

Universidad Andrés Bello
Facultad de Derecho

Alejandra Haru Navarro Muñoz
Gabriela Gianinna Osses Rojas

“Análisis del delito de Trata de Personas en Chile”

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas dirigida por el Profesor
don Juan Domingo Acosta.

Santiago de Chile

Año 2013

Agradecimientos.

A nuestras familias por su apoyo incondicional,
al Profesor Francisco Castillo por inspirarnos en este tema
y al profesor Juan Domingo Acosta por guiarnos en este arduo camino
haciendo posible la realización de esta tesis.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.	
Diferencia entre el delito de trata de personas y el delito de tráfico ilícito de migrantes.....	5
CAPÍTULO II.	
Comparación Legislativa.....	11
1- Legislación aplicable al delito de trata de personas por la Ley 19.409.....	11
1.1- Figura básica y Figura agravada.....	12
2- Legislación aplicable al delito de trata de personas por la Ley 20.507.....	14
CAPÍTULO III.	
Obligaciones Internacionales adquiridas por el Estado de Chile.....	19
CAPÍTULO IV.	
Consentimiento de la Víctima.....	29
1- Consentimiento de la víctima en materia penal.....	30
2- El consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas.....	34
CAPÍTULO V.	
Concursos y Penalidad.....	38
1- Concurso Ideal o Formal de Delitos y Concurso Real o Material de Delitos... 38	
1.1 Casos de Unidad de Delito.....	40
1.2 Delitos Complejos.....	41
1.3 Delitos Permanentes.....	41
1.4 Delito Habitual.....	42
1.5 Delitos Compuestos.....	42

1.6	Delitos de Emprendimiento.....	42
2-	Penas asignadas para el delito de trata de personas	43
2.1	Ley 20.507.....	44
CAPÍTULO VI.		
	Derecho Comparado.....	45
1-	Legislación española.....	45
2-	Legislación peruana.....	46
3-	Legislación Alemana.....	47
4-	Legislación francesa.....	48
5-	Legislación Portuguesa.....	50
6-	Legislación Italiana.....	51
CAPÍTULO VII.		
	Análisis jurisprudencial.....	54
1-	Datos Relevantes de la Causa.....	54
1.1-	Hechos señalados por el querellante.....	54
1.2-	Derecho en que se basa la parte querellante.....	55
1.3-	Hechos señalados por la parte querellada.....	55
1.4-	Derecho en que se basa la defensa de la parte querellada.....	56
1.5-	Pruebas en que sustenta su acusación el Ministerio Público.....	58
2-	Premisas Fáticas y Jurídicas del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique.....	59
2.1-	Premisas Fáticas del tribunal.....	59
2.2-	Premisas Jurídicas del tribunal.....	60
3-	Sentencia del tribunal Oral en lo Penal.....	60
	CONCLUSIONES.....	62
BIBLIOGRAFIA		

INTRODUCCIÓN

La explotación de personas en actividades sexuales (incluyendo la pornografía), sometiéndola a trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud o a otras prácticas semejantes, constituye uno de los delitos más antiguos y es considerado actualmente como un delito global, ya que no sólo se desarrolla en el ámbito nacional, pues su ejecución traspasa las fronteras configurándose de este modo como un delito transnacional. Por ello las legislaciones modernas sancionan penalmente como trata de personas el traslado, especialmente de un país a otro, de seres humanos que habitualmente se encuentran en situación de vulnerabilidad (pobreza, desamparo, falta de educación u otras formas de necesidad), cuando se realiza con alguno de los fines de explotación señalados, agregándose en el último tiempo la finalidad de extraer órganos.

La trata de personas incluye entre sus diversos elementos y en forma alternativa: el empleo de violencia, de intimidación, coacción, engaño, abuso de poder o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, así como el otorgamiento o la recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, reciba o traslade a la persona para ser víctima de alguna de las formas de explotación.

Actualmente es un hecho indiscutido que una de las máximas amenazas a la seguridad de los estados y de las personas es la existencia de organizaciones criminales. El fenómeno de la violencia y de la criminalidad ha asumido la complejidad de los nuevos tiempos.

Chile no está ajeno a la amenaza del crimen organizado. Es pública la preocupación por parte de las autoridades por la mala utilización que puedan hacer bandas criminales de nuestras ventajas económicas, como lo son el acceso a tecnologías y las facilidades y ofertas variadas en materia de comunicación, transporte aéreo, marítimo, y terrestre en nuestro país. Si a ello le agregamos el hecho de que una persona o mercadería proveniente de Chile al momento de traspasar las fronteras de otros países, genera un estatus más elevado de seguridad en el país receptor, con lo cual los controles de seguridad se hacen menos rigurosos que en caso de personas o bienes provenientes de países considerados de alto riesgo.

En atención a esta situación y por la falta de legislación que combatiera el crimen organizado y a los delitos transnacionales en nuestro país, era indispensable innovar en esta materia.

En este sentido y teniendo en consideración que este delito es cometido con cierta frecuencia por bandas organizadas en nuestro país, la pregunta que surge y sirve de guía en el tema objeto de nuestra investigación es si la actual normativa nacional sobre este delito cumple con los estándares internacionales exigidos principalmente por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que contempla la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Antes de dictarse la Ley N° 20.507 en el año 2011, en nuestro país sólo se sancionaba la trata de personas con fines de ejercer la prostitución en el artículo 367 bis del Código Penal, disposición que no cumplía con los estándares exigidos en la legislación internacional, toda vez que no incorporaba ni sancionaba las otras formas de explotación (distintas a la explotación sexual), como son los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre o la extracción de órganos. Por ello, surgió la iniciativa por parte del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de ingresar un proyecto de ley al Congreso Nacional para suprimir y reemplazar dicho artículo. Fue así como se dictó la Ley 20.507, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, que introduce al Código Penal Chileno el artículo 411 ter, que establece:

“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 castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.”¹

¹Ley 20.507. Diario Oficial de la república de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011.

Nuestra tesina tiene por objeto analizar y determinar si el actual delito sobre trata de personas cumple o no con los estándares internacionales establecidos por el Protocolo de la Convención de Palermo.

Para abordar el tema, en primer lugar realizaremos una diferenciación entre los delitos de trata de personas y de tráfico de migrantes, ya que en la práctica tienden a ser confundidos tornándose dificultoso distinguir los elementos constitutivos de cada tipo, influyendo dicha situación en la aplicación de penas.

Luego estableceremos una comparación legislativa tendiente a explicar la situación existente antes del proyecto de ley y la actual situación legal para posteriormente hacer referencia a las diversas obligaciones adquiridas por el Estado de Chile en el ámbito internacional, principalmente las contenidas en la Convención de Palermo, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificadas por Chile en el año 2003. Lo anterior se hará teniendo en consideración la historia fidedigna de la Ley N° 20.507.

Posteriormente realizaremos un análisis respecto al consentimiento de la víctima, cómo opera este en el ámbito del derecho penal, para luego trasladarlo al delito de trata de personas y determinar si es posible que la víctima consienta el ser explotada en las diversas formas que admite este delito.

A continuación realizaremos un análisis para así determinar si es posible la existencia de concurso ideal o formal y un concurso real o material de delitos en el de trata de personas, para asimismo examinar las penas, en el sentido de determinar si son adecuadas o no en comparación a otros delitos consagrados en la legislación penal chilena, a fin de si ella satisface los criterios de proporcionalidad.

A continuación realizaremos un análisis de derecho comparado que tiene por objeto el estudio de la situación existente en distintas legislaciones con el objeto de conocer su regulación y las penas que establecen para sancionar aquellas conductas constitutivas del delito de trata de personas. Las legislaciones objeto de análisis serán las correspondientes a los países de España, Perú, Alemania, Francia, Portugal e Italia.

Finalmente, nuestra tesina terminará con un análisis jurisprudencial, tendiente a conocer cómo ocurren los hechos constitutivos del delito en cuestión y cómo son sancionados, tomando en consideración los distintos tratamientos que otorga nuestra legislación.

El objetivo principal de esta investigación es llegar a la determinación de si el Estado de Chile cumple o no con los estándares internacionales, lo que es de vital importancia, toda vez que su incumplimiento sería constitutivo de responsabilidad internacional, debiendo adoptarse medidas en el ámbito interno tendientes a mejorar y alcanzar dichos estándares dirigidos a otorgar entera protección a las personas.

Asimismo, buscamos aportar bibliográficamente con una nueva mirada sobre el delito de trata de personas a los futuros estudiantes de derecho.

CAPÍTULO I. DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

Antes de comenzar el análisis objeto de nuestra tesina es esencial diferenciar entre el delito de trata de personas y el de tráfico ilegal de migrantes, puesto que en la práctica ambas figuras tienden a confundirse, llegando incluso a utilizarse como sinónimos. Tanto el delito de trata de personas como el delito de tráfico de migrantes significan una violación grave de los derechos humanos (como lo señala Ayelén Benítez en su obra *La esclavitud del siglo XXI: Trata de personas con fines de explotación sexual*)², ambos son, en principio, delitos transnacionales, los que se han visto potenciados por diversas causas como lo son el desempleo, la pobreza, la discriminación, la violencia de género, etc.

Sin embargo, entre ambos delitos hay diferencias fundamentales, incluso en lo que a bien jurídico protegido se refiere. En la trata de personas el fundamento de su existencia es el peligro que el traslado de las personas implica para su seguridad, su indemnidad sexual, su salud individual y su vida. En el tráfico de migrantes se protegen las facultades de policía (migración) de los Estados, como una expresión de la soberanía. Consecuentemente, estos delitos se constituyen de forma independiente a través de sus diversos elementos y, aunque podemos encontrar ambas figuras en un mismo hecho (ya sea porque se inició como delito de tráfico de migrantes y devino en trata de personas o a la inversa), esto no quiere decir que la existencia de uno implique necesariamente la presencia del otro³. Esto se ve reflejado en la práctica, ya que en el delito de trata de personas no es indispensable que las víctimas crucen las fronteras para que se configure el hecho delictivo, mientras que éste es un elemento esencial para la comisión del tráfico de migrantes.

Sin perjuicio de ello, antes de establecer las principales diferencias existentes entre ambos delitos resulta fundamental comprender qué tipifican y abordan, lo que se podrá comprender de mejor manera a través de un estudio respecto de lo que los ins-

²Benítez. Anyelén, *La esclavitud del siglo XXI: Trata de personas con fines de explotación sexual*, Mar del plata, Argentina, 2011 (cap. I). Consultado el 05 de Octubre de 2012, EN <http://es.scribd.com/doc/57487225/TRABAJO-DE-INVESTIGACION-TRATA-DE-PERSONAS-UNMDP-DERECHO-INT-PUBLICO>

³Idem.

trumentos internacionales existentes sobre la materia han definido como tales. De este modo y de acuerdo con el artículo 3 letra a del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se entiende por trata de personas:

“[L]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”⁴

Por su parte, el Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, contemplado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define al Tráfico ilegal de Migrantes como:

“[L]a facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.”⁵

A partir de estas definiciones podemos establecer la principal diferencia existente entre ambos delitos, que estará conformada por sus elementos constitutivos. En el delito de trata de personas se pueden encontrar tres grandes elementos copulativos, es decir, para que se configure el delito no se pueden considerar por separado ninguno de ellos:

⁴Protocolo 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.

⁵Idem.

- Para que se constituya el hecho delictivo es fundamental que se realicen las siguientes conductas, que son, a su vez, los verbos rectores: la captación de la víctima, su traslado o transporte y la acogida o recepción.⁶
- Las formas o medios para lograr esto son variadas: se puede recurrir a las amenazas o el uso de la fuerza, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, a una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.⁷
- Por su parte, la finalidad que persigue el autor en la trata de personas es la explotación, la que se puede ver reflejada de múltiples formas: sexual, trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud y extracción de órganos.⁸

En el delito de tráfico de migrantes, encontramos los siguientes elementos:

- a) Traficante o intermediario que facilita el traspaso de fronteras.
- b) Pago a traficante ya sea por el cliente o por alguien a su nombre.
- c) Ingreso ilegal al país de destino o mediante sucesivos actos ilegales.
- d) Voluntad del cliente de recurrir a los servicios del traficante.⁹

⁶Historia fidedigna Ley 20.507. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011, pag. 46

⁷Historia fidedigna Ley 20.507. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011, pag. 46

⁸Idem.

⁹Idem.

Es fundamental señalar como análisis de su definición que hay tráfico ilegal de migrantes cuando el ingreso al país se ha producido en forma fraudulenta o engañosa, por lugares y sitios que no son los establecidos por la autoridad, o incluso, sin haber cumplido con los requisitos legales establecidos por la ley o las reglamentaciones vigentes de cada país.¹⁰

Fuera de las mencionadas, se pueden encontrar otras diferencias en estos delitos y que demuestran su autonomía:

El tráfico ilegal de migrantes es un delito contra el Estado, una violación a las leyes migratorias. La trata de personas, por su parte, es un delito contra las personas, que son víctimas de la explotación y su libertad se ve limitada.¹¹ Consecuentemente, el bien jurídico protegido en el primero “[...] es una función administrativa del Estado consistente en el debido control migratorio que las leyes le acuerdan al gobierno en este aspecto.”¹² Mientras que en la trata de personas el bien jurídico tutelado pareciera ser la dignidad y, por sobre todo, los derechos de las personas que en definitiva sufren la explotación.

En cuanto a la finalidad que persigue el autor en cada caso, en el delito de trata de personas, además del dolo, el sujeto debe obrar con el propósito de que se explote en alguna de las formas señaladas en el tipo penal, lo que transforma a éste en uno de intención trascendente. En cambio, el tráfico ilícito de migrantes no exige elementos subjetivos distintos del dolo.

Las víctimas de trata de personas se movilizan tanto dentro como fuera del país, pero no siempre entrando o saliendo de otro Estado de manera ilegal. En cambio, el tráfico de migrantes implica necesariamente un cruce de fronteras de manera ilícita.¹³ Es decir, el primer hecho delictivo puede acontecer tanto en el ámbito nacional como internacional, mientras que el segundo siempre tiene carácter transnacional.

¹⁰Benítez. Anyalén, La esclavitud del siglo XXI: Trata de personas con fines de explotación sexual, Mar del plata, Argentina, 2011 (cap. I). Consultado el 05 de Octubre de 2012, EN <http://es.scribd.com/doc/57487225/TRABAJO-DE-INVESTIGACION-TRATA-DE-PERSONAS-UNMDP-DERECHO-INT-PUBLICO>

¹¹Historia fidedigna Ley 20.507. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011. pag. 46

¹²Benítez. Anyalén, La esclavitud del siglo XXI: Trata de personas con fines de explotación sexual, Mar del plata, Argentina, 2011 (cap. I). Consultado el 05 de Octubre de 2012, EN <http://es.scribd.com/doc/57487225/TRABAJO-DE-INVESTIGACION-TRATA-DE-PERSONAS-UNMDP-DERECHO-INT-PUBLICO>

¹³Historia fidedigna Ley 20.507. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011. pag. 46

Las víctimas de trata de personas no han consentido en su explotación o su consentimiento se encuentra viciado. En el tráfico en cambio hay una operación comercial voluntaria.¹⁴ Es decir, en este último caso se hacen presentes “[...] *las transacciones consensuales en las que el transportista ilegal y el migrante acuerdan evitar los controles migratorios por razones mutuamente ventajosas.*”¹⁵

En consecuencia, ambos delitos son autónomos o independientes; cada uno de ellos se distingue en virtud de sus distintos elementos y bienes jurídicos protegidos, lo cual no implica necesariamente que su distinción sea siempre fácil en la práctica, toda vez que normalmente estos delitos se encuentren en constante convergencia; es posible que en muchas situaciones o casos particulares, como hemos señalado, nos encontremos con ambos delitos.

En este sentido, “*La Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales reconoció que podía haber convergencias entre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de seres humanos, ya que no siempre puede realizarse una distinción clara entre ambos fenómenos pues: la situación legal de un migrante y el nivel de explotación al que es sometido puede cambiar en el transcurso de un viaje*”.¹⁶ Como señalamos, el delito de trata de personas puede verse inmerso en el delito de tráfico de migrantes, pero no todo tráfico de migrantes implicará trata de personas.

