

Ley n° 20.507 “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal” n°5/ 2011/ Agosto. Minuta dDepartamento de Estudios Defensoría Nacional

Fernando Mardones Vargas/ José Manuel Fernández

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Los delitos contemplados en esta ley, como veremos, se enmarcan en el amplio ámbito de las conductas declaradas como delitos de trascendencia internacional, de acuerdo a los tratados suscritos al amparo de la Organización de Naciones Unidas, y que presentan un incontable abanico de tipos penales de la más diversa caracterización.

En términos generales, la Ley N° 20.507 incorpora al Código Penal diversos tipos penales destinados a sancionar el tráfico ilícito de inmigrantes y la trata de personas (artículos 411 bis, 411 *ter*, 411 quáter y 411 quinquies), agrupados en un nuevo párrafo 5 bis bajo la denominación "De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas", incorporado en el Título VIII del Libro II, del Código Penal, correspondiente a los "Crímenes y simples delitos contra las personas". Como consecuencia, se deroga el artículo 367 bis que sancionaba la "trata de blancas", y en concordancia con la eliminación del mencionado tipo penal se elimina del inciso primero del artículo 369 *ter* del mismo código la expresión "367 bis"¹, aunque en el artículo 411 octies se replican las mismas técnicas de investigación. Además, en el artículo 411 sexies se contempla la figura del cooperador eficaz y en el artículo 411 septies se establece como regla para la determinación de la reincidencia específica la consideración de las condenas dictadas en un Estado extranjero aun cuando la pena impuesta no haya sido cumplida. Por último, se introduce en el párrafo 5° del Título III del Libro I, un nuevo artículo 89 bis, que faculta a los extranjeros condenados por alguno de los delitos contemplados en los artículos 411 bis, 411 *ter*, 411 quáter y 411 quinquies, a cumplir en el país de su nacionalidad las penas privativas de libertad que les hubieren sido impuestas.

También se introducen modificaciones en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Se reemplaza en el inciso tercero del artículo 3° del Decreto Ley N° 321, que establece la libertad condicional para los penados, los vocablos "número 1 del artículo 367 bis" por "artículo 411 quáter", y se sustituye, en el artículo 4°, letra e), de la ley N° 18.050, que fija normas generales para conceder indultos particulares, la expresión "número 1 del artículo 367 bis" por "artículo 411 quáter". En el Decreto Ley N° 1.094 que "Establece normas sobre extranjeros en Chile", se sustituye en el N° 2 del artículo 15 la expresión "a la trata de blancas" por la de "al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas", lo que también resulta coherente con la derogación del artículo 367 bis del Código Penal. En la misma ley se incorpora en el párrafo IV del Título I, un artículo 33 bis nuevo, que permite a las víctimas del

¹ El artículo 369 *ter* del Código Penal modificado es el siguiente "Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 *ter*, 374 bis, inciso primero, y 374 *ter*, y la investigación lo hiciera imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte.

La actuación de los agentes en cubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones.

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la ley N° 20.000."

delito previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal, que no sean nacionales o residentes permanentes en el país, presentar una solicitud de autorización de una residencia temporal por un período mínimo de seis meses. Asimismo, se modifica el artículo 5° del decreto ley N° 2.460, Ley Orgánica de Policía de Investigaciones de Chile, para entregar a la policía la facultad de adoptar todas las medidas conducentes para asegurar la correcta identificación de las personas que salen e ingresan al país, la validez y autenticidad de sus documentos de viaje y la libre voluntad de las personas de ingresar o salir de él.

Por último, se introducen modificaciones al Código Procesal Penal, incorporando en el párrafo 2° del Título IV del Libro I, un nuevo artículo, 78 bis, relativo a la protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas. Además, en concordancia con la derogación del artículo 367 bis del Código Penal se modifican los artículos 198 y 237 en las partes en que se aludía a la figura penal eliminada, sin incorporar, a tales artículos, las figuras penales análogas que la Ley N° 20.507 establece en los artículos 411 ter y 411 quáter.

II. HISTORIA DE LA LEY N° 20.507

La Ley N° 20.507 es fruto de una moción de la Cámara de Diputados², denominada "Proyecto de ley que tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal".

El fundamento del proyecto quedó consignado en la moción parlamentaria en los siguientes términos:

Hoy en día 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, se ha adaptado exitosamente a ellos y ha sabido aprovechar en su beneficio los adelantos tecnológicos en el área de las finanzas, las comunicaciones y los medios de transporte.

La gran delincuencia ha asumido formas empresariales para el desarrollo de sus actividades y hace ya mucho han sido capaces de traspasar las fronteras de los estados nacionales, creando verdaderos sistemas de redes que operan empleando cuantiosos recursos, para la explotación de uno o varios "giros" delincuenciales. Entre ellos, el del tráfico de personas, especialmente mujeres y niños, para fines ilícitos que van desde la explotación sexual, hasta la extracción de órganos, pasando por cierto por la generación de contingentes de personas para la mano de obra que trabaja bajo régimen de esclavitud³.

Se agregó:

Una de las nuevas áreas de acción del crimen organizado transnacional es el tráfico de personas y dentro de ellas del tráfico de niños. Chile puede ser utilizado tanto como país suministrador de menores para el tráfico, como país de paso de bandas que trafiquen con ellos⁴.

Por otra parte, a nuestro juicio resulta fundamental, entender que existen ciertos factores de vulnerabilidad y riesgo para niños y adolescentes de caer en manos de estas mafias transnacionales, como son la pobreza, desprotección, abandono, violencia intrafamiliar, discriminación (género, etnia), analfabetismo, deserción escolar, trabajo infantil, parentalización, falta o debilidad en las legislaciones, corrupción, entre muchos otros. Todos estos elementos contribuyen a que los niños que sufren mayor vulneración de sus derechos se encuentren más susceptibles de ser traficados, sea con fines de explotación sexual, laboral, adopción, reclutamiento para conflictos armados o extracción de órganos⁵.

² Originado por una moción de la Diputada María Antonieta Saa Díaz, con la adhesión de los Diputados Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes, José Antonio Galilea Vidaurre, María Eugenia Mella Gajardo, Adriana Muñoz D'Albora, Alejandro Navarro Brain, Osvaldo Palma Flores y Jaime Quintana Leal. Fecha 05 de enero, 2005. Sesión 35, Legislatura 352. *Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal*. Biblioteca del Congreso Nacional, p. 4.

³ *Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal*. Biblioteca del Congreso Nacional, p. 4.

⁴ *Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal*. Biblioteca del Congreso Nacional, p. 5.

⁵ *Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal*. Biblioteca del Congreso Nacional, p. 6.

