicia, Estudios del Ministerio Fiscal, Madrid, 2004, p. 1595.

¹⁰⁵ Respecto de estos últimos cabe tener presente que en la moción parlamentaria que dio origen a la Ley N° 20.507 se señala que se sancionará especialmente la conspiración, lo que en definitiva no ocurre, al menos bajo esa denominación. En el Informe de la Comisión Familia, la subsecretaria (s) del Ministerio de Justicia señaló que “la sanción a la conspiración quedaría cubierta por la figura de la asociación ilícita contemplada en el proyecto”. Vid. el documento “Historia de la ley”, pp. 14 y 62, respectivamente, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

¹⁰⁶ Íbidem. Vid. también a saber, Sánchez Lázaro, Fernando. El nuevo delito de tráfico ilegal de personas, en Laurenzo Copello, Patricia (coord.), Inmigración y derecho penal. Tirant lo Blanch, 2002, p. 343; Escobar Jiménez, C. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Ministerio de Justicia, Estudios del Ministerio Fiscal, Madrid, 2004, p. 1595.

¹⁰⁷ Cfr., sobre el término organización, si bien utilizado en un contexto penal distinto, Werle, Gerhard y Burghardt, Boris. Erfordern Menschlichkeitsverbrechen die Beteiligung eines Staates oder einer „staatsähnlichen“ Organisation? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsgematik 6/2012, pp. 60-61.

“un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”.

Puede existir una fungibilidad de los miembros ejecutores de la organización, pero no es necesaria. De hecho, en el último tiempo se ha detectado que las organizaciones han ido variando desde una línea vertical de mando a estructuras integradas horizontalmente, en las que varios “expertos” se asocian (el que falsifica los documentos, el que transporta, el que capta, etc.).

2. Elementos subjetivos de la asociación para cometer tráfico de migrantes o tráfico de personas

El delito requiere dolo respecto de los elementos objetivos del tipo, además de un requisito subjetivo adicional, una tendencia interna trascendente, cual es “el objeto de cometer alguno de los delitos” del párrafo correspondiente del Código penal. Existiendo esta finalidad, nada obsta a que existan además otras.

3. ¿Delito continuado, o de ejecución instantánea de efectos permanentes?

Las conductas de asociarse y organizarse requieren necesariamente de una cierta permanencia en el tiempo. Es así que el delito se consuma permanentemente, por todo el tiempo en que la persona imputada permanece asociada u organizada con miras a cometer los delitos del título.

VII. Reflexiones finales

La relación entre trata y pobreza es innegable. Las personas son vulnerables a la trata porque no ven otra forma de cubrir sus necesidades básicas o no tienen redes de apoyo que les permitan salir de ella.¹⁰⁸ Teniendo presente el drama humano que eso implica es como mejor puede comprenderse la importancia de ser estrictos en la interpretación del delito de trata de personas, a fin de no vulnerar aquello que se pretende proteger. Parece relevante entender que no es labor del derecho penal determinar aquello que es razonable que las personas decidan,¹⁰⁹ sino solamente resguardar que no se den supuestos que impidan decidir libremente, entendiendo que en derecho una decisión puede perfectamente considerarse libre aunque no coincida con nuestras preferencias más íntimas, con aquello que a las personas les gustaría realizar en circunstancias óptimas. Si se interpreta estas disposiciones determinando la incapacidad de las personas de decidir en los casos en los que no se constata una voluntad jurídicamente viciada, se toma una opción que contraría a la autodeterminación y a la dignidad humanas, que son los principales bienes a proteger por los delitos de tráfico de migrantes y de trata de personas.

¹⁰⁸ Cfr. Dreixler, Markus. *Der Mensch als Ware. Erscheinungsformen modernen Menschenhandels unter strafrechtlicher Sicht*, Peter Lang, 1998, p. 253.

¹⁰⁹ Vid., en el mismo sentido y con más antecedentes, Dreixler, Markus. *Der Mensch als Ware. Erscheinungsformen modernen Menschenhandels unter strafrechtlicher Sicht*, Peter Lang, 1998, p. 266 y s.