Es fundamental entender la distinción entre ambos delitos, puesto que de no ser así podrían aplicarse sanciones incorrectas a los tratantes o traficantes de personas, lo que implicaría que no podrían aplicarse tratamientos penales apropiados a la hora de castigar a los culpables por los delitos cometidos.

¹⁴idem.

¹⁵Benítez.Anyalén, La esclavitud del siglo XXI: Trata de personas con fines de explotación sexual, Mar del plata, Argentina, 2011(cap. I).Consultado el 05 de Octubre de 2012,EN <http://es.scribd.com/doc/57487225/TRABAJO-DE-INVESTIGACION-TRATA-DE-PERSONAS-UNMDP-DERECHO-INT-PUBLICO>

¹⁶Benítez.Anyalén, La esclavitud del siglo XXI: Trata de personas con fines de explotación sexual, Mar del plata, Argentina, 2011(cap. I).Consultado el 05 de Octubre de 2012,EN <http://es.scribd.com/doc/57487225/TRABAJO-DE-INVESTIGACION-TRATA-DE-PERSONAS-UNMDP-DERECHO-INT-PUBLICO>

También es importante esta distinción para poder brindar la debida protección a las víctimas que sufren estos delitos, pues al tener claridad respecto del delito cometido se podría tener mayor certeza respecto del tipo de explotación al cual fue expuesta la víctima y así se lograría brindar un tratamiento adecuado a la víctima y a su entorno más cercano.

CAPÍTULO II. COMPARACIÓN LEGISLATIVA.

El delito de trata de personas fue incorporado en nuestra legislación a través de la ley 19.409, publicada el 07 de Septiembre del año 1995 en el diario oficial, que tipifica en el libro II, título VII “*Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual*” de nuestro Código Penal el artículo 367 bis. Posteriormente dicho artículo fue suprimido por la ley 20.507 el 08 de abril del año 2011, incorporando en nuestra legislación penal el actual artículo 411 ter y siguientes.

El presente capítulo tiene por objeto hacer un análisis comparativo respecto de las dos regulaciones que ha tenido en nuestro país el delito de trata de personas, es decir, comparar la legislación incorporada a nuestro país por la ley 19.409 y posteriormente la que se estatuyó por la ley 20.507.

1- Legislación aplicable al delito de trata de personas por la Ley 19.409:

Como lo mencionamos anteriormente, la ley 19.409, incorporó en nuestro Código Penal el artículo 367 bis, que señalaba:

"Artículo 367 bis.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.

No obstante, se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior en los siguientes casos:

- 1.- Si la víctima es menor de edad.*
- 2.- Si se ejerce violencia o intimidación.*
- 3.- Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza.*
- 4.- Si el autor fuere ascendiente, descendiente, marido, hermano, tutor, curador o encargado de la educación de la víctima.*
- 5.- Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.*
- 6.- Si existe habitualidad en la conducta del agente."*

En este artículo era posible distinguir dos figuras:¹⁷

- 1.1- una figura básica o simple, que se encontraba en el primer inciso, entendiéndose que es: “aquel en que el hecho punible se perfecciona con una acción y, en su caso, un resultado, cuya entera satisfacción es inmediata”¹⁸;
- 1.2- otra figura calificada o agravada, que se encontraba en el segundo inciso del artículo 367 bis y que consideraba agravantes de responsabilidad según las formas de comisión y la vulnerabilidad del sujeto pasivo: minoría de edad del sujeto pasivo, empleo de violencia o intimidación, de engaño o de abuso de autoridad o confianza, tener algún grado de parentesco o ser cónyuge, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima, encontrarse la víctima en algún estado de desamparo económico o el hecho de existir habitualidad en la conducta del agente.

“La figura que sirve de base para determinar la calidad de privilegiada o calificada de otra es la figura simple”¹⁹, en otras palabras, para que exista una figura calificada siempre se requerirá de una figura simple que es la base del tipo penal, que puede ser cometido por cualquier persona. De esto se deriva que la figura simple contempla penas menores que las establecidas para quien incurre en la figura calificada, por el especial modo de comisión o por el estado de indefensión en el cual se encuentra la víctima.

De este modo, el artículo 367 bis del Código Penal tenía por objeto sancionar la conducta cuando ésta tenía una finalidad de explotación sexual de la víctima, sólo en casos de entrada y salida del país. En otras palabras, el legislador dejó de lado otras formas de explotación, como la laboral y la de extraer los órganos.

Respecto del bien jurídico protegido, la figura era pluriofensiva, y presentaba dos facetas: *“una de carácter colectivo, dado que se trata de proteger la dignidad de los extranjeros en cuanto sujetos pertenecientes a un colectivo o grupo discriminado (dignidad- igualdad) y otra índole individual, en*

¹⁷Maldonado Rojas, Pía Carolina, Análisis Crítico del Delito de Trata de Personas en Chile, en relación a su tipificación en la Convención de las Naciones Unidas, contra la delincuencia organizada transnacional, y su protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños, Profesor guía Jorge ChocairLahsen, Universidad Andrés Bello,Santiago,Chile,2009.

¹⁸Politoff, Sergio, jean Pierre, Matus y María Cecilia Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte general, editorial jurídica de chile, segunda edición , Santiago,2004,p. 188

¹⁹Etcheberry, Alfredo.Derecho Penal, parte general, editorial Universidad de Chile, Chile, 1998, tomo II. P

*tanto que se protegen derechos de individuos particulares (libertad sexual y el derecho a la dignidad como derecho individual (dignidad- libertad)).*²⁰

En cuanto al verbo rector que describía al delito, tanto en la modalidad simple como calificada, era promover o facilitar la entrada o salida de personas del país con la finalidad de que estas ejerzan la prostitución. *“Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la figura del artículo 367, aquí no se requiere que la víctima haya alcanzado a prostituirse, como lo deja de manifiesto el empleo de la preposición para, que indudablemente alude a la simple motivación que ha de presidir la actuación del sujeto activo”*²¹.

Para determinar el sujeto activo y pasivo debe distinguirse entre la figura simple y la agravada o calificada. En la primera el sujeto activo podía ser cualquier persona, y en la calificada también podía serlo cualquiera salvo en las hipótesis de *“abuso de autoridad, y ser ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima. Puesto que el sujeto activo debe ser una autoridad, consanguíneo, tutor, curador, adoptado o adoptante.”*²²

Respecto del sujeto pasivo, en la figura simple podía ser hombre o mujer, mayor o menor de edad. En la figura calificada, en principio puede ser cualquiera, salvo en los casos de víctimas particularmente vulnerables que el tipo penal describía.

En cuanto al elemento subjetivo requerido en el tipo penal, *“requiere de dolo directo, es decir el conocimiento y la voluntad de que entren o salgan personas del país-, y como se trata de una figura de tendencia trascendente, exige además un elemento subjetivo, que el móvil del agente cuando lleva a cabo su acción de facilitar o promover la entrada o salida del país, sea para que las personas de que se trata ejercen la prostitución, para que se dediquen el comercio sexual.”*²³

²⁰Mercedes García Arán, *Trata de personas y explotación sexual*, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 31.

²¹Rodríguez Collao, Luis. *Delitos sexuales*, editorial jurídica de Chile Santiago, 2001, p. 236

²²Maldonado Rojas, Pía Carolina, *Análisis Crítico del Delito de Trata de Personas en Chile*, en relación a su tipificación en la Convención de las Naciones Unidas, contra la delincuencia organizada transnacional, y su protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños, Profesor guía Jorge ChocairLahsen, Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile, 2009

²³Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal*, parte especial, editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, Chile, 2005, tomo III, p. 314

El IterCriminis también llamado acto de ejecución completa, permitía que el delito se encontrara en grado de tentado o consumado, “*por la fraccionabilidad de los actos que lo constituyen. A pesar de aquello se califica de delito de emprendimiento, porque está conformado por una actividad que se realiza una y otra vez y en la cual toma parte el autor, habiéndola o no iniciado él mismo.*”²⁴ Dado que el tipo penal no requería un resultado material, no era posible su ejecución en grado de frustración.

Finalmente, respecto de la penalidad, el delito de Trata de Personas establecía diferentes penas para sancionar tanto la figura simple como agravada. Para la figura simple constituía una pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 20 a 30 UTM, por su parte para la figura agravada constituía una pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de 31 a 35 UTM.

2- Legislación aplicable al delito de trata de personas por la Ley 20.507:

En virtud de la ratificación que realizó el Congreso Nacional de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convención de Palermo del año 2003 y de sus protocolos en el año 2004, surgió el proyecto de ley sobre trata de personas como iniciativa del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y que una vez aprobado dio lugar a la ley 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas estableciendo normas para su prevención y una persecución criminal más efectiva. Esta ley derogó el artículo 367 bis del Código Penal, incorporando nuevas figuras que dieron lugar al artículo 411 ter y siguientes bajo el título VIII “*Crímenes y simples delitos contra las personas*”, agregando el párrafo 5° bis, llamado “*De los delitos de tráfico ilícito de migrante y trata de personas*”:

*“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 castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.”*²⁵

²⁴Politoff, Sergio, Jean Pierre, Matus y María Cecilia Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte general, editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, Chile, 2004, p. 216

²⁵ Ley 20.507. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011

“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, aún 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.”²⁶

“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.”²⁷

A continuación realizaremos un desglose de los artículos propuestos, en comparación con el antiguo artículo 367 bis:

En términos generales, actualmente no se criminaliza la trata de personas sólo cuando tiene como fin la explotación sexual, pues se agrega también la explotación laboral y extracción de órganos. A su vez y siguiendo los patrones internacionales, no se distingue si la conducta se realiza dentro o fuera del país, por lo que se hace punible la figura de trata de personas interna o no transnacional (a menos en el caso de la figura del artículo 411 quáter y no así en el caso del artículo 411 ter). Se produce también la persecución criminal del delito cuando su ciclo se ha desarrollado íntegramente dentro del país.

²⁶idem

²⁷idem

El cambio de título y párrafo en que se ubicó al delito es consecuencia de la incorporación de la trata de personas en términos más amplios y con fines distintos de la explotación sexual (como ocurre con laboral o la extracción de órganos), ya que su mayor amplitud hace que no proceda restringirla a los delitos sexuales. Por ello, la figura se trasladó desde el párrafo 6 del Título VII del Libro II del Código penal: “*Del estupro y otros delitos sexuales*”, al Título VIII del mismo cuerpo legal: “*Crímenes y simples delitos contra las personas*”, creándose un párrafo nuevo, con el número 5 bis: “*De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas*”. De este modo, el delito de trata de personas pasa a considerarse como un delito contra la persona que puede tener diversas formas de explotación y no sólo sexual.

Respecto de la forma de tipificar al delito, los nuevos artículos describen dos figuras, con penalidad diversa. La primera se encuentra en el artículo 411 ter, que contempla un tipo análogo a la figura básica del derogado artículo 367 bis y se refiere a la promoción o facilitación de la entrada o salida del país para ejercer la prostitución. Sin embargo en este nuevo artículo se incorporan nuevos verbos rectores: la captación, el traslado, y acoger o recibir a las víctimas con motivo de alguna forma de explotación.

Respecto del elemento subjetivo sigue exigiéndose dolo directo, que está implícito en la existencia de un elemento subjetivo del tipo: actuar con fines de explotación laboral, sexual, extracción de órganos que podría llegar a sufrir la víctima, etcétera.²⁸

Sujeto activo y pasivo siguen siendo cualquier persona natural, hombre o mujer, mayor o menor de edad.

Respecto de la penalidad, se establece por el artículo 411 ter para la figura simple, una pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.

El artículo 411 quáter describe el delito de trata de personas propiamente tal, con una figura simple, en el inciso primero, y una calificada, o agravada, en el inciso segundo (si se trata de una víctima menor de edad). En el inciso tercero se sanciona con iguales penas a quien promueva, facilite o financie la ejecución de dichas conductas. En cuanto a

²⁸Maldonado Rojas, Pía Carolina, Análisis Crítico del Delito de Trata de Personas en Chile, en relación a su tipificación en la Convención de las Naciones Unidas, contra la delincuencia organizada transnacional, y su protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños, Profesor guía Jorge ChocairLahsen, Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile, 2009, p. 58

las penas, se establece en primer lugar la pena de reclusión mayor en su grado mínimo a medio y multa de cincuenta a cien UTM para la figura simple, en segundo lugar se establece la pena de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien UTM, para la figura a gravada.

En cuanto a los medios comisivos, deben consistir en el uso de la violencia, de la intimidación, de la coacción, del engaño o del de poder.

En fin, el artículo 411 quinquies contiene la figura de asociación ilícita, entendiéndose por esta de conformidad al artículo 292 del Código Penal:

“Art. 292. Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.”²⁹

En cuanto al IterCriminis este delito, *“se penalizara como consumado desde que exista principio de ejecución, ello debido a la gravedad de los mismos, a la forma ordinaria de perpetración que supone siempre la realización de varias acciones consecutivas en el tiempo, desde el momento de la selección de la víctima, su retención ilegítima, hasta su traslado y disposición final en manos de las personas que pagan por ella”³⁰*

En virtud de lo expuesto, podemos señalar que efectivamente han existido dos legislaciones importantes referentes al delito de trata de personas; cada una de las cuales ha establecido distintas modalidades respecto de la tipificación, ya sea en relación a los verbos rectores, bienes jurídicos protegidos, sujetos intervinientes en el hecho delictivo, formas de consumación, IterCriminis y penas establecidas para sancionar las distintas formas que configuran este delito, tanto en su modalidad simple como calificada.

Asimismo, podemos comprobar la necesidad que tuvo nuestra legislación de modificar el delito ya tipificado en primera instancia con miras a cumplir con los estándares exigidos por la Convención de Palermo y adoptada por el Estado de Chile. En este

²⁹Código penal

³⁰Historia fidedigna Ley 20.507. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011. pag. 14

sentido, el delito de trata de personas es contemplado no sólo en un artículo, como se hizo hasta el año 2011 fecha en que fue derogado el artículo 367 bis, sino que se establecieron penas particulares para las distintas formas de comisión, otorgando así mayor protección a las víctimas.

Consecuentemente, en el artículo 411 ter se integran nuevos verbos rectores ajustados a los ya establecidos por la Convención de Palermo: en el artículo 411 quáter se establecen figuras agravadas; sin embargo, cuando se trata de un menor de edad no se requerirá la configuración de las circunstancias de comisión ya señaladas (violencia, intimidación, coacción, engaño o abuso de poder). Por lo tanto, se protege de una manera especial a la víctima menor de edad.³¹ Finalmente en el artículo 411 quinquies se establece la figura de la asociación ilícita.

³¹Ídem p.58

CAPÍTULO III. OBLIGACIONES INTERNACIONALES ADQUIRIDAS POR EL ESTADO DE CHILE.

El delito de trata de personas tuvo sus orígenes en la época de la colonia, cuando comenzaron a gestarse las primeras normas que castigaban dicha actividad. Sin embargo, este fenómeno fue tomando cada vez más fuerza en el siglo XIX, surgiendo el concepto de “trata de blancas”, para referirse al traslado de mujeres, desde Europa hacia las colonias africanas para que ejercieran la prostitución.³²

La comercialización de mujeres, con el paso de tiempo, se fue extendiendo a otros países, lo que generó que en el año 1904 varios países europeos pactaran el “*Acuerdo Internacional para suprimir la Trata de Blancas*”, el que tenía por objeto prohibir el tránsito de mujeres europeas entre fronteras para que ejercieran el comercio sexual.³³

Posteriormente, en 1910 se advirtió que este traslado de mujeres no solo se da entre países fronterizos, sino que además se da al interior de los mismos, estando asociadas otras violaciones a los derechos humanos, tales como la esclavitud y la servidumbre, de manera que se celebra la “*Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Blancas*”.³⁴

Consecutivamente, al amparo de la Sociedad de las Naciones, la comunidad internacional acuerda la “*Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños*” de 1921, y luego, la “*Convención Internacional de Ginebra*”, relativa a la trata de mujeres de 1933. Es de este modo como en 1945 surgió la actual Naciones Unidas, con la cual nació una nueva concepción universal de derechos humanos, que trajo como consecuencia que tres años más tarde, en 1948 naciera a la vida del derecho la “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, que establece en su artículo 4º como prohibición la esclavitud, servidumbre y la trata de esclavos en todas sus formas.³⁵

Sin embargo, con el transcurso del siglo XX la comunidad internacional no lograba visualizar las dimensiones alcanzadas por el delito de trata de personas, que constituía una violación grave de los derechos humanos, el que se comparaba por su grave-

³² Góngora Vargas Andrés, La Trata de Personas más cerca de lo que te imaginas, Policía de Investigaciones de Chile Jefatura Nacional de Delitos Contra la Familia, Santiago, Mayo de 2007, Página 5

³³ Idem.