El proyecto tuvo presente el artículo 11 de la Convención de los Derechos del Niño, que obliga a los Estados Partes “a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”; el artículo 32 del mismo instrumento, que impone a los Estados Partes “reconocer el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica, y contra el desempeño de cualquier trabajo que puede ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, social”; y el artículo 35, que obliga a los Estados Partes “a tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Asimismo, se consideró el Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, adoptado por los Estados Partes ante la “importante y creciente trata internacional de menores a los fines de venta de niños, su prostitución y su utilización en la pornografía” y por “la práctica difundida y continuada del turismo sexual, a las que los niños son especialmente vulnerables, ya que fomenta directamente la venta de niños, su utilización en la pornografía y su prostitución”⁶.

La fuente formal más importante fue la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus dos protocolos relativos al Combate al Tráfico de Migrantes por Vía Terrestre, Marítima, y Aérea y a la Prevención, Represión y Sanción a la Trata de Personas, en especial Mujeres y Niños. El artículo 3° de la Convención delimita su ámbito de aplicación a la prevención, investigación y el enjuiciamiento de los delitos que ella tipifica, cuando sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. Para la Convención se está en presencia de un delito transnacional, cuando se comete en más de un Estado; se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado, o se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado⁷.

Por último y en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se hizo referencia al Convenio N° 182 Sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil aprobado en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 1° de junio de 1999. Se adujo, que este Convenio impone la obligación a todos los miembros de adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia, definiendo estas “peores formas de trabajo infantil” como: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleve a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños⁸.

A través de esta normativa Chile daría cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos, especialmente a la Convención de Palermo y sus dos protocolos, en cuanto a modificar la actual tipificación penal relativa al tráfico de personas⁹.

⁶ *Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.* Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 7 a 9.

⁷ *Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.* Biblioteca del Congreso Nacional, p.11.

⁸ *Historia de la Ley N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.* Biblioteca del Congreso Nacional, p.13.

⁹ No deja llamar la atención que en la moción no se expusiera la existencia de una realidad nacional que justificara una normativa penal como la propuesta. El único antecedente que se adujo fue que a diciembre del 2003 ingresaron a la red de protección no gubernamental 185 casos de niños y niñas extranjeros, de los cuales 13 se encontraban indocumentados (5 casos de Argentina, 5 de Bolivia, 2 de Perú y 1 caso de Uruguay) y que fue descubierta una red que traficaba niños al extranjero para la adopción ilegal, antecedentes que, a nuestro juicio, no justificaban asumir el tráfico transnacional de personas como un problema apremiante y urgente en nuestro país. Lo anterior fue ratificado por el Ministerio Público en la tramitación del proyecto al señalar que “Los casos de trata de personas investigados en Chile han sido escasos, en parte debido a que este tipo de criminalidad no ha logrado tener una importancia cuantitativa mayor en nuestro país”. *Historia de la Ley N°*

III. CONVENCION DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL ORGANIZADA Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES

La Ley N° 20.507 fue dictada para cumplir con los compromisos asumidos por Chile al suscribir y ratificar el Convenio de Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada (Convención de Palermo) y sus protocolos adicionales. De esta forma, es necesario hacer referencia a algunos aspectos de estos instrumentos internacionales para una correcta interpretación de los tipos penales.

El texto de la Convención es complejo y detallado, ya que va más allá de una declaración de principios. Entre las distintas aportaciones que presenta, es que en ella se establecen una serie de definiciones en orden a perfilar unos conceptos que podían presentar distintas acepciones en cada uno de los distintos Estados Partes. Así:

- En su artículo 1° señala que el objeto de la Convención es criminalizar determinadas conductas, cuando el delito sea de naturaleza transnacional e intervenga en ellas un grupo delictivo organizado.
- El artículo 2° da algunas definiciones. En la letra a) se define como “grupo delictivo organizado” un grupo estructurado de tres o más personas; que exista con carácter previo a la comisión o que se mantenga un cierto tiempo con posterioridad a la comisión del delito; que actúe concertadamente con el objeto de cometer algún o algunos de los delitos graves tipificados en la Convención y con el propósito de obtener un beneficio económico o cualquier otro beneficio de orden material; en la letra b) se entiende por “delito grave” la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con penas más graves; y en la letra c) se indica que se entenderá por “grupo estructurado” un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.
- El artículo 3° determina el ámbito de aplicación de la Convención. En el punto 1) se establece que la Convención se aplicará para la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos cometidos por un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, la corrupción y la obstrucción a la justicia. En el punto 2) se acota normativamente el contenido material del denominado delito transnacional, entendiéndose por él cuando se comete en más de un Estado; cuando tiene lugar en un solo ámbito territorial pero su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro; cuando se realiza en un solo Estado, pero en él interviene un grupo delictivo organizado que lleva a cabo actividades criminales en varios Estados; o, cuando se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro.
- En cuanto a la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado, se dispone en el artículo 5° que cada Estado adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:
 - (i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;
 - (ii) La conducta de toda persona que a, sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en actividades ilícitas del grupo delictivo organizado u otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita.
- Se establecen, además, normas relativas al proceso, fallo y sanciones (art. 11); decomiso e incautación (art. 12); cooperación internacional para fines de decomiso (art. 13); jurisdicción (art. 15); extradición (art. 16); traslados de personas condenadas a cumplir una

20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Biblioteca del Congreso Nacional, páginas 5 y 42.

pena (art. 17); asistencia judicial recíproca (art. 18); investigaciones conjuntas (art. 19); técnicas especiales de investigación (art. 20); establecimientos de antecedentes penales (art. 20); protección de testigos (art. 24); asistencia y protección a las víctimas (art. 25).

En cuanto a sus protocolos, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, en los artículos 1° a 5°, entrega definiciones, criterios de criminalización y el alcance de las medidas propuestas. Sus disposiciones más relevantes señalan lo siguiente:

- Tremendamente importante en la determinación de las conductas perseguibles son los conceptos que aporta el artículo 3¹⁰ del protocolo. En este artículo se dispone que se entenderá por tráfico ilícito de inmigrantes la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material¹¹.

En directa relación con lo anterior, se establece que la entrada ilegal consiste en el paso de fronteras sin cumplir los requisitos establecidos por el Estado receptor.

Por "documento de identidad o de viaje falso" se entenderá cualquier documento de viaje o identidad elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; o expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier forma ilegal; o utilizado por una persona que no sea su titular legítimo.

- En el artículo 4° se determina el ámbito de aplicación del Protocolo, el que recae en la prevención, investigación y penalización de delitos de carácter transnacional que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos¹².

- En el artículo 5°, se dispone que los migrantes no estarán sujetos a responsabilidad penal, cuando hayan sido víctimas de algunas de las conductas acabadas de mencionar. De esta forma queda fuera del interés del Protocolo sancionar el fenómeno de la migración en si mismo considerado, es decir, no sancionar al inmigrante por el hecho de haber sido objeto de contrabando.

- En el artículo 6°, se insta a los Estados Parte a que tipifiquen como delito el tráfico ilícito de inmigrantes, comportamiento que se puede llevar a cabo ya sea mediante la creación de un documento de viaje o de identidad falso, o la facilitación, suministro o posesión de tal documento.

En el mismo artículo, se configuran como elementos esenciales para la tipificación, dos requisitos distintos y acumulativos. En primer lugar, el que se lleven a cabo intencionalmente y, en segundo lugar, que se realicen con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

¹⁰ Art. 3. Para los fines de presente Protocolo:

a) Por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;

b) Por "entrada ilegal" se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor.

¹¹ La referencia al "beneficio financiero u otro beneficio de orden material" fue incluida para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidos de ella las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. El Protocolo no pretendía criminalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religioso (Cfr. A/55/383.Add.1).

¹² De acuerdo a lo establecido en el artículo 3.2 de la Convención, ostenta la naturaleza de delincuencia transnacional cuando:

a) Se comete en más de un Estado;

b) Se comete dentro un solo Estado pero una parte sustancial de preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;

c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o

Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Por último, también en el artículo 6º, se establece el castigo de la tentativa, de las formas de participación y, finalmente, el que se considere como agravantes la puesta en peligro o el que se pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados o, cuando tales conductas den lugar a un trato inhumano o degradante, en particular con el propósito de explotación.

Por su parte, el Protocolo sobre Prevención, Represión y Sanción a la Trata de Personas, en especial Mujeres y Niños, en sus disposiciones más relevantes señala lo siguiente:

- En el artículo 3.a) señala que “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”.
- En el artículo 3.c) dispone que “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”.

IV. CONCEPTO DE “TRÁFICO DE PERSONAS”

La complejidad del concepto de “tráfico de personas” contrasta con la facilidad de su utilización como si fuera un concepto claro, hasta el punto de que se hace referencia a él sin definirlo y dando por supuestos sus límites conceptuales. De modo que como primera cuestión se intentará delinear el concepto de “tráfico de personas” para los efectos de interpretar adecuadamente los tipos penales establecidos en la Ley N° 20.507.

Desde un punto de vista histórico, el “tráfico de personas” se vincula con los conceptos de comercio y transporte. Ese es también el significado gramatical del término “tráfico” que indica tanto la actividad comercial como la circulación, el movimiento o el traslado. Hoy difícilmente se conocen casos de compraventa de personas en sentido formal estricto-parangonables a la compraventa pública de esclavos- pero no cabe duda que en muchas formas de recluta de personas, cobrando un precio por ello, para que sean explotadas por otros, se dan los elementos de un compraventa, si bien en sentido material, puesto que la persona es objeto de una transacción económica. Algo similar cabe decir respecto de las situaciones de dominio sobre las personas, que hoy se dan mayoritariamente en términos materiales, sin que quepa excluirlas del concepto de “tráfico”¹³.

Lo cierto es que el intercambio comercial y el traslado geográfico no son dos realidades absolutamente distintas, sino íntimamente conectadas. El intercambio comercial ha ido siempre acompañado del traslado del objeto de intercambio al lugar donde se produce la demanda puesto que, en definitiva, el comercio sobre un objeto implica *per se* el desplazamiento de unas manos a otras. Por tanto, no nos hallamos ante dos conceptos de “tráfico”, sino ante uno solo. Lo que ocurre es que se tiende a separar conceptualmente el comercio y el traslado y esto, por varios motivos. Primero, en la dimensión internacional que ha adquirido la “trata” o el “tráfico de personas” se hace más visible el elemento del traslado geográfico, destacado, además, por las leyes sobre inmigración transnacional. En segundo lugar, el comercio *stricto sensu* como transacción que tiene por objeto a la persona, resulta menos visible y, como se ha apuntado, es apreciable sólo en términos materiales y/o económicos: en el plano global, es el marco socioeconómico el que permite hablar de comercio global de mano de obra, en tanto en cuanto las economías dependientes exportan personas a los países donde se produce la demanda, mientras que en las actuaciones concretas, la vieja compraventa de esclavos – que tampoco es descartable-, puede verse sustituida, por ejemplo, por actos de recluta de personas por los que se cobra un precio. Asimismo, este concepto amplio y material –como todos los manejados hasta aquí-, abarca todos los supuestos en los que el trasladado es tratado como una mercancía.

¹³ **García Arán.** *Trata de personas y explotación sexual.* Editorial Comares. Granada. 2006, p. 13.

En suma: todo acto de comercio implica un traslado y hay formas de traslado que suponen comerciar con la persona. En tercer lugar, - aunque relacionado con lo anterior-, existen muchos supuestos de traslado geográfico a iniciativa del inmigrante en los que ese aparente consentimiento hace que la persona no aparezca formalmente como mercancía o como objeto de intercambio. En tales casos de traslado voluntario, parece que nos encontramos ante un hecho de tráfico no basado en el dominio sobre la persona y desvinculado del comercio, por lo que quedaría fuera del tráfico constitutivo de esclavitud¹⁴. La voluntad de todo aquél que se traslada de un país a otro por propia iniciativa libre de condicionamientos, sean cuales sean las condiciones en que dicho traslado se decide y se produce, estarían fuera del concepto de tráfico, salvo cuando se compruebe la presencia de los elementos básicos del concepto de esclavitud, esto es, la existencia de un grado de dominio sobre la persona que supone el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. Debe aclararse que el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad es una metáfora, no significa ser propietario de la persona, sino que tratarla *como si fuera* su propietario, es decir, como si fuera una cosa¹⁵.

En síntesis, para que estemos ante una situación de "tráfico de personas" punible, debe concurrir: a) dominio; b) comercio y/o traslado; c) fines de explotación.

a) Dominio sobre la persona.

El dominio sobre la persona es lo que plasma el tráfico, ya que la persona adquiere la condición de objeto con el que se trafica. La víctima del tráfico lo es tanto en cuanto se ejercen sobre ella los atributos del derecho de propiedad, esto es, en tanto se la trata como si fuera una cosa. En esto radica el perjuicio para la dignidad humana entendida como el derecho a ser tratado como una persona titular de derechos. Así, el dominio puede venir dado bien por las condiciones de inferioridad y sometimiento a la disponibilidad de otros, bien por la utilización de medios que violenten la voluntad de la víctima o vicien su consentimiento.

b) Comercio y traslado.

Comerciar con una persona, supone obtener una contraprestación por ponerla a disposición de otro, o pagar un precio por obtener esa misma disposición, de modo que uno y otro caso llevan consigo el traslado de una persona de unas manos a otras. O bien puede suponer sólo su traslado de un lugar a otro, aprovechando las condiciones de inferioridad de la víctima o en condiciones tales que supongan el tratamiento de la persona como una mercancía¹⁶.

c) Fines de explotación.