³⁴ Góngora Vargas Andrés, La Trata de Personas más cerca de lo que te imaginas, Policía de Investigaciones de Chile Jefatura Nacional de Delitos Contra la Familia, Santiago, Mayo de 2007, Página 6

³⁵ Idem.

dad con delitos tales, como el tráfico ilícito de drogas y el tráfico de armas; es por eso que los países del mundo reunidos en la ciudad de Palermo, en el marco de la Convención de las Naciones Unidas, plantearon la redacción de un nuevo instrumento internacional que pusiera fin al delito de trata de personas, resaltando la vulnerabilidad de mujeres y niños; es así como nace el *“Protocolo para prevenir reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”* y el *“Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire”* que complementan la *“Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”* celebrada en la ciudad de Palermo, Italia, los días 12 al 15 de noviembre del año 2000.

Chile no estaba ajeno a la amenaza del crimen organizado. Es un hecho público, que ha existido preocupación por parte de las administraciones chilenas por la mala utilización que puedan hacer bandas criminales de nuestras ventajas económicas comparativas y si a ello le agregamos el hecho de que una persona provenga de nuestro país, cuando accede a fronteras en el primer mundo, genera un estatus más elevado de seguridad en el país receptor, con lo cual los controles de seguridad policiales o administrativos se hacen menos rigurosos que en el caso de personas que provienen de países considerados de alto riesgo.³⁶

Atendida a esta situación y ante la carencia que existía en nuestro país de una legislación general de combate al crimen organizado y al delito transnacional moderno se consideró indispensable innovar en esta materia. Es por esta razón que Chile se suscribió, ratificó y promulgó la Convención de Palermo. Además, esta convención se encuentra complementada por un Protocolo Adicional, que también ha sido suscrito y ratificado por el estado de Chile en idénticos términos que la convención³⁷

En virtud de esto el Estado de Chile asume ciertas obligaciones al suscribirse y ratificar la Convención de Palermo, que consisten en que el Estado de Chile debía cambiar la tipificación legal del delito de trata de personas. En efecto, el Protocolo dispone que los Estados partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otra índole, necesarias para tipificar como delito interno las conductas enunciadas en su artículo 3 y, finalmente, el Protocolo obliga a los estados partes a adoptar medidas de asistencia y protección a las víctimas y diseñar e implementar políticas, programas y otras medidas de carác-

³⁶Historia fidedigna de la Ley 20.507, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011 página 5.

³⁷Idem.

ter amplio para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a las víctimas de este delito³⁸.

Es de este modo como el presente capítulo tiene por objeto el estudio de las principales obligaciones Internacionales establecidas por la Convención de Palermo y sus Protocolos y a la luz de dichas obligaciones, determinar si el estado de Chile cumple o no con las mismas.

El 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, establece entre sus fines lo siguiente: “Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y niños; proteger y ayudar a las víctimas del delito de trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y promover la cooperación entre los Estados partes para lograr esos fines”.³⁹

En cuanto a la labor de la prevención prevista en el protocolo, ésta comprende la información y la educación de las víctimas, así como a la sociedad civil, a los funcionarios y servidores públicos. Se requieren jornadas de capacitación de funcionarios, así como actividades tendientes a la formación e intercambio de experiencias específicamente sobre trata de personas.⁴⁰

El cumplimiento de dicha labor significa, además, desarrollar una clara definición del delito de trata de personas, tal como lo hace el Protocolo en su artículo 3°:

“a) 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;

³⁸Historia fidedigna de la Ley 20.507, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011 página 12.

³⁹Protocolo 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 página 44

⁴⁰ Investigación sobre trata de personas en Chile, resumen ejecutivo OIM, Chile 2008, página 14

b) *El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;*

c) *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;*

d) *Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.”⁴¹*

Lo anterior debe ser complementado con el artículo 5° que prescribe:

“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°...”

Consecuentemente, en relación a esta primera obligación asignada por el Protocolo de Palermo que complementa la Convención de las Naciones Unidas, podemos señalar que la gran mayoría de los países, si bien han suscrito y ratificado el protocolo de Palermo, no han cumplido con lo previsto en el artículo 5° de dicho protocolo, es decir, no han tipificado el delito de trata de personas en su legislación interna, o si lo han hecho dicha tipificación resulta ser insuficiente o escasa⁴².

En el caso de Chile podemos hacer presente que ha existido una evolución respecto a la tipificación del delito de trata de personas, porque si bien en sus inicios el delito tipificado en el artículo 367 bis sancionaba la trata de personas lo hacía de forma insuficiente o escasa, ya que solo sancionaba la trata de personas con fines de explotación sexual dejando fuera de toda sanción el delito de trata de personas con fines de extracción de órganos y explotación laboral.

Al mismo tiempo no se sancionaba el delito de trata de personas ejercido dentro del territorio nacional. En la actualidad esa situación se ha subsanado, ya que el Estado de Chile no solo cumple con la obligación de tipificar el delito en su ámbito interno tal

⁴¹Protocolo 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, páginas 44 y 45.

⁴² Ulloa DíazCésar Humberto, José Rubén Ulloa Gávilano, El Delito de Trata de Personas en el Código Penal Peruano, Perú, 2011, página 4.

como lo señala el Protocolo de Palermo, sino que también lo hace de forma eficiente. Así lo demuestra el artículo 411 ter del Código Penal, que tipifica el delito respecto de todas sus finalidades, sin hacer distinciones entre la conducta típica del delito de trata de personas.

En cuanto a la labor de ayuda y protección a las víctimas del delito de trata de personas, el Protocolo de Palermo, establece las siguientes obligaciones:

- Proteger la privacidad y la identidad de las víctimas de trata de personas;
- Confidencialidad de las actuaciones judiciales;
- Rehabilitación física, psicológica y social;
- Seguridad física de las víctimas, repatriación de las víctimas con las medidas de seguridad adecuadas.

En este sentido podemos señalar que variadas Instituciones públicas y privadas han desarrollado una serie de buenas acciones que representan significativos avances en el abordaje del delito de trata de personas. En este sentido se han realizado largas jornadas de capacitación de funcionarios, se han implementado campañas de prevención y sensibilización sobre el delito a nivel nacional; y finalmente existen iniciativas de asistencia a migrantes vulnerables y programas de reparación para víctimas del delito de trata de personas. Estos organismos han cubierto una significativa demanda de atención psicosocial en la población de migrantes a nivel nacional.⁴³ Sin embargo, podemos señalar que al Estado de Chile le falta impulsar instancias específicas de protección de víctimas de acuerdo con instrumentos Internacionales ratificados, como por ejemplo alojamientos adecuados, asistencia médica, psicológica y material oportunidad de empleo, educación, capacitación, asesoramiento e información respectiva a sus derechos. Como también fortalecer y potenciar la coordinación entre las instituciones de los países de origen, tránsito y destino de las víctimas, con el objeto de generar programas integrales de reinserción social y reparación.⁴⁴ Consecuentemente, podemos señalar que el Estado de Chile cumple parcialmente con esta obligación.

⁴³ Investigación sobre trata de personas en Chile, resumen ejecutivo OIM, Chile 2008, página 14.

⁴⁴ Investigación sobre trata de personas en Chile, resumen ejecutivo OIM, Chile 2008, página 15.

Por último, se encuentra la obligación de cooperación entre los Estados Partes, la cual procederá, según el Protocolo, intercambiando información, de conformidad a su derecho interno, a fin de poder determinar:

- Si las personas que cruzan o intentan cruzar una frontera internacional son autores o víctimas del delito de trata de personas;
- Los tipos de documentos de viaje que utilizan o intentan utilizar para cruzar una frontera con fines de trata de personas;
- Los medios y métodos utilizados por grupos delictivos organizados para los fines de trata de personas;
- Reforzar los controles fronterizos.
- Situación en nuestro país y su cooperación con los estados partes de la Convención de Palermo.

En el año 2004 mediante resolución se creó la Unidad de cooperaciones internacionales y extradiciones (UCIEX), sus funciones se aplican en el área de relaciones internacionales, cooperación jurídica internacional, asistencia técnica y apoyo a comisiones internacionales de la fiscalía en Chile.⁴⁵

UCIEX es la Unidad encargada del mantenimiento y la coordinación de las Relaciones Internacionales del Ministerio Público de Chile con los organismos encargados de la persecución penal y el cumplimiento de la ley a nivel mundial. Del mismo modo representa a la Fiscalía de Chile ante foros y organismos internacionales (UNODC; OEA/REMJA; Cumbre Mundial de Fiscales Generales; Asociación Mundial de Fiscales; Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos; REMP del MERCOSUR; IBERRED; Red Judicial Europea; entre otros). También es la encargada de monitorear el cumplimiento de los convenios interinstitucionales suscritos por la Fiscalía de Chile con otros ministerios públicos.⁴⁶

Al Ministerio Público Chileno le corresponde la Secretaría General Permanente de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP); la Coordinación del Grupo Especializado en Crimen Organizado Transfronterizo de la Reunión Especializada de

⁴⁵Consultado el 07 de mayo de 2013, EN: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/fiscaliaNac_unidades_apoyo.jsp

⁴⁶Idem.

Ministerios Públicos del MERCOSUR; y es parte de la Junta Directiva de la Red de Capacitación de los Ministerios Públicos de Iberoamérica (RECAMPI).⁴⁷

La Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos(AIAMP) es una organización sin fines de lucro que dentro de sus objetivos y funciones está la de estrechar los vínculos de cooperación, solidaridad y enriquecimiento profesional recíprocos entre los Ministerios Públicos miembros de esta organización, así como proveer al establecimiento de estrategias comunes para enfrentar los problemas fundamentales concernientes a la institución, entendiendo que su desarrollo y fortalecimiento es una condición indispensable para la efectiva tutela de los derechos de las personas y la vigencia de los principios e instituciones del Estado de Derecho. Asimismo, tiene por objeto facilitar los vínculos y la comunicación con los Ministerios Públicos que no son miembros de la Asociación, con vistas a contribuir a su fortalecimiento institucional dentro de sus respectivos ordenamientos jurídico-políticos.⁴⁸

En esta misma línea y enfocado a mejorar la persecución penal de delitos asociados a la trata de personas, los miembros de la AIAMP suscribieron en diciembre de 2008 la Declaración de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos contra la Trata de Seres Humanos que busca comprometer el apoyo en la investigación y sanción de este flagelo, mediante el compromiso de intensificar la cooperación entre los Ministerios Públicos de la Región que vaya en beneficio directo de este tipo de víctimas, apoyados en la cooperación penal internacional, Investigación criminal, y asistencia.⁴⁹

La AIAMP y el Ministerio Público de Chile organizaron junto a la Red de Fiscales de MERCOSUR, la II Cumbre Iberoamericana sobre trata de seres humanos que se celebró el año 2011 en Santiago de Chile.⁵⁰

En la declaración realizada por los Fiscales Generales al término de la Cumbre se afirma que la lucha contra la trata personas no debe agotarse ni enfocarse exclusivamente en la represión penal sino que, de manera muy especial, debe focalizarse en la prevención de este delito y especialmente en el diseño de sistemas adecuados de reparación para las víctimas de trata y tráfico de personas. Tiene un gran significado práctico el protocolo

⁴⁷Consultado el 07 de mayo de 2013,EN:

http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/fiscaliaNac_unidades_apoyo.jsp

⁴⁸Declaración de la II Cumbre Iberoamericana sobre trata de seres humanos, 2011, Santiago de Chile.

⁴⁹Idem.

⁵⁰Consultado el 07 de mayo de 2013,EN:

http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/fiscaliaNac_unidades_apoyo.jsp

firmado por todas las Fiscalías asistentes que establece compromisos de actuación en los que las Fiscalías se comprometen a adelantar la cooperación transmitiéndose datos como países de origen y destino, a colaborar en las investigaciones y a adoptar medidas de protección a las víctimas, acordándose la creación de una red de Fiscales especialistas en este materia.⁵¹

En virtud de lo expuesto, nuestro país ha tratado de no quedar atrás en esta materia creando una unidad especializada en cooperación internacional y siendo parte de asociaciones y organizaciones que tienen como fin luchar contra el delito de trata de personas. Con todo, podríamos decir que Chile sí cumple con la obligación de cooperación internacional, creando instancias que facilitan el intercambio de experiencias exitosas en atención y protección de la víctima de esta nueva forma de esclavitud; aun así, no es preciso señalar que esta obligación se cumple en su totalidad pero sí se ve un considerable esfuerzo para lograr su cumplimiento.

En el plano internacional encontramos el Informe de Trata de Personas que tiene por objeto entregar a la comunidad internacional un análisis claro y edificante sobre la situación de la esclavitud moderna. Da a conocer qué gobiernos están avanzando, cuáles innovaciones están dando mejores resultados y cómo podemos reforzar nuestros esfuerzos para poner fin a este delito.⁵²

El mencionado instrumento internacional sitúa a cada país en uno de los niveles establecidos por la ley de proyección a las víctimas de trata. Esta asignación dependerá de la acción de cada gobierno para combatir la trata de personas, sin tomar mayor atención en la magnitud del problema. Los análisis se basan en la medida de los intentos de los gobiernos por cumplir con las normas mínimas, establecidas por la mencionada ley para la eliminación de la trata de personas, las que son compatibles con el Protocolo de Palermo. En este sentido el Informe de trata de persona tiene por objeto evaluar los siguientes aspectos:⁵³

- Promulgación de leyes que prohíben formas graves de trata de personas;
- Castigos penales por delitos de trata de personas con un máximo de al menos cuatro años de prisión, o una pena más severa;

⁵¹Declaración de la II Cumbre Iberoamericana sobre trata de seres humanos, 2011, Santiago de Chile.

⁵²Informe trata de personas, 2012, US. Department Of State,, EE.UU, página 1.

⁵³Informe trata de personas, 2012, US. Department Of State,, EE.UU, página 15.

- Implementación de las leyes contra la trata de personas mediante el procesamiento enérgico de las principales formas de trata en el país;
- Medidas dinámicas de identificación de víctimas con procedimientos sistemáticos para guiar a las fuerzas del orden;
- Fondos del gobierno y alianzas con las ONG para dar a las víctimas acceso a atención médica primaria, asistencia psicológica y refugio;
- empeños por proteger a las víctimas que incluyan acceso a servicios y refugios sin detención, con alternativas legales al traslado a países;
- Asegurar la repatriación y la reintegración de la víctima sean seguras, humanitarias y, en la medida de lo posible, voluntarias;
- Medidas gubernamentales para prevenir la trata de personas.

Consecuentemente el Informe de Trata de personas establece tres niveles:

Nivel 1: Países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas de la ley de protección a las víctimas, ni hacen esfuerzos considerables para cumplirlas.⁵⁴

Nivel 2: Países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas de la ley de protección a las víctimas, pero que hacen esfuerzos considerables para cumplirlas. Al mismo tiempo se agrega una lista de vigilancia para aquellos países que se encuentran en el presente nivel y en los que:⁵⁵

- a) Aumenta considerablemente la cantidad de víctimas que sufren el delito en cuestión;
- b) No se presenten pruebas que demuestren sus esfuerzos por acabar con ello;
- c) la determinación de que un país hace esfuerzos considerables para cumplir con las normas mínimas se fundamentó en compromisos contraídos por el país de adoptar *medidas complementarias en el siguiente año*.

Nivel 3: Países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas de la ley de protección a las víctimas ni hacen esfuerzos considerables para cumplirlas.⁵⁶ Los países que se encuentren en este nivel se ven sujetos a diversas sanciones, entre las que podemos encontrar aquellas que tienen por objeto que el gobierno no reciba financia-

⁵⁴Informe trata de personas, 2012, US. Department Of State,, EE.UU, página 15.

⁵⁵Informe trata de personas, 2012, US. Department Of State,, EE.UU, página 15.

⁵⁶Idem.

miento para la participación de los empleados gubernamentales en programas de intercambio educativo y cultural.