Con este elemento se destaca que, bastando la finalidad de explotación, existen actos de tráfico ya al inicio del proceso que concluyen o deben concluir en la explotación. Su incorporación al concepto de tráfico debe hacerse de forma que abarque también actos realizados por sujetos distintos de aquellos que persiguen la explotación final concreta, bastando con el conocimiento de los fines de explotación. Este elemento es importante para no perder de vista que instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas Contra la Criminalidad Organizada Transnacional, persiguen la protección de violaciones de derechos humanos y no las políticas migratorias de los estados parte¹⁷. En efecto, en las zonas

¹⁴ **García Arán.** Op. cit, p. 16.

¹⁵ **García Arán.** Op. cit, p. 17.

¹⁶ Como toda actividad comercial encierra un intercambio de contraprestaciones que son diversas en función de que estemos ante la compra de personas en sentido genérico, es decir, la entrega a la misma persona o a un tercero de una cantidad económica o la realización de una contraprestación, con finalidad de dedicar a la persona objeto de intercambio a una determinada actividad y bajo unas determinadas condiciones, que aquellos supuestos en que el objeto de la contraprestación es un simple traslado espacial, a veces completado por la consecución de una actividad laboral, normalmente, entre Estados. Pero aún así, existen posiciones integradoras de ambos fenómenos que deriva en un concepto unitario, normalmente de carácter muy general, que conciben el tráfico de emigrantes como un negocio internacional, que involucra el comercio y el movimiento sistemático de personas como artículos (objetos) a través de varios medios, así como una variedad de agentes, instituciones e intermediarios. **León Villalba.** *Tráfico de personas e inmigración ilegal.* Tirant Lo Blanch. 2003. Valencia, p. 28.

¹⁷ Precisamente, uno de los problemas que presenta el concepto de "tráfico de personas" nace de su utilización para describir supuestos de traslados ilegales de emigrantes en busca de puestos de trabajo y de sujetos en busca de asilo del país de destino. Se considera uno de los obstáculos más importantes en la consecución de una definición unívoca del tráfico de seres humanos la confusión entre los conceptos de *trafficking* y *smuggling*. Traducir *human trafficking* como tráfico de personas puede crear confusión con *human smuggling* que se traduce o al menos se utiliza profusamente con esta misma acepción. Es más conveniente traducir *human trafficking*

fronterizas pueden darse situaciones en las que existe alguna aportación al hecho del traslado ilegal, que puede considerarse una ayuda a la inmigración, pero que debe ser excluida del concepto de tráfico. Entre la financiación de un viaje que concluirá con la permanencia irregular en el país receptor y la organización de un traslado clandestino y abusivo destinado a la explotación, no hay punto de equiparación, aunque en ambas esté presente el elemento de traspaso ilegal de una frontera. De modo que deben excluirse del tráfico punible aquellas aportaciones a la inmigración ilegal que no suponen una explotación abusiva de la necesidad, ni degradan el tratamiento del inmigrante como persona, y en que conserva su capacidad para controlar razonablemente las circunstancias de su traslado¹⁸.

En resumen, traficar con personas significa tratarlas como objeto de un negocio, obteniendo o persiguiendo un beneficio económico. Esa transmutación de las personas en cosas es la que permite identificar la lesión de la dignidad en los hechos de tráfico recayentes sobre seres humanos.

En este sentido, siguiendo a García Arán, el tráfico de personas puede ser concebido como aquellas "actividades destinadas a la organización de la captación o traslado ilegal de personas de un país a otro, abusando de las condiciones de inferioridad o vulnerabilidad cultural, social o económica, en que se encuentran o son colocados, realizada con o sin su consentimiento, y con fines lucrativos o de explotación económica, laboral o sexual, o con conocimiento de los mismos"¹⁹.

Ahora bien, si atendemos a la complejidad de las realidades criminológicas actuales, lo que se conoce como "tráfico de personas" es, en la mayoría de los casos, un largo proceso integrado por distintas fases, en las que los distintos actores intervienen como eslabones de una cadena, sin que compartan siempre las mismas finalidades. En el momento inicial del proceso, cuando la víctima decide trasladarse a otro lugar, pueden darse distintas situaciones que van desde la iniciativa propia, el consentimiento plenamente informado sobre las condiciones del traslado y el destino, hasta el engaño o la violencia utilizadas en la recluta. Caben asimismo, situaciones mixtas en las que el proceso se inicia legalmente y con pleno consentimiento, pero con posterior aparición del abuso y la explotación cuando se llega al destino. Por otra parte, los eslabones intermedios de la cadena pueden aspirar sólo al cobro de un precio por su intervención, sin estar animados por el fin de la explotación final. En dicho proceso pueden darse actos de comercio, actos de transporte y actos de explotación o sólo algunas de estas clases. La complejidad de esta realidad nos conduce a un concepto de "tráfico" que debe incluir acumulativamente todas las fases posibles y en que son responsables del tráfico aquellos que controlan todo el proceso y/o intervienen en algunas de sus fases animados por el fin de explotación. En otras palabras, una cosa es la conceptualización del fenómeno del tráfico de personas y otra la técnica legislativa que se utilice para individualizar los actos concretos que merecen ser perseguidos y su sanción penal²⁰.

V. ANÁLISIS DE LA LEY N° 20.507

La primera cuestión que surge al analizar esta ley es la heterogeneidad de problemas que se plantean desde diversas vertientes: primero, determinar los bienes jurídicos afectados; segundo, concretar los sujetos intervinientes cuyas conductas se muestran idóneas para afectar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos y determinar su tratamiento punitivo; y tercero, dotar de conceptos claros que permitan una interpretación conforme a las garantías generales en materia de derecho penal sustantivo.

Cada una de las figuras penales previstas en la Ley N° 20.507 persiguen comprender la multitud de formas de actuación de las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de personas, la diversidad de actividades ilícitas en las que se ven envueltas, los fines perseguidos por las mismas, y la multiplicidad de formas estructurales en torno a las que se organizan. Así, por ejemplo, en el caso de los inmigrantes laborales, lo que comienza siendo

como "tráfico de personas con fines de explotación" y *smuggling* como "tráfico de personas con fines de migración clandestina". León Villalba. Op. Cit., p. 29.

¹⁸ García Arán. Op. Cit., p. 23. Algunos autores distinguen entre los traficantes con finalidades humanitarias y los que buscan un interés económico, si bien en ambos casos pueden cumplir la misma función. Así puede ocurrir que en el supuesto del tráfico, y a pesar del móvil económico, existan igualmente razones humanitarias, que incluso pueden salvar vidas. León Villalba. Op. Cit., p. 28.

¹⁹ García Arán. Op. Cit., p. 22.

²⁰ *Ibidem*.

una inmigración ilegal, puede terminar en cualquiera de las formas enunciadas en los artículos 411 ter y 411 quáter. De ahí la necesidad de un tipo genérico que de cobertura a cualquier tipo de actuación como es el previsto en el artículo 411 bis del Código Penal.

Sin embargo, el problema con el artículo 411 bis del Código Penal, es que, por si mismo, responde a una conducta de inmigración ilegal en que no hay engaño, abuso o situación de explotación como criterios imprescindibles para considerar el tráfico de personas. En cambio, los tipos penales de los artículos 411 ter y 411 quáter sí son la expresión propia de tráfico. Como señalamos, tráfico es realizar la conducta descrita empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de necesidad, o de vulnerabilidad de la víctima. Fuera de estos supuestos, se trata de un mero proceso de inmigración al margen de los requisitos administrativos propios de cada Estado, dirigidos a controlar el flujo de inmigrantes y el mercado laboral, lo que en si mismo considerado no presenta trascendencia para configurar un ilícito autónomo²¹.

Partiendo de la base que el derecho penal debe regular comportamientos susceptibles de afectar bienes jurídicos relevantes para la sociedad, y que el control de la inmigración irregular no debe ostentar relevancia penal, salvo por la afección de bienes jurídicos de naturaleza personal, la interpretación de la norma penal debe hacerse cargo de esta limitación. En este sentido, si consideramos que en los artículos 68 y 69 del Decreto Ley N° 1.094 que "Establece normas sobre extranjeros en Chile" se sanciona el ingreso ilegal con penas que van desde el presidio menor en su grado máximo, a presidio mayor en su grado mínimo; se incrimina en los artículos 73 y 77 a quien transporta al territorio nacional extranjeros ilegales o los hospeda; y si estimamos, además, que dicha regulación se mantuvo vigente pese a la entrada en rigor de la ley N° 20.507, ya que no se excluyó de la persecución penal a los inmigrantes ilegales que ingresaran al país a través de la figura de tráfico del artículo 411 bis, la única conclusión coherente es que la figura del artículo 411 bis fue establecida para sancionar el tráfico de inmigrantes cuando forma parte de una cadena de tráfico de personas, es decir, en que el traslado transnacional tiene como fin la explotación del inmigrante. Concluir lo contrario, implicaría aceptar una abierta vulneración al principio del *ne bis in idem*. La necesaria adopción por el legislador de una delimitación clara entre los supuestos que pertenecen al amplio marco del tráfico, y los incumplimientos administrativos en materia de cruce de fronteras de extranjeros en nuestro territorio –lo que es una exigencia del principio del *ne bis in idem*–, permite clarificar el panorama actual, dejando la sanción de estos últimos al Decreto Ley N° 1.094 para entregar la sanción del tráfico y sus distintas etapas a la Ley N° 20.507.

a) Art. 411 bis del Código Penal (tráfico de inmigrantes)²²

Como se señaló, esta figura se justifica por la necesidad de establecer una regulación general, como un tipo básico inicial de la conducta de tráfico. Por eso, como se verá, el artículo 411 bis constituye un tipo que da cobertura a cualquier actuación que de alguna forma contribuya al desarrollo de la conducta de tráfico de personas.

a.1.) Norma

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

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

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

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

²¹ León Villalba. Op. Cit., p. 241.

²² Los Códigos penales de Francia, España, Alemania, España, también castigan la inmigración ilegal. Así, por ejemplo, en el Código Penal de Francia se sanciona de forma amplia las conductas de auxilio a la inmigración irregular. Y en el ordenamiento jurídico alemán se castiga de forma autónoma el tráfico de inmigrantes, cuando la conducta consista en promover o facilitar la entrada, permanencia o tránsito, concurriendo ánimo de lucro u otras circunstancias.

En relación a este tipo penal, cabe hacer algunos alcances previos, para su adecuada interpretación, considerando la historia de la ley y los instrumentos internacionales que se tuvieron a la vista.

a.2) Bien jurídico

Lo primero que se debe constatar es la presencia de una multiplicidad de interpretaciones en la determinación del interés que subyace en esta normativa. En el proyecto de ley se indicó que el tráfico de inmigrantes es un delito contra el Estado, una violación a las leyes migratorias, a diferencia de la trata que es un delito contra las personas, quienes son víctimas de explotación²³. Esta razón legal, sustentada también en el derecho comparado, justifica la punición del tráfico de inmigrantes en que los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros constituyen sólo “bienes intermedios con función representativa del bien jurídico supraindividual institucionalizado o de los intereses difusos del orden socioeconómico en sentido amplio, en la medida que el fenómeno migratorio constituye esencialmente un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado”²⁴. En otras palabras, se trata de un delito contra el orden socioeconómico (bien institucionalizado, supraindividual y de carácter material), en que se tutela uno de los aspectos del mismo (el fenómeno migratorio), tutela que se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto, recurriendo a objetos o bienes intermedios (los derechos individuales de los inmigrantes). Al respecto, se ha señalado en la doctrina comparada, en especial la española, que “la regulación concreta (...) busca primordialmente la ordenación y regulación de los flujos migratorios por los cauces o conforme a los criterios legales. Sólo indirectamente se protegen los derechos de los extranjeros. Los intereses y los derechos de los extranjeros no se utilizan más que como señuelo para tranquilizar la propia conciencia del Legislador y suministrar una dosis de buena conciencia a la ciudadanía”²⁵.

Desde esta visión estrictamente funcionalista, la tipificación del delito de inmigración ilegal se funda en una tutela o protección de la política migratoria del Estado²⁶. Ahora bien, aceptando que la *ratio legis* del precepto es el control de los flujos migratorios, no puede ser el bien jurídico protegido, ya que de lo contrario, se encierra un peligro de corte totalitario, en el que, como nota característica, el bien jurídico protegido pierde cualquier referencia individual para funcionalizarse de acuerdo con las necesidades colectivas. En cualquier caso, se debe tener en cuenta que el hecho que la Constitución establezca en su artículo 1º que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” como fundamento del orden político, sirve para eludir cualquier riesgo de una subordinación del individuo, en este caso de los ciudadanos extranjeros, a las exigencias del sistema. Es por ello que la protección de bienes jurídicos supraindividuales, como indica Hassemer, es legítima sólo en cuanto supone una defensa del individuo²⁷. En esta línea y admitiendo las intenciones explícitas del legislador, puede interpretarse que la *ratio legis* del precepto legal es el control de los flujos migratorios, pero no el bien jurídico penal protegido.

Dando un paso en la determinación del bien jurídico y sin pretender clausurar la discusión, parece correcto sostener que en tipos penales como el previsto en el artículo 411 bis, el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona²⁸. Al respecto, el Tribunal Supremo español ha señalado que del trasfondo que late en los supuestos del tráfico ilegal de inmigrantes “Aquel delito surge en la ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores extranjeros frente a una nueva forma de explotación (...) se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio de una cantidad de dinero para ellos desorbitada, abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero que en la condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad a la marginación, el desarraigo y la aceptación forzada de condiciones de trabajo, mucho más desfavorables a las que se

²³ Historia de la Ley Nº 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Biblioteca del Congreso Nacional, p. 46.