En este sentido, en virtud del Informe de trata de personas podemos verificar que el Estado de Chile se encuentra dentro de aquellos gobiernos que se encuentran clasificados en el nivel 2, es decir, Chile entra en la clasificación de aquellos gobiernos que no cumplen plenamente con las normas mínimas establecidas para acabar o regular de mejor forma las conductas constitutivas del delito de trata de personas, pero que hacen esfuerzos considerables para acabar con dicha situación.

CAPÍTULO IV. CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.

Como hemos analizado en los capítulos anteriores, el delito de trata de personas se encuentra tipificado en nuestro Código Penal y en otras disposiciones internacionales, con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos: el peligro que el traslado de las personas implica para su seguridad, su indemnidad sexual, su salud individual y su vida.

Al mismo tiempo, hemos señalado que este delito admite diversos elementos los cuales pueden ser practicados en forma alternativa. Es de este modo como normalmente se puede utilizar el empleo de violencia, de intimidación, coacción, engaño, abuso de poder o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, así como el otorgamiento o la recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, reciba o traslade a la persona para ser víctima de alguna de las formas de explotación. En otras palabras, la mayoría de las veces para la consumación de este delito suele emplearse fuerza en la persona de la víctima. *“El tratante puede recurrir en la fase de reclutamiento o captación a mecanismos de sustracción forzosa de la víctima de su comunidad o país. Asimismo, la fuerza aplica en las fases de traslado y explotación.”*⁵⁷ El tratante también se basa en la manipulación y mentiras para que la víctima acepte sus ofertas, y así finalmente explotarla con el objeto de obtener algún tipo de beneficio económico o de otro tipo a través de dicha participación forzada.

Sin embargo, la situación antes descrita puede variar, puede ocurrir que la víctima tome la oferta del tratante como una vía de escape a su situación, cualquiera sea ésta, y consienta en la comisión de dicho delito. En este sentido: ¿qué ocurre cuando la víctima presta su consentimiento para la comisión de este delito?

Este capítulo tiene por objeto determinar y dar respuesta a la pregunta anteriormente enunciada, para lo cual se desarrollará en primer lugar un estudio respecto al consentimiento de la víctima en materia penal, cómo opera éste, para finalmente determinar si es aplicable al delito de trata de personas y si es así en qué casos opera.

⁵⁷Manual sobre la investigación del delito de trata de personas, Oficina de las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito, Chile, 2009, Página 13

1- Consentimiento de la víctima en materia penal:

“En el campo del derecho penal el consentimiento es, y por parte del sujeto llamado a verse perjudicado, el titular del bien jurídico, “un acuerdo con el hecho, que no se satisface con unmero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho”; o, expuesto de otra manera, “...la aceptación o permiso por parte de un particular para que otro realice una conducta típica””⁵⁸

En cuanto al objeto del consentimiento *“al ser éste una aceptación de un acto punible y una renuncia a la protección que confiere el derecho, es el resultado, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, lo que no obsta a que el interesado pueda delimitar fácticamente su consentimiento restringiendo así al destinatario a la realización de determinados comportamientos”⁵⁹.*

Respecto a la oportunidad en que se presta el consentimiento por parte de la víctima, este solo puede otorgarse antes de ejecutarse el acto delictual o en el momento mismo de la ejecución, es decir, en forma coetánea, pero en ningún caso constituirá consentimiento aquel que se otorgue con posterioridad a la ejecución del hecho típico, toda vez que esto constituye aquella figura denominada perdón del ofendido, lo que acarrea como consecuencia que este solo opere respecto de los delitos de acción privada, extinguiendo la responsabilidad de la persona involucrada como autor del delito.

Los requisitos exigidos para que el consentimiento de la víctima tenga eficacia son los siguientes:

- a) Titularidad del bien jurídico;
- b) Capacidad;
- c) Libre voluntad;
- d) Exteriorización;
- e) Derechos Disponibles.

Titularidad del bien jurídico:

En este punto se debe hacer una distinción entre bienes jurídicos que tienen una pluralidad de titulares y aquellos bienes que tienen un solo titular.

Respecto a la primera situación, esto es, la existencia de un bien jurídico que tenga una pluralidad de titulares, es necesario que la totalidad de titulares presten su consen-

⁵⁸RíosArenaldi, Jaime. “El consentimiento en materia penal”, Universidad de Talca, 2006, Página 6.

⁵⁹Idem.

timiento. No ocurre lo mismo en la segunda situación, donde *“solo puede consentir el titular del bien jurídico llamado a ser afectado por la conducta punible”*.⁶⁰ Este consentimiento debe ser otorgado en forma personal por dicho titular y excepcionalmente, dependiendo de la naturaleza del objeto de la tutela penal, puede ser prestado por un representante legal.⁶¹

De la mano de la titularidad debe ir la posibilidad de disposición del objeto protegido, toda vez que recayendo la protección penal en bienes jurídicos colectivos el consentimiento personal es ineficaz. Esto tiene relación con la distinción hecha anteriormente respecto de aquellos bienes jurídicos que tienen una pluralidad de titulares, donde se requiere el consentimiento de todos los titulares.

Capacidad:

Uno de los requisitos esenciales de la validez del consentimiento es la capacidad. Lo primero que se debe advertir es que la capacidad exigida por el Derecho Penal es distinta a la exigida en el derecho Civil. El ordenamiento Civil exige para la plena capacidad, la mayoría de edad, esto es, ser mayor de 18 años, siendo incapaz para todos los efectos legales el menor de dieciocho años. Sin embargo, veremos que en materia penal ser menor de dieciocho años no implica el no poder cometer una acción delictual. Consecuentemente en materia Penal para poder consentir se requiere de parte del titular gozar de *“juicio y equilibrio mental suficiente como para establecer el alcance de su aceptación y calcular razonablemente los beneficios y/o perjuicios que el acto le pueda acarrear”*.⁶²

Hay delitos en donde la propia ley se encarga de determinar la capacidad para consentir, como ocurre por ejemplo en el delito de violación, en el que la capacidad se tiene a los catorce años.

Libre voluntad:

En el derecho Penal, *“el elemento ‘libertad’ adquiere tan esencial significación, requiriendo que el acuerdo prestado esté desprovisto de toda coacción física, moral y/o psíquica, como así también de engaño y error que afecten a la cantidad y calidad del menoscabo del objeto de la acción”*.⁶³

⁶⁰RíosArenaldi, Jaime. “El consentimiento en materia penal”, Universidad de Talca, 2006, Página 8.

⁶¹RíosArenaldi, Jaime. “El consentimiento en materia penal”, Universidad de Talca, 2006, Página 9.

⁶²Idem.

⁶³DarioJarque, Gabriel, la relevancia penal del consentimiento, Página 7.

El consentimiento será inválido si dicha libertad se ve afectada por cualquier vicio, como podría ser coacción o engaño. En otras palabras, el eventual efecto del consentimiento prestado será ineficaz respecto de la acción típica. Asimismo *“será inoperante si dicho consentimiento emana de quien aun teniendo libertad no tiene aceptación total e incondicional de los efectos del hecho que se permite.”*⁶⁴

Exteriorización:

El consentimiento no requiere una manifestación expresa bastando cualquier acción indiscutida. Por otro lado, tampoco se requiere que dicho consentimiento sea conocido por el autor del delito.

Derechos Disponibles:

Es preciso distinguir entre aquellos bienes disponibles, patrimoniales o renunciables de aquellos bienes no disponibles o irrenunciables. La aludida distinción se hace en base al interés que prima respecto de estos bienes. Es de este modo, como se ha señalado que el interés que prima es el general o colectivo por sobre el particular. Consecuentemente, los bienes jurídicos disponibles son aquellos donde prima el interés particular por sobre el general o colectivo y es respecto de estos bienes donde produce efectos el consentimiento de la víctima.

Por el contrario, los bienes jurídicos no disponibles son aquellos en que prevalece el interés general o colectivo por sobre el interés particular, lo cual significa que estos bienes sean irrenunciables, provocando que el consentimiento de la víctima no produzca efectos.

Consentimiento presunto:

*“El consentimiento se denomina presunto si se puede conjeturar que el titular del derecho, que al tiempo del suceso no se halla en situación de por sí aceptar (v. gr., está dormido, inconsciente), habría efectivamente consentido de haber estado en condición de hacerlo y se necesita, además, realizar a su respecto una conducta punible, y, la que inclusive el agente puede llevar a cabo en interés propio.”*⁶⁵

⁶⁴RíosArenaldi, Jaime. “El consentimiento en materia penal”, Universidad de Talca, Chile, 2006, Página 12.

⁶⁵RíosArenaldi, Jaime. “El consentimiento en materia penal”, Universidad de Talca, 2006, Página 13.

Este consentimiento es autónomo, (no obstante situarse entre el consentimiento y el estado de necesidad justificante) y *“es una construcción normativa y no una efectiva manifestación de voluntad ordenada hacia la aceptación de una conducta punible, es una presunción de conocimiento”*.⁶⁶ Sin embargo, al ser una especie de consentimiento requiere de los mismos presupuestos exigidos para el consentimiento mismo.

“El consentimiento presunto carece de autonomía y es un subcaso del consentimiento en su sentido genérico ya que importa la falta de expresión de voluntad del interesado, la que se reemplaza, en el ánimo del que obra, por la persuasión de su realidad y, por ende, le son aplicables las normas generales del consentimiento”.⁶⁷

En cuanto a los efectos del consentimiento:

Constituye causal de justificación cuando la conducta punible que es consentida ataca a un bien jurídico disponible, es decir un bien jurídico donde prima el interés particular por sobre el general o colectivo, donde no existe interés por parte del titular en que ese derecho sea protegido jurídicamente. Consecuentemente, la agresión no amerita penalidad, toda vez que la aceptación del interesado hace que el comportamiento no sea antijurídico y que se encuentre ajustado a derecho.⁶⁸

Al desplazar el consentimiento el resguardo que concede la ley es plenamente justificable que desaparezca la pena tipificada para menoscabo que hubiese producido el hecho antijurídico de no ser consentido.

2- El consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas:

Para determinar si en el delito de trata de personas el consentimiento de la víctima produce sus efectos, o dicho de otro modo, para determinar si el consentimiento opera como causal de justificación, es preciso realizar un estudio previo tendiente a determinar si los bienes jurídicos resguardados por el delito de trata de personas -el peligro que el traslado de las personas implica para su seguridad, su indemnidad sexual, su salud individual y su vida- constituyen bienes jurídicos disponibles, respecto de los cuales su

⁶⁶RíosArenaldi, Jaime. “El consentimiento en materia penal”, Universidad de Talca, 2006, Página 14.

⁶⁷Confróntese COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, pág. 528.

⁶⁸RíosArenaldi, Jaime. “El consentimiento en materia penal”, Universidad de Talca, 2006, Página 15.

titular puede renunciar por establecerse en base a un interés particular o, por el contrario, si constituyen bienes jurídicos no disponibles o irrenunciables. Al mismo tiempo, resulta necesario analizar sus medios comisivos con el objeto de determinar si cabe la posibilidad de consentir.

Si bien es complejo determinar cuáles bienes jurídicos son disponibles, existe consenso en señalar que no son disponibles y por tanto no es posible consentir respecto de acciones lesivas de la dignidad humana⁶⁹

En este sentido, Jakobs señala *“Los bienes de los que se pueden disponer libremente, en los que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son sobre todo la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia e incluso la integridad física; esta última, al igual que el honor y la libertad ambulatoria, sin embargo, solo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente (p. ej., lesiones leves en prácticas sexuales), pero no base de ese libre desarrollo.”*⁷⁰

Por su parte, Roxin distingue dos categorías de bienes que tienen nula o limitada posibilidad de ser consentidos:

*“En primer lugar, aquellos donde el bien jurídico supone una lesión contra la comunidad, señalando que este principio se mantiene aun cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no podría consentir en la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición. En segundo lugar, señala que el consentimiento del portador del bien jurídico tampoco excluye en todos los casos la realización del tipo. Esto regiría, señala, en los tipos que presuponen una cooperación de la víctima y que sirven para su protección (ejemplo: acciones de tipo sexual). Así Roxin explica que se hace caso omiso del consentimiento de la víctima porque el legislador, con una presunción irrefutable, le deniega desde el principio la facultad para una libre responsable decisión.”*⁷¹

Consecuentemente, podemos señalar que existe un grupo de delitos en los cuales el consentimiento de la víctima no resulta suficiente para excluir la tipicidad del hecho delictual. En este sentido, pareciera ser que el Estado desplaza la figura de la víctima y

⁶⁹Colombo Palermo, Los Fines de Explotación en el Delito de Trata de Personas y La Posibilidad de Consentirlos, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina, Página 2.

⁷⁰JAKOBS, Günther *“Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”*, 2º edición corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial. Marcial Pons, Madrid 1997, página 294.

⁷¹Colombo Palermo, Los Fines de Explotación en el Delito de Trata de Personas y La Posibilidad de Consentirlos, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina, Página 3.

toma el conflicto como propio, pasando a la vez a tomar como suyo el interés de la víctima, supliendo su voz.

Dicho esto podemos comenzar a ver las primeras luces referentes al tema que nos convoca el delito de trata de personas. El cual enfoca su interés jurídico agarantizar a la persona su dignidad y su libertad de autodeterminación, bien sea física o psicológica en lo referente a su seguridad, su indemnidad sexual, en su salud y en su vida. Libertad con miras a castigar todo tipo de acción tendiente a limitar su dignidad, tendiente a castigar todo tipo de esclavitud y explotación, esta ultima en cualquiera de sus formas, ya sea sexual, laboral, etc.

En definitiva y como ya lo han anticipado distintos autores, el consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas no tiene relevancia, toda vez que el bien jurídico protegido es de aquellos no disponibles, es un bien establecido con miras a un interés general respecto del cual su titular no puede renunciar.

Ahora, en cuanto a los medios comisivos típicos, podemos señalar, medios abusivos, coactivos, engañosos e intimidatorios, medios que implican anular el consentimiento del sujeto pasivo o víctima del delito de trata de personas.

De conformidad al manual sobre la investigación del delito de trata de personas, creado por las Naciones Unidas el año 2009 se entenderá por:

- Fuerza: la fuerza se interpreta como una forma de violencia física. El tratante puede recurrir en la fase de reclutamiento o captación a mecanismos de sustracción forzosa de la víctima de su comunidad o país. Asimismo, la fuerza aplica en las fases de traslado y explotación.
- Rapto: es una figura jurídica orientada a la sustracción y retención de una mujer con fines deshonestos o de matrimonio. En el Protocolo de Palermo el término “rapto” tiene un sentido más amplio, ajustado con mayor certeza a un secuestro sin objeto de lucro. No obstante, en el mundo jurídico este concepto se refiere, exclusivamente, a la sustracción y retención de mujeres.
- Fraude: En el tema de trata de personas el fraude es la consecuencia lógica del engaño. El tratante utiliza la manipulación y la mentira para lograr que la víctima acepte sus ofertas.
- Engaño: se refiere a crear hechos total o parcialmente falsos para hacer creer a una persona algo que no es cierto. En la trata de personas se refiere a la etapa de-

reclutamiento donde el tratante establece un mecanismo de acercamiento directo indirecto con la víctima para lograr el “enganche” o aceptación de la propuesta.

- Situación de vulnerabilidad: este concepto se basa en dos presupuestos básicos: i) que la víctima no tenga capacidad para comprender el significado del hecho (persona menor de edad, incapaz) y ii) que la víctima no tenga capacidad para resistirlo (discapacitado, estado de necesidad económica, bajo nivel cultural, sometido o sometida a engaño, coerción o violencia).
- Concesión o recepción de pagos: dar y recibir un beneficio patrimonial (dinero o bienes) es parte del modo de operación de las redes de trata. El tratante puede ofrecer una cantidad de dinero u otro tipo de beneficio por la víctima, en especial, si son personas menores de edad y están sujetas por vínculo legal o parental.