²⁴ Rodríguez Montañes, T. Ley de extranjería y Derecho Penal, La Ley Nº 5261, de 6 de marzo de 2001, p. 2.

²⁵ Álvarez Álvarez, G. La protección contra la discriminación del extranjero en el CP. El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000). Manuales de formación continuada nº 5. CGPJ. P. 355.

²⁶ Pérez Cepeda. Las normas penales españolas: cuestiones generales, p. 161.

²⁷ Hassemer. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico (trad. P.S. Ziffer). Doctrina Penal, abril-septiembre de 1989, p. 282.

²⁸ León Villalba. Op. Cit., p 244.

tiene derecho en el país de recepción²⁹, en directa alusión a un mayor riesgo de explotación laboral, elemento definitorio de una de las modalidades de tráfico de personas.

Desde esta perspectiva, en el delito de tráfico de extranjeros, nos encontramos ante una conversión total de las personas en un simple objeto. Las conductas de los traficantes obstaculizan el desarrollo individual de las personas objetos del tráfico y les cosifican a través del transporte, tratándolos como mercancía. En efecto, la dignidad humana se ve afectada en el momento en que se ponen en marcha procesos de despersonalización, esto es, cuando la persona es tratada no como tal sino como puro objeto o cosa. Dicho de otro modo, se trata de un proceso de despersonalización y cosificación contrario a la dignidad humana, al convertir al inmigrante en un mero instrumento o mercancía³⁰, en algo asible, mensurable, manipulable, inventariable y cuantificable, que en realidad consiste en su anulación como seres libres³¹.

Desde esta perspectiva, la afectación de la dignidad personal no puede darse cuando la conducta no se produce mediante una criminalidad organizada³². Volviendo a lo dicho precedentemente en el apartado IV, si tenemos en cuenta que en ocasiones los extranjeros prestan su consentimiento y son introducidos en el país receptor por parientes y amigos, es evidente que no existe una afectación o situación de dominio o sometimiento entre la persona que auxilia a la inmigración irregular y el inmigrante, por lo tanto no podría hablarse de tráfico susceptible de ser subsumido en el delito previsto por el art. 411 bis.

Ahora bien, puede resultar cuestionable la dignidad como bien jurídico por la indefinición del concepto, de forma que la construcción del tipo penal presentaría problemas en relación el principio de determinación de la conducta prohibida. Para superar este inconveniente debe tenerse presente: (i) es conveniente manejar una versión restringida de la dignidad humana, para lo cual debe estimarse, como ya se ha dicho, que el delito de tráfico de extranjeros constituye un instrumento de tutela frente a posibles actos de tráfico de personas donde lo que se persigue es la explotación del extranjero ilegal; (ii) el principio de determinación está establecido para evitar la sobreinclusión de conductas en la definición de las conductas prohibidas, por lo tanto, recurrir a un elemento de interpretación vago para reducir la excesiva amplitud del tipo no va en contra del principio de determinación.

a.3) Sujeto activo

Se trata de un delito común, ya que el sujeto activo puede ser cualquiera. Con excepción de la situación prevista en el inciso final del artículo 411 bis: el delito será especial impropio cuando concurra el ánimo de lucro dado que la calidad de funcionario público se utiliza para agravar la pena, y será especial propio cuando no concurra dicho ánimo, porque en tal caso la calidad de funcionario público será determinante para la existencia del delito³³.

a.4) Sujeto pasivo

El sujeto pasivo será la persona que ingrese ilegalmente al país que no sea nacional o residente, de acuerdo con la normativa prevista en el Decreto Ley N° 1.094 que "Establece normas sobre extranjeros en Chile".

a.5) Conductas punibles

Se castiga cualquier acto de *promoción o facilitación* de entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, por lo tanto se debe delimitar el contenido de ambos términos.

²⁹ STS (S.2da) de 5 de febrero de 1998.

³⁰ No debe perderse de vista el hecho que el Estado también da un trato de mercancía al inmigrante. El inmigrante es considerado una mercancía en la comunidad de acogida, desde el momento en que si la inmigración es susceptible de incrementar el desempleo o la política fiscal asociada a programas sociales, los Estados son libres de decidir limitar el acceso. En contraste, si la inmigración demuestra ser ventajosa económicamente, entonces se suele tomar generalmente como una razón suficiente para aceptar más inmigrantes. Aquí puede percibirse con claridad la concepción del inmigrante como una mercancía.

³¹ Pérez Cepeda. Op. Cit., p. 173.

³² Maqueda Abreu. *¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis.2? Las razones de una reforma.* Citado por Pérez Cepeda. Op. cit., p. 174.

³³ Roxin, C. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Civitas. Traducción de la 2da edición alemana. 2001, p. 338.

Por de pronto, desde un prisma gramatical, recurriendo a su acepción en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, *promover* significa “iniciar o adelantar una cosa procurando su logro o tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”, es decir, sería equivalente a la provocación o incitación. Por su parte, *facilitar* es hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin, mediante la remoción de obstáculos o la prestación de medios que lo posibiliten. Estas definiciones permiten un primer delineamiento de las conductas, pero el ámbito de incriminación sigue resultando amplísimo, ya que permite subsumir casi cualquier conducta susceptible de generar algún tipo de provocación, apoyo o allanamiento del desarrollo del tráfico ilegal de inmigrantes. De modo que sólo la falta de idoneidad de la conducta podría eximir su ubicación en el precepto legal.

Las expresiones como *promover* o *facilitar* se encuentran desde antiguo en nuestro Código Penal, por ejemplo, en el artículo 367 del Código Penal y, como se señalara, en la legislación de drogas. Al respecto, nuestra doctrina ha tendido a interpretar los términos en cuestión en referencia directa al sentido de la normas más que a una interpretación literal de las palabras que se tratan³⁴. Así, en relación con el delito de *promoción* de la prostitución de menores, Labatut ha interpretado las expresiones *promover* y *facilitar* como “incitar a” o “mantener” la prostitución. Etcheberry, por su parte, estima que *promover* la prostitución significa “tomar la iniciativa en determinar a otro a dedicarse a la prostitución”. Por lo que respecta a *facilitar* la prostitución, la entiende Etcheberry como “una conducta menos activa que la anterior”, ya que supone “solamente una modalidad de cooperación en una iniciativa ajena”. Agrega que no hay *promoción* o *facilitamiento* en las palabras, consejos o proposiciones³⁵.

En términos similares, las conductas de *facilitamiento* o *promoción* han de interpretarse en referencia directa al sentido de la norma del artículo 411 bis del Código Penal. En nuestra doctrina parecer existir acuerdo en que ambos términos sólo pueden delimitarse correctamente desde la perspectiva del sentido de la norma que se trate, que no es otro que el sentido que a ella imprime el bien jurídico protegido. En este orden de ideas, como señaláramos, la figura del artículo 411 bis debe ser entendida como un tipo que da cobertura a cualquier actuación que de alguna forma contribuya al desarrollo de la conducta de tráfico de personas, es decir, desde un prisma sistemático, este tipo penal funciona sólo si se comprende al tráfico ilegal de inmigrantes como parte de la cadena de tráfico de personas, esto es, en que el traslado transnacional tiene como fin la explotación del inmigrante. En efecto, el artículo 411 bis lo que protege, más que el interés del Estado de controlar los flujos migratorios, es evitar que el traslado de extranjeros al territorio nacional se transforme en un proceso de despersonalización y cosificación contrario a la dignidad humana, al convertir al inmigrante en un mero instrumento o mercancía, en otras palabras, el delito de tráfico de inmigrantes debe leerse como un instrumento de tutela frente a posibles actos de tráfico de personas donde lo que se persigue es la explotación del extranjero ilegal.

Dicho esto, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, *promover* o *facilitar* la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente ha de tener relación, necesariamente, con ciertas formas de tomar la iniciativa en determinar a otro ingresar ilegalmente al país o cooperar en esta iniciativa con fines de explotación. En consecuencia, la afectación de la dignidad personal no puede darse cuando las conductas de *promoción* o *facilitación* no se producen mediante una criminalidad organizada³⁶. Máxime si tenemos en cuenta que en ocasiones los extranjeros prestan su consentimiento y son introducidos en el país receptor por parientes y amigos. En estos supuestos, no existe una *promoción* o *facilitación* punible en el contexto de una afectación o situación de dominio o sometimiento entre la persona que auxilia a la inmigración irregular y el inmigrante, es decir, no podría hablarse de tráfico.

Asimismo, partiendo del carácter perfectamente legal del traslado de personas entre diferentes puntos geográficos, el criterio normativo del tipo que lo convierte relevante para el derecho penal es su caracterización como ilegal, es decir, incumpliendo las normas o los

³⁴ Politoff L. y Matus A. (coord.). *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*. Editorial ConoSur. 1999, p.100.

³⁵ Politoff L. y Matus A. Op. cit. P. 101. Ver también Politoff, Matus y Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte especial*. Ed. Jurídica. Segunda edición, p. 578.

³⁶ Maqueda Abreu. *¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis.2?* Las razones de una reforma. Citado por Pérez Cepeda. Op. Cit., p. 174.

requisitos que las mismas establecen en orden al cruce de fronteras. Por tanto, debe constatar la existencia de un incumplimiento de las normas al efecto establecidas en el Decreto Ley N° 1.094.

El delito debe ser cometido con el fin de obtener un beneficio económico directo o indirecto. La referencia al “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” fue incluida para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos organizados que actúan motivados por el lucro³⁷, quedando excluidas de ella las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos³⁸. En este sentido, parece razonable concluir que el lucro es el único elemento bajo el cual la descripción de la conducta puede considerarse penalmente sancionada.

a.6) Tipos agravados

En caso que se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado; o se pusiere en peligro la vida del afectado; o si éste fuere menor de edad; o si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él, las consecuencias jurídicas serán agravadas.

En los casos de peligro a la integridad física, salud o vida del afectado, se pretende dar una respuesta penal a las situaciones de riesgo a las que se somete a los inmigrantes clandestinos en sus desplazamientos. En efecto, las consecuencias potenciales para el inmigrante, que nacen de los medios utilizados para su traslado, adquieren relevancia, de ahí que se creen estos tipos de peligro concreto respecto de bienes jurídicos personalísimos. Se trata de delitos cuyo resultado aparece con la creación de una situación concreta de peligro para el bien jurídico protegido. Por eso, al igual que sucede con todo delito de resultado, será necesario establecer una relación objetiva de imputación entre el comportamiento y aquella situación de peligro concreto, cuya gravedad habrá de determinarse por los parámetros de la previsibilidad del resultado, dependiendo, entre otros factores, de las condiciones del traslado, el número de posibles afectados y del tipo de lesión³⁹.

La cuestión de cómo ha de estar configurado y cómo debe comprobarse ese resultado de peligro concreto, hasta ahora está poco clara. Al respecto, parte de la doctrina alemana ha acudido preferentemente a la “teoría normativa del resultado de peligro”. La misma parte de la base de que existe un peligro concreto allí donde el resultado lesivo no se produce sólo por casualidad, entendida como una circunstancia en cuya producción no se puede confiar. O de modo similar, hay peligro concreto cuando se genera una “crisis aguda del bien jurídico”, es decir, cuando se ha sobrepasado el momento en que podría evitarse un daño con seguridad mediante medidas defensivas normales⁴⁰.

La incriminación de estas hipótesis de puesta en peligro resulta cuestionable si la puesta en peligro de un tercero es aceptada por éste o asume el riesgo⁴¹. Es decir, el consentimiento en la mera puesta en peligro debería excluir el injusto cuando el resultado no es también componente esencial del injusto tal como ocurre con las figuras de los incisos segundo y tercero del artículo 411 bis. Por tanto, en todos aquellos casos en que el sujeto pasivo ha aceptado cierto peligro con claro conocimiento del mismo, esto es, es consciente del riesgo en la misma medida que quien le pone en peligro (conocía el riesgo en toda su extensión o el conductor no le ha ocultado o minimizado los riesgos), el agente no debería responder por las hipótesis de los incisos segundo y tercero.

Si el peligro se manifiesta en un resultado lesivo importante, se produciría un concurso aparente de leyes penales, quedando desplazada la figura en comento por el homicidio o las lesiones graves, ya que el peligro concreto quedará absorbido en aquellos.

³⁷ El Tribunal Supremo Español concibe este elemento subjetivo del tipo como todo beneficio, ventaja o utilidad que trate de obtener el sujeto activo para sí o para tercero. STS de 15 de noviembre de 1990, 12 de mayo de 1981, 29 de septiembre de 1981.

³⁸ El Protocolo no pretendía criminalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas.

³⁹ Cfr. **Roxin**. Op. Cit., p. 404.

⁴⁰ Cfr. **Roxin**. Op. Cit., p. 405.

⁴¹ Cfr. **Roxin**. Op. Cit., p. 393.

Por otro lado, el inciso tercero del artículo 411 bis establece un delito agravado para el caso que la víctima fuera menor de edad. La justificación de esta agravación se cimenta en la especial vulnerabilidad del menor de edad, el cual requiere de una mayor protección jurídica. Evidentemente el sujeto activo deberá tener conocimiento de la minoría de edad del sujeto pasivo, ya que de lo contrario concurriría un error de tipo.

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

Para determinar la calidad de funcionario público, el inciso final del artículo 411 bis se remite al artículo 260 del Código Penal, que define empleado público como "todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado", y añade que "no obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular".