Dicho esto, consecuentemente podemos señalar que el consentimiento de la víctima a los distintos requerimientos solicitados por el tratante resulta ser irrelevantes, toda vez que el delito de trata de personas se basa en el abuso de poder, fenómeno que, como lo hemos analizado recientemente, tiene sus cimientos en las distintas formas de violencia utilizadas por el tratante para reclutar, controlar y explotar a las víctimas. Resultando en definitiva que el consentimiento de la víctima no se considere en ninguna de las fases de la trata de personas, ya sea en la fase de reclutamiento, traslado o explotación, toda vez que en ellas persisten los factores de intimidación, manipulación o fuerza⁷². Esto se encuentra establecido expresamente en el artículo 3, letra b) del 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:

⁷²Manual Sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas, Oficina de Las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2009, página 10.

“El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;”⁷³

⁷³Protocolo 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, página 45.

CAPÍTULO V: CONCURSOS Y PENALIDAD

Este capítulo tiene como objetivo realizar un análisis de cada una de las hipótesis constitutivas del delito de trata de personas, tanto de la figura básica como de la figura agravada o calificada, para así determinar si es posible la existencia de concurso Ideal o Formal de Delitos y Concurso Real o Material de Delitos. Finalmente, analizaremos las penas, en el sentido de determinar si son adecuadas o no, en comparación a otros delitos consagrados en la legislación Penal Chilena, a fin de si ella satisface los criterios de proporcionalidad.

1- Concurso Ideal o Formal de Delitos y Concurso Real o Material de Delitos

El concurso de delitos es una institución que pretende de una u otra forma solucionar aquellos problemas prácticos que se producen en el ámbito de determinación de la pena una vez que se materializan de manera efectiva o aparente varios delitos cometidos por una misma persona. Al respecto cabe mencionar que el régimen concursal en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra principalmente regulado en los artículos 74 y 75 del código penal.

Tradicionalmente en materia de Concursos se distingue entre Concurso Ideal o Formal de Delitos y Concurso Real o Material de Delitos.

Cury señala que existe “concurso real (material) de delitos cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes, respecto de ninguno de los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada”⁷⁴. A esta forma de concurso se le denomina también reiteración, y en la práctica es la situación más común de pluralidad de delitos.

De lo anteriormente mencionado podemos extraer los siguientes requisitos para saber cuando estamos frente a un caso de Concurso Real o Material de delitos:

- Se requerirá necesariamente que (como requisito básico), un solo sujeto activo que participe en la realización de varios delitos.

⁷⁴Cury Enrique, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava Edición, Santiago, 2005, pagina 660

- Se requiere que exista una independencia fáctica entre los diversos delitos.
- Se requiere que exista a su vez independencia jurídica.
- Se requiere que no exista una sentencia condenatoria entre la concurrencia de un delito y otro.

En relación a la penalidad del Concurso Real de Delitos, diremos que la regla general la ofrece el artículo 74 del Código Penal, que se refiere que ante tal situación, se aplicarán simultáneamente las penas impuestas (situación que no reviste mayor problema tratándose de sanciones de distinta naturaleza), y en caso de que estas no pudiesen cumplirse de manera coetánea (todas son privativas de libertad), entonces su cumplimiento se hará de manera sucesiva. Comenzando por la sanción más, de acuerdo a la duración de la misma. A esto se le denomina *Acumulación Material de las Penas*.

El Concurso Ideal o Formal de Delitos, según Cury, existe dicho concurso “*cuando un solo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces*”⁷⁵. Esto nos permite realizar una clasificación atendiendo al tipo de delitos cometidos por el sujeto activo, entre Concurso Ideal Propio y Concurso Ideal impropio.

Concurso Ideal Propio: Esta denominación corresponde a la definición tradicional dada para los casos de Concurso Ideal de delitos, tal como señalamos anteriormente y que en palabras del profesor Cury, existe dicho concurso “*cuando un solo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces*”⁷⁶

Lo que se constituye como base estructural del Concurso de Ideal, siendo además el factor que lo distingue del Concurso Real de Delitos, es la Unidad de Acción que debe concurrir, y cuyo desenlace se materializa en la comisión de dos o más delitos.

De lo anteriormente señalado, podemos afirmar que los requisitos y condiciones indispensables que deben concurrir para que estemos en presencia de una situación de Concurso Ideal Propio:

- Que el autor o coautores sean los mismos.

⁷⁵Cury Enrique, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava Edición, Santiago, 2005, página 663

⁷⁶Idem.

- Unidad de Acción.
- La acción debe ser objeto de pluralidad de valoración jurídica.

Concurso Ideal Impropio o Medial: A juicio de algunos autores se da “cuando el sujeto realiza dos o más acciones, cada una de las cuales constituye aisladamente un delito, pero uno de ellos es medio necesario para cometer el otro u otros”. En el mismo sentido, pero desde la perspectiva de su tratamiento punitivo, entre nosotros se pronuncia Garrido Montt, quien sostiene que el denominado, Concurso Medial de Delitos o Concurso Ideal Impropio, consiste “*en imponer una sola pena, la mayor correspondiente al delito más grave de los cometidos, siempre que se trate de un concurso real donde uno de los delitos cometidos sea el medio “necesario” para cometer el otro*”

Como puede desprenderse de las definiciones dadas, en esta clase de concursos existen dos delitos realizados por el mismo sujeto activo, mediante dos acciones. Lo distintivo de esta figura, es que ambos delitos, se encuentran vinculados por medio de una relación de medio a fin; siendo uno el medio para cometer el otro.

En relación al tratamiento penal del Concurso Ideal de Delitos, se encuentra descrita en el artículo 75 del Código Penal, se ha dicho que debe aplicarse el sistema de absorción, es decir se debe aplicar la mayor pena asignada al delito más grave. Es decir, si la pena asignada al delito tiene diversos grados, se aplicara el grado máximo de la misma, mientras que si el delito tiene una pena signada que está compuesta únicamente por un grado, el juez podrá recorrerla en toda su extensión para efectos de imponer la sanción.

1.1 Casos de Unidad de Delito

La Unidad de Delitos no constituye un caso de de Concurso o Cúmulo de Delitos, por cuanto, y tal como sostiene el profesor Enrique Cury, “*el delito es único cuando la acción es naturalmente única; pero también lo es en aquellos casos en los cuales el ordenamiento positivo o el derecho consuetudinario ha creado una unidad jurídica sobre la base de una pluralidad de acciones*”

En atención a la definición antes mencionada, es que podemos encontrar a este respecto dos grandes manifestaciones que atienden a establecer la Unidad de Delito. Nos referimos a la denominada Unidad Natural de la Acción y Unidad Jurídica de Acción. Para efectos de este capítulo nos referiremos únicamente a la Unidad Jurídica de Acción.

En términos del profesor Garrido Montt la Unida Jurídica de la acción “*se provoca cuando una serie de actos son valorados como una unidad por el respectivo tipo penal*”.⁷⁷

Corresponde tratar brevemente cada uno de los casos de Unidad Jurídica de acción.

1.2 Delitos Complejos

Según la doctrina para que estemos en presencia de un Delito Complejo, se requiere que la materialidad se desarrolle más de una acción, en los términos antes señalados, causando cada una de estas conductas individualmente consideradas un delito, propiamente tal, separado y distinto uno del otro. Como por ejemplo el delito de robo con homicidio tipificado en el artículo 433 N° 1 del Código Penal. Así, el legislador unifica dos conductas que separadas constituyen un delito particular cada uno, para efectos de establecer un tratamiento punitivo especial, en atención al disvalor que provoca la conducta dañosa.

1.3 Delitos Permanentes

Estos son en definitiva, “*casos en que la ley describe un delito cuya consumación se prolonga en el tiempo, creándose un estado antijurídico permanente*”.⁷⁸ señala que los delitos permanentes son aquellos “*en que su estado de consumación se mantiene en el tiempo entretanto el sujeto persevera en su actividad consumativa; la mantención de ese estado queda sujeta a la voluntad del autor*”⁷⁹

Por la prolongación en el tiempo de la actividad consumativa, se afecta en el mayor grado el bien jurídico que se pretende proteger, pero ese solo hecho no incide en manera alguna a que desaparezca la naturaleza única del delito. En torno a esto resulta dudoso que pueda aplicarse un concurso real o ideal, en aquellas situaciones en que durante ese estado permanente antijurídico se cometan otros delitos, problema que nuestro legislador pareció prever al establecer reglas concursales especiales para los casos más-

⁷⁷Garrido Montt, Mario, Derecho Penal, Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del delito, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2001, Tomo II, página 336

⁷⁸Matus, Jean Pierre, “artículos 74 a 78”, en Politoff, S. y Ortiz, L. (coordinadores), Texto y Comentario del código Penal Chileno. Libro primero. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo I, página 386

⁷⁹Garrido Montt, Mario, Derecho Penal, Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del delito, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2001, Tomo II, página 337

graves dentro de este tipo de delitos como lo son el secuestro (artículo 141 del Código Penal) y el secuestro de menores (artículo 142 del Código Penal).

1.4 Delito Habitual.

Según Jean Pierre Matus *“es la reiteración de la conducta descrita en la ley lo que configura el delito y, por tanto, es indiferente el número de veces que tal reiteración se produzca: siempre se comete un único delito desde la primera reiteración”*⁸⁰

1.5 Delitos Compuestos

En relación a los Delito Compuestos, la doctrina ha señalado que *“en estos caso la ley no describe un “estado”, sino una multiplicidad de conductas, que por si mismas no son delictivas, pero que al reunirse, dan origen a un delito”*⁸¹

1.6 Delitos de Emprendimiento

La doctrina ha señalado que estos delitos tienen características tanto de delitos permanentes, como de aquellos de varios actos, siendo estos últimos, aquellos en que la propia descripción típica del delito, requieren que se desarrollen dos o más acciones. *“Donde distintas conductas que puedan realizarse en diferentes momentos aparecen como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor, y en las que éste participa una y otra vez”*⁸²

Se ha dicho al respecto que el criterio en esta materia es la identidad del sujeto activo que está inmerso y opera en una empresa criminal, sea esta creada por él o bien, ya existente.

Finalmente y a modo de conclusión, a nuestro parecer el Delito de Trata de Personas, es un delito de emprendimiento ya que cumple con todos los elementos que se pueden desprender de la definición antes señalada.

Tal como señalamos en los capítulos anteriores, para que se configure el delito de trata de personas se requiere la presencia de los siguientes elementos, en primer lu-

⁸⁰Matus, Jean Pierre, Concurso Aparente de Leyes Penales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, página 387

⁸¹Politoff, S. Matus.J y Ramirez,M., Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 2004, página 455.

⁸²Politoff, S. Matus.J y Ramirez,M., Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 2004, página 454.

gar, la captación de la víctima su traslado o transporte y la acogida o recepción, en segundo lugar la forma o los medios para lograr esto son variadas se puede recurrir a las amenazas o el uso de la fuerza, raptos, fraude, engaño, abuso de poder o a 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 y por último la finalidad que persigue el autor en la trata de personas es la explotación la que se puede ver reflejada de múltiples formas: sexual, trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud y extracción de órganos⁸³.

En relación a lo anteriormente señalado, el delito de Trata de Personas generalmente es ejecutado por organizaciones criminales transnacionales, lo que no obsta a que pudiesen existir sujetos no estructurados como organización que se dediquen a esta actividad.

“Aunque reclutamiento y Trata pueden estar relacionada, esto no ocurre siempre. El reclutador puede ser quien inicia la prostitución, pero no necesariamente tratante, puede ser un novio, una amiga, una madre, una hermana, quien inicia a una niña, quien luego es incorporada a organizaciones estructuradas. Tratante en cambio, es quien provee, intermedia y lucra al proveer mujeres y niñas a prostíbulos y a organizaciones más complejas”⁸⁴

En este caso estaríamos frente a una Unidad Jurídica de Acción, en que la pluralidad de acciones realizadas por el mismo sujeto activo, y que muchas veces importa la comisión de dos o más delitos, es considerada para efectos de su punibilidad como un único delito cometido, lo que ciertamente impide que se apliquen las reglas generales en materia de concursos.

2- Penas asignadas para el delito de trata de personas.

En esta parte del capítulo analizaremos las penas, en el sentido de determinar si son adecuadas o no, en comparación a otros delitos consagrados en la legislación Penal Chilena, a fin de si ella satisface los criterios de proporcionalidad

⁸³Historia fidedigna Ley 20.507. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011. pag. 46

⁸⁴La niñez prostituida, Unicef, Argentina, 2000. Página 39.

2.1 Ley 20.507

El artículo 411 quáter describe el delito de trata de personas propiamente tal, con una figura simple, en el inciso primero, y una calificada, o agravada, en el inciso segundo (si se trata de una víctima menor de edad). En el inciso tercero se sanciona con iguales penas a quien promueva, facilite o financie la ejecución de dichas conductas. En cuanto a las penas, se establece en primer lugar la pena de reclusión mayor en su grado mínimo a medio y multa de cincuenta a cien Unidades Tributarias Mensuales para la figura simple, en segundo lugar se establece la pena de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien Unidades Tributarias Mensuales, para la figura a gravada.

A modo de conclusión, consideramos que las penas asignadas a este delito son adecuadas, ya que en ambos casos tanto en la figura simple como en la figura calificada son sancionados con penas de crímenes lo cual se justifica en la gravedad del delito y de los bienes jurídicos que se pretenden proteger por el legislador.

CAPÍTULO VI: DERECHO COMPARADO.

Hasta ahora se ha estudiado del delito de trata de personas en nuestra legislación, correspondiente al Estado de Chile, analizando cada uno de los aspectos más fundamentales que constituyen su regulación. Sin embargo, nos parece apropiado inmiscuirnos en otras legislaciones donde se regula también el delito de trata de personas. El presente capítulo tiene por objeto analizar la situación existente en distintas legislaciones con el fin de conocer su regulación y las penas que establecen para sancionar aquellas conductas constitutivas del delito de trata de personas.

Los instrumentos normativos objeto de análisis (Código Penal) son aquellos correspondientes a las legislaciones de España, Perú, Alemania, Francia, Portugal e Italia. Estas legislaciones fueron elegidas para desarrollar el presente capítulo porque queremos analizar aquellas legislaciones que muestran cierta simetría o afinidad con nuestro derecho penal interno.

1- Legislación Española:

El derecho español consagra en cuanto al fenómeno del tráfico ilegal de personas dos circunstancias: por una parte regula todas aquellas acciones delictuales que benefician la inmigración ilegal, por la otra, comprende *“el tráfico de personas con finalidad de explotación sexual, laboral, en la mendicidad, o cualquier otro fin degradante (introducir droga, venta de órganos, etc.), que se denomina tráfico o trata de seres humanos.”*⁸⁵ Estos delitos se abordan de manera conjunta toda vez que ambos se constituyen como especies de un problema más general a saber, cuáles el aumento de la inmigración clandestina.⁸⁶

El Código Penal Español tipifica el delito de tráfico ilícito de personas en el artículo 138 bis, norma que reformada en virtud de la ley Orgánica 11/2003, el 29 de septiembre. Consagrando además en el artículo 313 del Código Penal aquellas conductas delictuales de tráfico de personas cuando se tienen como fines la explotación laboral, y

⁸⁵Mercedes García Arán, *Trata de personas y explotación sexual*, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 157.

⁸⁶Mercedes García Arán, *Trata de personas y explotación sexual*, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 158.

en el artículo 188.2 del mismo cuerpo legal cuando se tiene por objeto el tráfico de personas con fines de explotación sexual.

El artículo 138 bis 2 del Código Penal español sanciona el tráfico de personas bajo los supuestos en los que se favorece el tráfico ilegal o la inmigración clandestina con fines de explotación sexual como un subtipo agravado. Con la introducción de este subtipo agravado se origina de manera inmediata una modificación del art. 188.2 CP que deja de hacer referencia a la conducta consistente en favorecer la entrada, residencia o salida de una persona con fines de explotación sexual. Este tipo de acciones delictuales pasa a castigarse, exclusivamente, por vía del art. 318 bis 2 CP, aumentando, además, la pena que estaba establecida en el anterior art. 188.2, que deja de ser una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, para convertirse en una pena de prisión de cinco a diez años.⁸⁷

2- Legislación Peruana:

Perú suscribió la Convención de Palermo, el 14 de diciembre del año 2000. Esto obligo a Perú, en virtud del artículo 5º de la Convención internacional, a modificar su legislación interna y adecuarla a la definición otorgada por el Protocolo de Palermo. Este acto se llevó a cabo en virtud de la ley 28.251 que modificó el artículo 182 del Código Penal Peruano, consagrado en el capítulo X referente al proxenetismo, específicamente en el título IV que contempla los delitos contra la libertad.⁸⁸ El artículo 182, establece:

“El que promueve o facilita la captación para la salida o entrada del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, someterla a esclavitud sexual, pornografía u otras formas de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años...”⁸⁹

⁸⁷ Consultado el 12 de junio de 2013 en:

<http://lacomunidad.elpais.com/forojuridicointernacional/2009/7/31/trata-personas-evolucion-legislativa-espana>.

⁸⁸ Ulloa Díaz César Humberto, José Rubén Ulloa Gávilano, El Delito de Trata de Personas en el Código Penal Peruano, Perú, 2011, página 5.

⁸⁹ Idem.

Consecuentemente, podemos señalar que lo que se intenta proteger por el legislador es la libertad sexual individual, además de la moral sexual social, lo que es completamente diferente a todo tráfico de personas que tenga como finalidad destinarlas a la prostitución u otras formas de explotación sexual.

Asimismo, resulta evidente que la definición del delito de trata de personas por el ordenamiento penal peruano tiene un alcance muy reducido, pues sólo abarca a la explotación o esclavitud sexual, dejando de lado distintas las distintas finalidades en que puede desembocar el delito, toda vez que este comprende, (como ya lo hemos mencionado), entre otros, el traslado de personas mediante el uso amenazas u otras formas de coacción con la finalidad de obtener el consentimiento de la víctima con fines de explotación, sea sexual, laboral, esclavitud, servidumbre e incluso el tráfico de órganos.

3- Legislación Alemana:

El ordenamiento jurídico alemán consagra de forma autónoma el tráfico de inmigrantes.

Sin embargo, en relación al tema que nos convoca, esto es, el tráfico de personas, el Código Penal alemán incorporó el año 2005, en el capítulo 18 referente a la protección de la libertad de las personas los siguientes artículos 232, 233 y 233 a. Antiguamente, estas conductas delictuales se encontraban reguladas en cuerpos normativos distintos dependiendo de la finalidad con la que se hubiese constituido la comisión del delito.

El mencionado texto legal se caracteriza por haber unificado bajo una misma línea, esto es, castigar los atentados contra la libertad de las personas y las conductas constitutivas del delito de tráfico de personas. No obstante lo anterior, sigue castigándose la trata de seres humanos en atención a que con ella el autor persiga como finalidad la explotación sexual o la explotación laboral.⁹⁰

Es de este modo, como el artículo 232 del Código Penal alemán tiene por objeto castigar *“al sujeto que determina a un tercero a iniciarse o proseguir en la prostitución o a llevar a cabo actos de naturaleza sexual con un tercero en presencia de un tercero, abusando de su situación de*

⁹⁰Mercedes García Arán, Trata de personas y explotación sexual, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 100

*necesidad o bien de la vulnerabilidad que genera la presencia de un inmigrante en un país extranjero.*⁹¹

Consecuentemente, la pena estipulada para autor de estos hechos delictuales puede alcanzar hasta los diez años de privación de libertad.

Posteriormente, el artículo 233 del código Penal sanciona *“al sujeto que, abusando de su situación de necesidad o bien de la vulnerabilidad que genera la presencia de un inmigrante en un país extranjero, lo determina a aceptar o a mantenerse en un puesto de trabajo en condiciones de esclavitud o abusivas.”*⁹²

Finalmente, el artículo 233 a del mismo cuerpo legal sanciona una serie de conductas que tienen por objeto obtener el favorecimiento indirecto o a través de un tercero, de cualquiera de las formas constitutivas del delito de tráfico.⁹³

Ahora bien, analizando el delito de tráfico de personas desde un punto de vista más restrictivo, enfocado específicamente a la trata de mujeres con fines de explotación sexual, el ordenamiento alemán solo sanciona aquellas conductas tendientes a someter a la mujer a la prostitución, sin otorgar identidad ni libertad al tráfico cuyo destino hacia un futuro es la explotación de la persona con fines sexuales, llegando a pensarse la prostitución como una de las más severas tipificadas en este ordenamiento.

4- Legislación Francesa:

El derecho francés tiene por objeto regular tanto la inmigración ilegal, como el tráfico ilegal de personas cuando tiene por finalidad la explotación sexual.

En cuanto al tema objeto de análisis, esto es, el tráfico de personas, el Código Penal Francés lo tipifica en el artículo 225, artículo modificado el 18 de marzo del año 2003 por la ley 2003-239.

La legislación francesa a tipificado este delito en el capítulo destinado a castigar toda aquellas conductas destinadas a atentar contra la dignidad de las personas, capítulo en el cual también se consagran otras acciones constitutivas de delitos, tales como, *“el*

⁹¹idem

⁹²Mercedes García Arán, Trata de personas y explotación sexual, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 101.

⁹³Idem

*proxenetismo, la explotación de la mendicidad, imposición de condiciones de trabajo abusivas, contrarias a la dignidad de las personas y los atentados contra la memoria de los muertos.*⁹⁴

El artículo 225 – 4 – 1 del Código Penal Francés establece el delito de trata de seres humanos, consagrándolo en su modalidad básica, derivándose consecuentemente tres características básicas de la presente modalidad:

- 1- La acción delictual, en lo que a verbos rectores se refiere, debe consistir en transportar, transferir, albergar o acoger a una persona para ponerla a disposición de un tercero que se constituye como tratante.⁹⁵
- 2- Se requiere que dicha acción constitutiva del delito sea llevada a cabo con el objeto de obtener una remuneración o cualquier otro beneficio de tipo económico.⁹⁶
- 3- Finalmente, se exige que el autor del delito trafique personas a un tercero para que este obre, bien sea, para destinar a la persona a la prostitución, atentar contra su libertad sexual, emplearla para la mendicidad, imponerle condiciones de trabajo o alojamiento contrarias a su dignidad, o para obligarla a cometer una acción delictual.⁹⁷

Por su parte, el artículo 225 – 4 – 2 del mismo cuerpo legal contempla una serie de circunstancias que tienen por objeto agravar la pena, fundamentándose en dos situaciones a saber:

- 1- Situación de vulnerabilidad de la víctima por ser esta menor de edad, encontrarse enfermo, en situación de invalidez, deficiencia, por encontrarse en estado de gestación, o por ser extranjero.
- 2- Modo de comisión: violencia, intimidación, amenazas o coacción.

En los casos anteriormente expuestos la pena puede alcanzar hasta los diez años de privación de libertad para el autor del delito. Al mismo tiempo, se debe tener en consideración que en el caso de que las finalidades ilícitas que se persiguen al tipificar el delito de trata de seres humanos (proxenetismo, mendicidad, etc.), llevan aparejada una pena

⁹⁴Mercedes García Arán, *Trata de personas y explotación sexual*, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 97.

⁹⁵idem

⁹⁶idem

⁹⁷Mercedes García Arán, *Trata de personas y explotación sexual*, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 97.

superior a la de diez años, deberán aplicarse las penas más graves, siempre que el autor haya tenido conocimiento de las finalidades propias del delito en cuestión.⁹⁸

4- Legislación Portuguesa:

Al igual como ocurre con las legislaciones anteriormente analizadas, el derecho portugués también consagra el delito inmigración clandestina y tráfico de personas.

En lo referente al tráfico de personas, el derecho portugués es un tanto disperso en la consagración de sus disposiciones, al tomar en consideración las diversas finalidades que pueden tener por objeto el delito en cuestión.

El artículo 159 del Código Penal Portugués tiene por objeto regular el delito de esclavitud el cual señala que se sancionara a aquella persona que tenga como finalidad *“reducir a otra persona al estado o a la condición de esclavo, alienarla, cederla o adquirirla, con un a pena de entre cinco y quince años”*⁹⁹

El artículo 169 del mismo cuerpo legal tipifica el delito de tráfico con fines de explotación sexual, señalando que *“el tráfico de extranjeros para su explotación sexual (prostitución u otros tipo de atentados que atenten contra su libertad sexual) solo resulta punible cuando se emplean medio violentos o que vician el consentimiento.”*¹⁰⁰ De este modo, cada vez que medie consentimiento por parte de la víctima o persona objeto de los mencionados fines, no constituirá delito. Por el contrario, cuando el tráfico tiene por objeto atentar contra la libertad sexual de un menor de edad, el consentimiento no es considerado válido y por tanto no produce sus efectos, sancionándose la conducta severamente. Dicho en otras palabras, el legislador sanciona la primera conducta descrita en virtud de la modalidad simple, sancionando como figura agravada la conducta dirigida hacia el menor de edad.

⁹⁸Mercedes García Arán, Trata de personas y explotación sexual, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 99.

⁹⁹Mercedes García Arán, Trata de personas y explotación sexual, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 103.

¹⁰⁰Idem.

5- Legislación Italiana:

Especial mención merece el Derecho Penal Italiano, toda vez que es la legislación que mayor interés demuestra en regular las diferentes situaciones que configuran el delito en cuestión, estableciendo mayores sanciones al tráfico de personas, es decir, contempla el tema en un sentido amplio, exhaustivo y unificado, abordando todas las modalidades que configuran la comisión del delito.

En concreto, el tráfico de personas se encuentra regulado en el Código Penal, específicamente en los artículos 600, 601 y 602.

La primera conducta constitutiva de este delito se encuentra configurada en el artículo 600 del Código Penal Italiano, y se refiere al *“sometimiento o mantenimiento de otra persona en situación de esclavitud o servidumbre. La conducta típica consiste en ejercer sobre una persona los poderes que corresponden al derecho de propiedad, o bien en someter o mantener a una persona en un estado de dependencia continuada, obligándola a prestaciones laborales o sexuales, a la mendicidad o realizar prestaciones que comporten su explotación o abuso.”*¹⁰¹

Es este mismo cuerpo normativo el que se encarga de señalar que es lo que se entiende por *someter o mantener en situación de esclavitud o servidumbre a otro*, contemplando aquellas acciones delictuales en que el sujeto puede actuar con violencia, amenazas, engaño, abuso de autoridad, o aprovechándose de una situación de inferioridad física o psicológica, o de una situación de vulnerabilidad que sufre la persona, de necesidad o mediante promesa o entrega de una ventaja de tipo económico a la persona que tiene autoridad sobre la persona de la víctima.¹⁰²

Las conductas establecidas para el infractor son gravísimas llegando a establecerse una pena de un máximo de veinte años de privación de libertad, pudiendo verse aumentada la descrita pena por concurrir alguna circunstancia agravante, como podría ser que la acción delictual tenga por objeto inmiscuir a un menor de edad o bien para destinar a la víctima a la prostitución o bien someterla al tráfico de órganos.

Por su parte, el artículo 601 del Código Penal sanciona la trata de personas. Esta disposición establece que se castigará penalmente al que, aprovechándose una situación de sometimiento de aquellas descritas en el artículo 600, *“obliga a otro a entrar, mantenerse o*

¹⁰¹ Mercedes García Arán, Trata de personas y explotación sexual, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 105.

¹⁰²idem

*salir del territorio italiano, o a trasladarse en su interior, con la intención de someterlo o mantenerlo en una situación de esclavitud o servidumbre.”*¹⁰³

Finalmente, el Código Penal Italiano sanciona en el artículo 602 *“la adquisición de o alineación e esclavos o personas sometidas a servidumbre.”*¹⁰⁴

En definitiva, en virtud del análisis practicado respecto de las distintas legislaciones podemos señalar que todas los ordenamientos sin excepción alguna tienden a distinguir aquellas acciones delictuales constitutivas del delito de inmigración clandestina, de aquellas acciones constitutivas del delito de tráfico o trata de seres humanos. Los delitos referentes a la inmigración clandestina se encuentran regulados principalmente en la ley de extranjería.

La tipificación del delito de tráfico de seres humanos, en las distintas legislaciones analizadas, permite verificar que hay dos líneas político –criminales distintas:

- 1- El modelo contenido en el derecho penal francés. Este sistema plantea unavisión del delito de tráfico de personas representativa de las distintas finalidades con que se comete el delito en cuestión. La conducta descrita es considerada como una forma de preparación de un posterior delito. De este modo, su sanción se condiciona a la persecución de una siguiente conducta cuya finalidad es plenamente delictiva. Sin perjuicio de lo anterior, el delito se sanciona igualmente, con plena independencia de la ejecución del delito final, del cual se hace dependiente.¹⁰⁵
- 2- Modelo consagrado por el derecho italiano. Por el contrario, este sistema recoge una regulación del delito de tráfico de personas de carácter inherente e independiente. El fundamento de dicha regulación se encuentra en el acceso, mantenimiento o traslado de una persona para someterla a una situación de esclavitud o servidumbre. Esta concepción hace posible y facilita una sanción para aquellas prácticas que consistan en tráfico de extranjeros como también respecto del tráfico de nacionales, ya sea fuera o dentro del territorio de un Estado.¹⁰⁶

¹⁰³ Mercedes García Arán, *Trata de personas y explotación sexual*, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 106.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Mercedes García Arán, *Trata de personas y explotación sexual*, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 107.

¹⁰⁶ Idem.

Por otro lado, tanto el derecho alemán como el derecho portugués han concebido una concepción clásica del delito de trata de seres humanos tendiente a vincularse con un tráfico de personas con finalidad de explotación laboral o sexual. Esto produce en aquellas legislaciones que el delito de tráfico de personas no tome independencia, sin poder sancionarse aquellas conductas constitutivas del delito que tengan por objeto otro tipo de finalidades distintas a las mencionadas.

En este análisis se puede identificar también diversas circunstancias que son tomadas en consideración como fuente que alimentan el delito de tráfico de personas.¹⁰⁷

- 1- Explotación sexual de la persona.
- 2- Explotación laboral.
- 3- Empleo de personas para mendicidad o indigencia.
- 4- Extracción y posterior tráfico de órganos.

Asimismo, podemos destacar que en la mayor parte de las legislaciones objeto de análisis se considera como circunstancias agravantes, cometer el delito con miras a aprovecharse de la condición de menoría de edad, como también el hecho de pertenecer el autor del delito a una banda organizada.

Finalmente, sorprende que en ninguna de las legislaciones analizadas (con excepción de la legislación española), se prevea como circunstancia agravante la posible puesta en peligro que el delito de la vida o la integridad física que el delito involucra para las personas víctimas del delito de trata de personas, como ocurren en la norma chilena.

¹⁰⁷ Mercedes García Arán, *Trata de personas y explotación sexual*, editorial COMARES, España, Granada, 2006, p. 107.

CAPÍTULO VII: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

El presente capítulo tiene por objeto realizar un análisis práctico del delito de trata de personas tendiente a acercarnos a la realidad, darnos a conocer el modo de operar de los tratantes, las situaciones a las que se ve expuesta la víctima y lo más importante la forma en que se sanciona este tipo de prácticas.

La sentencia objeto de análisis se identifica de la siguiente manera:

- ROL Interno N°: 161-2006.
- Materia: delito reiterado de trata de personas con fines de comercio sexual, mediante habitualidad y engaño.
- Querellante: Ministerio Público, representado por los fiscales adjuntos don Enrique Rodríguez Casanova y Jorge Zúñiga San Martín.
- Querellado: Nelly Viviana Condori Nicolas, representada en esta causa por el defensor penal público don Marcelo Lara Pol.
- Pretensión de la demanda: solicita se aplique a NELLY VIVIANA CONDORI NICOLAS, la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio, multa de treinta y tres unidades tributarias mensuales, y las accesorias legales que corresponden y al pago de las costas de esta causa.

1- Datos Relevantes de la Causa:

1.1- Hechos señalados por el querellante: se encuentran en el considerando segundo y dicen relación con los hechos en que el Ministerio Público funda su acusación, centrándose principalmente en la comisión de dos delitos:

“DELITO N° 1 “En el mes de octubre del año 2004, la imputada NELLY VIVIANA CONDORI NICOLAS contactó a la ciudadana peruana doña DELIA ILLACHURA CHAMBILLA en la Agencia de Empleos “La Preferida”, ubicada en la ciudad de Tacna, Perú, con el propósito de facilitar su entrada al territorio nacional con la finalidad que ésta ejerciera la prostitución en un negocio que ella regentaba para lo cual la engaña señalándole que vendría a trabajar en un restaurante ingresando junto con ella al país con fecha 25 de octubre del mismo año, pagando la imputada los gastos de ingreso y traslado hasta la ciudad de Iquique, y alojándola en su residencial ubicada en Avenida Héroes de

la Concepción N° 328 denominada “Tajibo” para luego obligarla a mantener relaciones sexuales con clientes de su actividad desde la fecha de ingreso hasta el día 13 de enero de 2005.”

“DELITO 2. “En los primeros días del mes de enero del 2005 NELLY VIVIANA CONDORI NICOLAS contactó a las ciudadanas peruanas ELENA PUÑO RAMOS y TERESA CALLATA CARPIO en la Agencia de Empleos “La Preferida”, ubicada en la ciudad de Tacna, Perú, con el propósito de facilitar su entrada al territorio nacional con la finalidad de que éstas ejercieran la prostitución en un negocio que ella regentaba para lo cual las engaña señalándoles que vendrían a trabajar de garzonas, ingresando junto a ellas al país a través del paso fronterizo Chacalluta con fecha 07 de enero de 2005, pagando la imputada los gastos de ingreso al país y el traslado hasta la ciudad de Iquique y alojándolas en su residencial ubicada en Avenida Héroes de la Concepción N° 328 denominada “Tajibo” para luego obligarlas a mantener relaciones sexuales con clientes de su actividad.”

1.2- Derecho en que se basa la parte querellante, el Ministerio Público:

“sostiene que a la acusada Condori Nicolás le cupo en estos delitos participación en calidad de autora de los mismos, y respecto del grado de ejecución del mismo, éste se encuentra en grado de desarrollo consumado.”

“En atención a la pena asignada por la ley al delito, a su grado de desarrollo, a la participación atribuida a la acusada, la extensión del mal causado, la existencia de una atenuante de responsabilidad penal, el carácter reiterado de los delitos, la concurrencia de las causales de habitualidad y engaño, solicita se aplique a **NELLY VIVIANA CONDORI NICOLAS**, la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio, multa de treinta y tres unidades tributarias mensuales, y las accesorias legales que corresponden y al pago de las costas de esta causa.”

1.3- Hechos señalados por la parte querellada, específicamente los hechos relatados por la propia imputada, se encuentran consagrados en el considerando cuarto y son del siguiente tenor:

- Que el día siete de enero del año 2005 venía de regreso de Tacna, Perú, donde fue a cotizar un tratamiento dental, y en el taxi que usó en el tra-

yecto Tacna Arica conoció a dos mujeres peruanas con quienes entabló conversación y le contaron que venían de Arequipa a buscar trabajo a Iquique, añadiendo que allá trabajaban de damas de compañía es decir como acompañantes para cenar, bailar y eventualmente mantener relaciones sexuales, todo a cambio de un pago en dinero.

- La deponente les indicó que ella también oficiaba ocasionalmente como dama de compañía, que tenía una residencial en Iquique y les ofreció alojamiento en la misma, entregándoles el teléfono y la dirección.
- Tras arribar a Iquique, el ocho de enero del 2005, cerca de las 16:00 horas llegaron las dos mujeres que conoció en el viaje, las que le dijeron que no tenían dinero ni donde alojarse, se compadeció de ellas y les otorgó alojamiento y les prestó a cada una la suma de cincuenta mil pesos, ofreciéndole éstas sus Documentos Nacionales de Identidad para garantizar el pago de lo que les facilitó.
- Las mujeres salieron a buscar trabajo para conseguir dinero, pero volvieron en la noche con dos varones que dijeron ser sus primos y le exigieron la entrega de sus DNI y de sus prendas de vestir, les devolvió sólo las ropas, manteniendo en su poder los DNI para asegurar que le pagarían lo que le debían, las mujeres se ofuscaron mucho, le dijeron que le harían daño y que la denunciarían, incluso a los tres días regresaron y le arrojaron piedras.
- En cuanto a la agencia de empleos “La Preferida”, que supuestamente existe en la ciudad de Tacna, nada sabe de ella.
- Respecto de su detención señala que el día 13 de enero del 2005, llegaron funcionarios de la policía de Investigaciones quienes le exigieron la entrega de los DNI de las dos mujeres peruanas, les hizo entrega de los mismos, los acompañó al cuartel, luego la dejaron en libertad, les pidió que la trajeran de regreso al motel, y cuando estaba por descender en su domicilio, le informaron que estaba detenida, por el delito de trata de personas.
- Insiste que nunca invitó o les ofreció a las afectadas ejercer la prostitución en Chile o alguna otra actividad, sólo les ofreció alojamiento en la medida que pagaran la tarifa, y también aceptó que trajeran parejas a su hotel, en su oficio de damas de compañía.

1.4- Derecho en que se basa la defensa de la parte querellada:

- La defensa de la acusada Condori Nicolás sostiene que no se probó que su representado haya actuado mediante engaño o habitualidad, en especial la habitualidad y el engaño.

- No existiría habitualidad, desde luego respecto del primer delito porque la acusada no había incurrido en conducta alguna anterior, de carácter similar. En cuanto al segundo ilícito no existe habitualidad porque no se registran condenas previas por este ilícito.
- Respecto de la circunstancia alegada por Teresa Callata y Elena Puño que habían sido engañadas por Nelly Condori, para que se prostituyeran en Chile, pues conforme a sus acuerdos firmados en Tacna se las contrató como meseras y no como damas de compañía. Tal alegación de las supuestas víctimas resulta incompatible con el hecho que tras escaparse de la residencial se fueron a trabajar a una Shopería durante cuatro días, lo que no se explica si según lo expresado por ellas, se encontraban atemorizadas y sólo querían regresar a su país.
- También resulta contradictorio que Teresa diga aquí que no quiere ser llamada prostituta, porque aquella es la que cobra por sus servicios sexuales, y en el caso de ella, no eligió el cliente ni recibió pago alguno, por mantener relaciones sexuales con los sujetos.
- Es una inconsistencia que Delia Illachura sostuviera ante la policía que había ingresado a Chile por su cuenta, y que en Iquique se contactó con doña Nelly para trabajar como dama de compañía, es decir prostituta. En tanto que lo funcionarios policiales sostienen que es falso que ingresara por su cuenta, sino que ingresó a Chile por el paso Chacalluta junto con la acusada, conforme la información recabada en el recinto aduanero. Por otra parte Elena y Teresa refirieron que Delia era una persona avezada en el oficio de dama de compañía y una persona de confianza de doña Nelly, por lo que ello no se condice con el hecho que ahora Delia declare que fue traída bajo engaño a este país a prostituirse.
- En cuanto a los contratos y otros documentos incautados en Perú, no debe dárseles valor por cuanto respecto de ellos no se cumplieron los requisitos de legalización establecidos en el Convenio de persecución de la Criminalidad Organizada, en especial , lo previsto en el artículo 10 de ese Convenio, para justificar la autenticidad de los mismos documentos. Finalmente, indica que conforme a la instrucción de su representada pide la absolución de la

misma, al no estar justificado el delito de trata de personas, sin embargo conforme a la defensa técnica, pide que no se consideren las agravantes de la habitualidad y el engaño.

- Tras conocerse el veredicto de condena, en la audiencia de determinación de penas, pide que atendida la minorante de irreprochable conducta anterior que favorece a su mandante, conforme lo ha reconocido el propio Ministerio Público, pide se le imponga el mínimo de la pena legal, es decir, 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. Atendido que su representada se encuentra privada de libertad desde hace casi dos años, y de conformidad con lo prevenido en el artículo 70 del Código Penal, solicita se le condene a una pena de multa inferior al rango legal
- Artículo 11 N° 6, 70, 367 y 367 bis, todos del Código Penal.

1.5- Pruebas en que sustenta su acusación el Ministerio Público. Utiliza tanto pruebas testimoniales como pruebas periciales, además aportó prueba documental y evidencia material que incorporó al juicio mediante su lectura resumida y su exhibición, respectivamente. Dentro de las pruebas testimonial encontramos, entre otras, las siguientes declaraciones:

- Dichos de **Estela Soto Huamán**, ciudadana peruana, trabaja en el restaurante “Sally” ubicado en Sargento Aldea N°810 de esta ciudad, *“Con fecha 13 de enero del 2005, a la hora de almuerzo, ingresaron al local dos mujeres de nacionalidad peruana y pidieron almuerzo, pero al momento de cancelar, expresaron tener \$1.000 y le relataron muy afligidas, que una mujer las trajo desde Perú a trabajar como meseras, pero al llegar a Iquique se dieron cuenta que se trataba de un trabajo como “dama de compañía”.*
- Dichos de **Mario Pizarro Moya**, funcionario de la Policía de Investigaciones, sección de Extranjería. *“El 13 de enero del 2005 se le ordenó concurrir a Héroes de la Concepción N°238 a retirar una documentación retenida a dos mujeres de nacionalidad peruana, a las que expulsarían por infringir el convenio Arica-Tacna. Recuerda que se trataba de la residencial “Los Tajibos”, donde le abrió la puerta, una mujer que lo hizo pasar. En el interior del inmueble vio a dos mujeres que se mostraban nerviosas que trataban de ocultarse. Le preguntó a la señora por los documentos de Elena Puño Ramos y Te-*

resa Callata Carpio, quien le respondió que los tenía retenidos por concepto de arriendo y se los entregó,”

- Dichos de **Rodrigo Castillo Melo**, funcionario de la Policía de Investigaciones. *“Con fecha 13 de enero del 2005 se dirigió al cuartel de Extranjería y se contactó con Elena Puño Ramos y Teresa Callata Carpio, quienes hicieron una denuncia, por lo que les tomó declaración.” “Manifiesta que relataron que al día siguiente, la mujer las amenazó, diciéndoles que debían estar a completa disposición sexual de los clientes que llegaran allí.”*
- Dichos de **Víctor Nakada Aguayo**, funcionario de la Policía de Investigaciones, quien estuvo a cargo de la Brigada de Delitos Sexuales en el 2005 *“y que el 13 de enero de dicho año fue hasta Extranjería por una denuncia de dos mujeres que manifestaban que se les obligaba a prostituirse y sus documentos se les habían retenido y no podían volver a su país de origen, por lo que dio cuenta de ello al Fiscal.”*

2- Premisas Fáticas y Jurídicas del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique:

2.1- Premisas Fáticas del tribunal:

Se pueden establecer, más allá de toda duda razonable, los hechos que fueron objeto del auto de cargos formulado por el Ministerio Público, es decir: Que, entre el 25 octubre del año 2004 y el 7 de enero del 2005, una mujer contactó a tres ciudadanas peruanas en la Agencia de Empleos “La Preferida”, ubicada en la ciudad de Tacna, Perú, con el propósito de facilitar su entrada al territorio nacional con la finalidad que éstas ejercieran la prostitución en un negocio que ella regentaba, para lo cual las engaña señalándoles que vendrían a trabajar como garzonas en un restaurant, ingresando al país, junto con una de ellas, con fecha 25 de octubre del 2004 y con las restantes el 7 de enero del 2005, pagando la imputada los gastos de ingreso y traslado hasta la ciudad de Iquique, y alojándolas en su residencial ubicada en Avenida Héroes de la Concepción N° 328 denominada “Los Tajibos” para que luego éstas mantuvieran relaciones sexuales con clientes de su actividad.

En consecuencia, los hechos descritos en el considerando precedente constituyen el delito contemplado en los artículos en el artículo 367 bis Números 3 y 6 en relación con el artículo 367, todos del Código Penal, esto es, trata de personas, en la medi-

da que la acusada, facilitó, esto es, financió y gestionó personalmente el traslado de las tres afectadas desde la ciudad peruana fronteriza de Tacna hasta este puerto, ocultándoles y engañándolas en cuanto al real propósito de su traslado hasta acá, que no era otro que el destinarlas a prostituirse bajo el alero del lenocinio por ella gerenciado.

2.2- Premisas Jurídicas del tribunal:

- los artículo en el artículo 367 bis Números 3 y 6 en relación con el artículo 367, todos del Código Penal.
- Atendido la extensión de la pena que corresponderá a la acusada Condori Nicolás, no se le concede alguno de los beneficios de cumplimiento alternativo de la pena corporal previstos en la Ley 18.216.
- Por estas consideraciones y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1,14 N° 1, 15 N° 1, 18, 26, 28, 31, 49, 68, 367 y 367 bis N° 3 y 6 del Código Penal; artículos 1, 45, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341 y 348 del Código Procesal Penal.

3- Sentencia del tribunal Oral en lo Penal:

“Se condena aNELLY VIVIANA CONDORI NICOLÁS, ya individualizada, **a sufrir la pena de SEIS AÑOS de presidio mayor en su grado mínimo, multa decinco unidades tributarias mensuales**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante la condena y al pago de las costas de la causa, **como autora de un delito de trata de personas**, descubierto el día 13 enero del año 2005, en esta ciudad.”

Como hemos señalado en los capítulos anteriores, Chile no está ajeno a los delitos trasnacionales, ya no solamente es un país de tránsito, sino que también somos un país en que se produce el delito de trata de personas cumpliéndose con todos sus elementos. Como vimos en la sentencia anteriormente analizada la captación, traslado y posterior explotación de las victimas la realiza una ciudadana boliviana en Chile.

En relación a la resolución del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, consideramos que la antigua legislación operó satisfactoriamente, ya que fue posible acreditar que esta persona estaba ejerciendo el delito de trata de personas. Con todo, es menester señalar que esta sentencia fue resuelta por la antigua legislación en esta materia, esto es, el artículo 367 y 367 bis del Código Penal. Sin embargo, debemos precisar que si trasladáramos estos hechos al día de hoy en que contamos con una nueva legislación para este delito su persecución y respectivas sanciones serían totalmente distintas, también más favorables en el sentido de que las víctimas contarían con mayor protección y apoyo.

Por esto es propio recordar y hacer énfasis en que el objetivo de la modificación legal es establecer una normativa integral que contenga una adecuada tipificación penal, medios especiales investigativos y normas específicas para la protección de las víctimas respecto del delito de trata de personas, acorde con el marco conceptual sugerido por los convenios internacionales ratificados por Chile, y, en especial, los protocolos de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, complementarios a la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

CONCLUSIONES

A lo largo de la presente tesina analizamos el delito de trata de personas desde sus orígenes hasta la actualidad, haciendo referencia a sus evoluciones legislativas y diferenciaciones que toman el carácter de esenciales para poder determinar en definitiva cuáles son sus extensiones y limitaciones.

En el primer capítulo destacamos la fundamental diferencia que existe entre el delito de trata de personas y el delito de tráfico ilícito de migrantes. Señalamos que estos delitos en la práctica suelen ser confundidos, generándose el problema de establecer sanciones y tratamientos equívocos, aun cuando éstos son delitos autónomos, pudiendo producirse cualquiera de los dos con independencia del otro. En este sentido podemos concluir que sus principales diferencias son las siguientes:

- La principal y esencial diferencia entre uno y otro delito es la referente a los bienes jurídicos protegidos. En el delito de trata de personas lo esencial es el peligro que el traslado de las personas implica para su seguridad, su indemnidad sexual, su salud individual y su vida, tiene por objeto proteger la dignidad y libertad de las personas que son explotadas. En el tráfico ilícito de migrantes se protegen las facultades de policía (migración) de los Estados, como una expresión de la soberanía.
- Posteriormente, logramos verificar los distintos elementos constitutivos de cada delito, estableciendo que en el delito de trata de personas existe una cierta diversidad en lo referente a las conductas exigidas, medios de comisión y finalidades del delito. Esta situación no se presenta en el delito de tráfico ilícito de migrantes, toda vez que este tiene perfectamente individualizado cada uno de los elementos requeridos para su comisión. Especial referencia debemos hacer a las finalidades que tiene el sujeto activo en cada delito, estableciendo que en el delito de trata de personas, además del dolo, el sujeto debe obrar con el propósito de que se explote en alguna de las formas señaladas en el tipo penal, lo que transforma a este delito en uno de intención trascendente. En cambio, el tráfico ilícito de migrantes no exige elementos subjetivos distintos del dolo.

- Las víctimas de trata de personas se movilizan tanto dentro como fuera del país. En cambio, el tráfico de migrantes implica necesariamente una entrada o salida de un estado a otro en forma ilícita.
- El consentimiento de la víctima, en caso de existir, en el delito de trata de personas y en el tráfico de migrantes no es relevante pues se considera viciado.

En el segundo capítulo diferenciamos la situación existente en Chile antes y después del proyecto de ley ingresado al Congreso Nacional como iniciativa del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Consecuentemente podemos concluir que efectivamente nuestra legislación ha tenido dos leyes que han tipificado el delito de trata de personas: En sus orígenes la ley 19.409 tipificó en el libro II, título VII *“Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”* de nuestro Código Penal el artículo 367 bis. Posteriormente dicho artículo fue suprimido por la ley 20.507, la cual incorporó en nuestra legislación penal el actual artículo 411 ter y siguientes.

Dentro de los aspectos más relevantes de esta comparación pudimos verificar que existió una evolución legislativa que podemos constatar por lo siguiente:

- En cuanto de la finalidad que buscaba sancionar el legislador; efectivamente en los orígenes de este delito, el artículo 367 bis del Código Penal tenía por objeto sancionar la conducta cuando ésta tenía una finalidad de explotación sexual de la víctima, sólo en casos de entrada y salida del país. En otras palabras, el legislador dejó de lado otras formas de explotación, como la laboral y la de extraer los órganos. Es en este sentido donde encontramos una evolución legislativa tendiente a incorporar y sancionar a través de la ley 20.507 las restantes formas de explotación constitutivas del delito.
- En virtud de parámetros internacionales se deja atrás la idea de sancionar sólo aquellas conductas que se realizan dentro o fuera del país, por lo que se hace punible la figura de trata de personas interna.
- El hecho de considerar el delito de trata de personas con mayor amplitud provocó su tipificación en otro título del Código Penal. Por ello, la figura se trasladó desde el párrafo 6 del Título VII del Libro II del Código penal: *“Del estupro y otros delitos sexuales”*, al Título VIII del mismo cuerpo legal: *“Crímenes y simples delitos contra las personas”*, creándose un párrafo nuevo, con el número

ro 5 bis: “*De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas*”. De este modo, el delito de trata de personas pasa a considerarse como un delito contra la persona que puede tener diversas formas de explotación y no sólo sexual.

- Respecto de la forma de tipificar el delito, la ley 20.507 incorporó nuevos artículos que desplazan la figura descrita por el antiguo artículo 367 bis y a la vez describen la figura tanto en su modalidad simple como agravada, estableciendo distintas penas para sancionar dicha conductas.

En el tercer capítulo analizamos las diversas obligaciones internacionales adquiridas por el estado de Chile con el objeto de determinar si nuestro país cumple o no con los estándares exigidos por el 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. En este sentido concluimos que efectivamente existió una necesidad por parte del Estado de Chile de tipificar de mejor forma este delito, ante la carencia que existía en nuestro país de una legislación general para combatir el crimen organizado y al delito transnacional moderno. Es por esta razón que Chile suscribió, ratificó y promulgó la Convención de Palermo con su Protocolo Adicional, que también ha sido suscrito y ratificado por Chile en idénticos términos.

En cuanto a las obligaciones establecidas por el mencionado protocolo, señalamos 3 grandes obligaciones:

- 1- Labor de la prevención, que comprende la información y la educación de las víctimas, así como a la sociedad civil, a los funcionarios y servidores públicos. El cumplimiento de dicha labor significa además, desarrollar una clara definición del delito de trata de personas.
- 2- Labor de ayuda y protección a las víctimas del delito de trata de personas, tendientes a proteger la privacidad y la identidad de las víctimas de trata de personas; confidencialidad de las actuaciones judiciales; rehabilitación física, psicológica y social; seguridad física de las víctimas, repatriación de las víctimas con las medidas de seguridad adecuadas.

- 3- Cooperación entre los Estados Partes, la que procederá, según el Protocolo, intercambiando información, de conformidad a su derecho interno a fin de poder determinar: si las personas que cruzan o intentan cruzar una frontera internacional son autores o víctimas del delito de trata de personas; los tipos de documentos de viaje que utilizan o intentan utilizar para cruzar una frontera con fines de trata de personas; los medios y métodos utilizados por grupos delictivos organizados para los fines de trata de personas; reforzar los controles fronterizos; situación en nuestro país y su cooperación con los estados partes de la Convención de Palermo.

En definitiva cabe señalar que el Estado de Chile cumple con la primera obligación, porque si bien en sus orígenes tipificaba el delito de trata de personas de manera escasa o incompleta, posteriormente, con la ley 20.507 tipificó y sancionó el delito en su mayor amplitud posible, esto es, considerando todos los fines de explotación existentes en el delito de trata de personas y no solo aquellos fines de explotación sexual.

En relación a la segunda obligación, podemos señalar que el Estado de Chile cumple parcialmente, toda vez que si bien existen variadas instituciones públicas y privadas que han desarrollado una serie de buenas acciones que representan significativos avances en el abordaje del delito de trata de personas. Falta impulsar instancias específicas de protección de víctimas de acuerdo con instrumentos internacionales ratificados, como por ejemplo alojamientos adecuados, asistencia médica, psicológica y material oportunidad de empleo, educación, capacitación, asesoramiento e información respectiva a sus derechos. Como también fortalecer y potenciar la coordinación entre las instituciones de los países de origen, tránsito y destino de las víctimas.

Finalmente respecto de la última obligación podemos señalar que Chile sí cumple, toda vez que ha creado una unidad especializada en cooperación internacional formando parte de asociaciones y organizaciones que tienen como fin luchar contra el delito de trata de personas, creando instancias que facilitan el intercambio de experiencias exitosas en atención y protección de la víctima de esta nueva forma de esclavitud.

En el cuarto capítulo analizamos la influencia del consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas. En este sentido nos planteamos la hipótesis de cuál sería la

situación si la víctima consintiere en ser explotada en alguna de las modalidades consagradas por este delito, toda vez que en la práctica y en la mayoría de los casos, la víctima suele oponer resistencia a la comisión de este delito. Para dar respuesta a esta interrogante primero analizamos como se desarrolla y considera el consentimiento en materia penal, en este sentido identificamos su definición, la oportunidad en que el consentimiento debía ser otorgado por parte de la víctima para producir efectos, sus requisitos, para terminar con sus efectos. Es respecto de los efectos del consentimiento donde se debe hacer una esencial distinción para ver cómo se plasma dichos efectos en el delito de trata de personas. En este sentido afirmamos que el consentimiento en el delito de trata de personas no produce efectos tendientes a configurarse como una causal de justificación, esto en virtud de dos análisis que resultan fundamentales:

- 1- El primer análisis se refiere a los bienes jurídicos protegidos por el delito de trata de personas, estos son: su dignidad y libertad reflejados en su seguridad, su indemnidad sexual, su salud y su vida, los que configuran la categoría de bienes jurídicos no disponibles o irrenunciables, aquellos constituidos sobre la base de un interés general, resguardado por el estado, por sobre un interés individual o particular.
- 2- El segundo análisis se refiere a los medios comisivos del delito de trata de personas, aquellos medios tendientes a anular la voluntad de la víctima, estos son, el empleo de violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, así como el otorgamiento o la recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, reciba o traslade a la persona para ser víctima de alguna de las formas de explotación. En relación a estos medios podemos concluir que el consentimiento de la víctima a los distintos requerimientos solicitados por el tratante resulta ser irrelevantes, toda vez que el delito de trata de personas se basa en el abuso a la libertad sexual individual de poder, fenómeno que, como fue analizado en el capítulo IV, tiene sus cimientos en las distintas formas de violencia utilizadas por el tratante para reclutar, controlar y explotar a las víctimas.

En el quinto capítulo tenía como objetivo determinar si es posible la existencia de concurso Ideal o Formal de Delitos y Concurso Real o Material de Delitos en la Delito de Trata de Personas. Finalmente, analizamos las penas, en el sentido de determinar si son adecuadas o no, en comparación a otros delitos consagrados en la legislación Penal Chilena, a fin de si ella satisface los criterios de proporcionalidad.

Respecto a si es posible la aplicación de concursos, ya sea Ideal o Real llegamos a la conclusión de que no procede la aplicación de concursos ya que, el delito de Trata de Personas reúne todas las características de un Delito de Emprendimiento. La doctrina ha señalado que estos delitos tienen características tanto de delitos permanentes, como de aquellos de varios actos, siendo estos últimos, aquellos en que la propia descripción típica del delito, requieren que se desarrollen dos o más acciones.

Se ha dicho al respecto, que el criterio en esta materia es la identidad del sujeto activo que está inmerso y opera en una empresa criminal, sea esta creada por él o bien, ya existente.

Tal como señalamos en los capítulos anteriores, para que se configure el delito de trata de personas se requiere la presencia de los siguientes elementos: en primer lugar la captación de la víctima su traslado o transporte y la acogida o recepción. En segundo lugar, la forma o los medios para lograr esto son variadas se puede recurrir a las amenazas o el uso de la fuerza, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o a 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 y por último la finalidad que persigue el autor en la trata de personas es la explotación la que se puede ver reflejada de múltiples formas: sexual, trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud y extracción de órganos.

En relación a lo anteriormente señalado, la de Trata de Personas generalmente es ejecutada por organizaciones criminales transnacionales, lo que no obsta a que pudiesen existir sujetos no estructurados como organización que se dediquen a esta actividad.

Por lo tanto, en el delito de Trata de Personas estaríamos frente a un caso de Unidad Jurídica de Acción, en que la pluralidad de acciones realizadas por el mismo sujeto activo, y que muchas veces importa la comisión de dos o más delitos, es considerada

para efectos de su punibilidad como un único delito cometido, lo que ciertamente impide que se apliquen las reglas generales en materia de concursos.

Finalmente, analizamos las penas, en el sentido de determinar si son adecuadas o no, en comparación a otros delitos consagrados en la legislación Penal Chilena, a fin de si ella satisface los criterios de proporcionalidad. En relación a este tema, según lo señalado en el respectivo capítulo, podemos concluir que las penas asignadas a este delito ya sea en la norma del Código Penal o en la ley 20.507 son proporcionales a la gravedad de la afectación del bien jurídico protegido.

La ley 20.507, en su artículo 411 quáter describe el delito de trata de personas propiamente tal, con una figura simple, en el inciso primero, y una calificada, o agravada, en el inciso segundo (si se trata de una víctima menor de edad). En el inciso tercero se sanciona con iguales penas a quien promueva, facilite o financie la ejecución de dichas conductas. En cuanto a las penas, se establece en primer lugar la pena de reclusión mayor en su grado mínimo a medio y multa de cincuenta a cien Unidades Tributarias Mensuales para la figura simple, en segundo lugar se establece la pena de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien Unidades Tributarias Mensuales, para la figura a gravada.

A modo de conclusión consideramos que las penas asignadas a este delito son adecuadas, ya que en ambos casos tanto en la figura simple como en la figura calificada son sancionados con penas de crímenes lo cual se justifica en la gravedad del delito y de los bienes jurídicos que se pretenden proteger por el legislador.

En el capítulo sexto analizamos el derecho comparado, con el objeto de poder conocer otras realidades existentes distintas a la nuestra o verificar cuales son las concordancias que dichas legislaciones tenían con la nuestra. De este modo, estudiamos la regulación penal de las legislaciones correspondientes a los países de España, Alemania, Francia, Portugal e Italia.

En el análisis verificamos que gran parte de estos ordenamientos jurídicos tiende a regular no tan solo el delito de trata de personas o tráfico de personas sino también el tráfico ilícito de migrantes o inmigración clandestina.

Al mismo tiempo verificamos que existen países, al igual que el nuestro, que regulan la trata de personas contemplando sus distintas finalidades y no tan solo limitándola a la explotación sexual o explotación laboral como ocurre en el caso de Alemania y Portugal.

Consecuentemente, hay cierta similitud en las legislaciones objeto de análisis en el sentido de utilizar ciertas circunstancias como fuentes del delito de trata de seres humanos, estas son, explotación laboral, situación de someter a la persona a la mendicidad o pobreza y la extracción de órganos. Asimismo, se contempla cierta similitud en el sentido de las circunstancias agravantes, toda vez que la gran mayoría de estas legislaciones contemplan esta circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal cuando el delito se dirige a un menor de edad o cuando se tiene por objeto someter a la víctima a la prostitución o tráfico de órganos.

Bibliografía.

- **Benítez. Anyalén**, La esclavitud del siglo XXI: Trata de personas con fines de explotación sexual, Mar del plata, Argentina, 2011(cap. I).Consultado el 05 de Octubre de 2012,EN <http://es.scribd.com/doc/57487225/TRABAJO-DE-INVESTIGACION-TRATA-DE-PERSONAS-UNMDP-DERECHO-INT-PUBLICO>
- **Colombo Palermo**, Los Fines de Explotación en el Delito de Trata de Personas y La Posibilidad de Consentirlos, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, año 2003
- Consultado el 07 de mayo de 2013,EN:
http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/fiscaliaNac_unidades_apoyo.jsp
- Consultado el 12 de junio de 2013, EN:
<http://lacomunidad.elpais.com/forojuridicointernacional/2009/7/31/trata-personas-evolucion-legislativa-espana>
Ivette Durán Calderón, 31 de Julio de 2009, España.
- **Cury Enrique**, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava Edición, Santiago, 2005.
- **DarioJarque, Gabriel**, la relevancia penal del consentimiento.
- Declaración de la II Cumbre Iberoamericana sobre trata de seres humanos, 2011, Santiago de Chile.
- **Etcheberry, Alfredo**. Derecho Penal, parte general, editorial Universidad de Chile, Chile, 1998, tomo II.

- **García Arán, Mercedes**, Trata de personas y explotación sexual, editorial COMARES, España, Granada, 2006.
- **Garrido Montt, Mario**, Derecho Penal, Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del delito, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2001, Tomo II.
- **Garrido Montt, Mario**, Derecho Penal, parte especial, editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, Chile, 2005, tomo III.
- **Góngora Vargas Andrés**, La Trata de Personas más cerca de lo que te imaginas, Policía de Investigaciones de Chile Jefatura Nacional de Delitos Contra la Familia, Santiago, Mayo de 2007.
- Historia fidedigna Ley 20.507. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011.
- **JAKOBS, Günther** “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, 2º edición corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial. Marcial Pons, Madrid 1997.
- **Unicef**, La niñez prostituida, Argentina, 2000.
- Ley 20.507. Diario Oficial de la república de Chile, Santiago, Chile, 8 de abril de 2011.
- **Maldonado Rojas, Pía Carolina**, Análisis Crítico del Delito de Trata de Personas en Chile, en relación a su tipificación en la Convención de las Naciones Unidas, contra la delincuencia organizada transnacional, y su protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y

niños, Profesor guía Jorge ChocairLahsen, Universidad Andrés Bello,Santiago,Chile,2009.

- **Matus, Jean Pierre**, “artículos 74 a 78”, en Politoff, S. y Ortiz,L. (coordinadores), Texto y Comentario del código Penal Chileno. Libro primero. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo I.
- **Matus, Jean Pierre**, Concurso Aparente de Leyes Penales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- **Oficina de las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito**, Manual sobre la investigación del delito de trata de personas, Chile, 2009.
- **Politoff, Sergio, Jean Pierre, Matus y María Cecilia Ramírez**. Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte general, editorial jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2004.
- 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.
- **Resumen ejecutivo OIM**, Investigación sobre trata de personas en Chile, Chile 2008.
- **Ríos Arenaldi, Jaime**. “El consentimiento en materia penal”, Universidad de Talca, 2006.
- **Rodríguez Collao, Luis**. Delitos sexuales, editorial jurídica de Chile Santiago, 2001.
- **Sentencia C/ NELLY VIVIANA CONDORI NICOLÁS “TRATA DE PERSONAS”** ROL ÚNICO: N° 0500018167-8, Tribunal de Juicio Oral de Iquique.

- **Ulloa Díaz César Humberto, José Rubén Ulloa Gávilano**, El Delito de Trata de Personas en el Código Penal Peruano, Perú, 2011.
- **US. Department Of State**, Informe trata de personas, EE.UU, 2012.

Fuentes

- Código Penal, año 2011, Santiago, Chile.
- Ley 19.409, publicada el 7 de Septiembre de 1995, Diario Oficial de la república de Chile, Santiago, Chile.
- Ley 20.507 publicada el 8 de abril de 2011, Diario Oficial de la república de Chile, Santiago, Chile.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, año 2003