En este caso, puede darse, si el hecho es ejecutado por el funcionario público con ánimo de lucro, un concurso con el delito de cohecho pasivo propio agravado del artículo 248 bis del Código Penal, el que deberá ser resuelto a través del concurso medial conforme al artículo 75 del mismo cuerpo legal, ya que el cohecho será el medio para la comisión del tráfico.

a.7) Autoría y participación

Para analizar la ejecución, se deberá atender a la estructura típica de cada figura en particular contenida en el artículo 411 bis del Código Penal, debido a que la delimitación entre los diversos estadios delictivos depende de la estructura del respectivo tipo. De este modo, la posibilidad de fraccionar el *iter* del delito y la verificación del principio de ejecución dependerá de la naturaleza del delito.

En términos generales, los tipos penales del artículo 411 bis, como se ha sostenido, constituyen un instrumento de tutela frente a posibles actos de tráfico de personas donde lo que se persigue es la explotación del extranjero ilegal, lo que supone, como hemos visto, una afectación de su dignidad como persona humana. La complejidad de esta realidad ha conducido al legislador a un concepto de "tráfico" en que ha incluido acumulativamente todas las fases posibles. En este orden de ideas, se puede sostener que en las figuras del art. 411 bis el legislador ha acudido a la técnica de los delitos de emprendimiento. En esta clase de delitos, para la consumación no hace falta que se alcance el fin de la acción, es decir, que la consumación formal puede tener lugar también cuando materialmente aún existe tentativa. Ahora bien, intentando ser más precisos, se puede señalar que los tipos penales del artículo 411 bis responden a los llamados delitos de emprendimiento impropios ya que presentan la peculiaridad de contar con una situación del hecho descrita, que para la consumación (*facilitar* o *promover*) debe concurrir objetivamente, no bastando con que esté "emprendida"⁴². Pertenecen a este grupo de delitos aquellos tipos en los cuales el legislador somete a pena la actuación de una determinada tendencia del autor, sin que esta actuación haya tenido que producir un resultado efectivo. De acuerdo con ello, los delitos de emprendimiento impropios son descritos en forma concreta como aquellos en los cuales las acciones expresadas estarían dirigidas a la obtención de un resultado que no constituye un elemento del tipo, en estos casos la *explotación del inmigrante*.

⁴² *Ibidem*.

La conceptualización de los tipos penales del artículo 411 bis como delitos de emprendimiento tiene consecuencias importantes en relación con la ejecución del delito. Aun cuando se equipare en esta clase de delitos la tentativa a la consumación, conduciendo por ello a renunciar a la atenuación o reducción del marco penal, no se modifica el concepto de tentativa. Y esto es importante, porque siempre resultará impune la tentativa de delitos de emprendimiento. En efecto, si la regulación de la tentativa se pudiera referir a sí misma, en todas las tentativas no sólo sería punible la tentativa de realización directa del tipo, sino también la tentativa de la tentativa, y a su vez, la tentativa de ésta hasta llegar al último acto preparatorio, lo que no respetaría la taxatividad de los tipos y por ende el principio de legalidad⁴³.

Asimismo, los delitos del artículo 411 bis pueden categorizarse también como delitos de peligro, ya que la sanción penal sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción (integridad física o vida). Es decir, basta la simple amenaza de un determinado bien jurídico, la posibilidad inmediata de su menoscabo, aun sin lesión jurídica del mismo, para que se entiendan realizados. Pero se da una importante distinción entre las figuras. Mientras el tipo penal del inciso primero del artículo 411 bis corresponde a un delito de peligro abstracto en que lo se castiga es una conducta típicamente peligrosa⁴⁴, en los restantes incisos se presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual. Es decir, que en el caso concreto se haya producido un real peligro para un objeto protegido por el tipo respectivo (peligro a la integridad física, salud o vida del afectado). Como se señaló, en estos casos será necesario establecer una relación objetiva de imputación entre el comportamiento y aquella situación de peligro concreto, cuya gravedad habrá de determinarse por los parámetros de la previsibilidad del resultado, dependiendo, entre otros factores, de las condiciones del traslado, el número de posibles afectados y del tipo de lesión.

Respecto de las conductas de los sujetos, como se verá, el favorecedor o facilitador deberá actuar con dolo directo, no puede haber favorecimiento mediante dolo eventual o imprudente.

a.8) Tipo subjetivo

Debe entenderse que todos los tipos penales del artículo 411 bis exigen dolo directo. Tanto en el caso de la conducta de promover como en la de facilitar el ingreso ilegal, tal requerimiento deriva de que esas acciones presuponen un sentido de dirección de la voluntad que resulta incompatible con la idea de dolo eventual. Ratifica la exigencia de dolo directo, la necesidad que la promoción o facilitación proceda con ánimo de lucro, en el sentido que la intención del sujeto sea obtener una ventaja de carácter económico. Este constituye un elemento subjetivo del tipo que convierte a las figuras del artículo 411 bis en delitos de tendencia⁴⁵.

Cabe tener presente que aquí habría que diversificar el elemento subjetivo del tipo en relación con el conocimiento y la voluntad de actuación, mediante la exigencia de extensión de los elementos requeridos para configurar el tráfico a los sujetos participantes en el desarrollo de la acción. Por tanto, cabe valorar la posibilidad de aplicar el error de tipo acerca de la cualidad ilegal del traslado, como concepto normativo y susceptible de valoración respecto de sus supuestos, lo que conllevaría la impunidad de la conducta, independientemente del carácter vencible o no, al no estar prevista la modalidad imprudente⁴⁶.

⁴³ **Jakobs**, G., p. 857. En el mismo sentido **Maurach/Gössel/Zipf** "la tentativa de emprendimiento (esto es, de la tentativa) no es punible, puesto que no existe una norma extensiva de la pena a la tentativa de la tentativa (...) por otra parte, el emprendimiento, incluida la tentativa, representa un delito consumado (...) de manera que no cabe el desistimiento". *Derecho Penal. Parte general*. Tomo 2. Astrea. Buenos Aires. 1995, p. 39.

⁴⁴ La realización de cualquier acto de favorecimiento del tráfico consumará la actuación ilícita siempre que sea idóneo.

⁴⁵ Así lo ha manifestado parte de la doctrina nacional respecto de aquellos tipos penales en que el contenido subjetivo del injusto requiere de "ánimo de lucro". Ver a propósito del delito de hurto **Garrido Montt**. *Derecho Penal*. Tomo IV. Segunda ed. Ed. Jurídica. Santiago. 2022, p. 161 **Etcheberry**. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo II. Tercera ed. Ed. Jurídica. Santiago. 1991, p. 306.

⁴⁶ Dado el carácter de extranjero el sujeto pasivo del delito, parece lógico, igualmente, aceptar la posibilidad de aplicar el error de tipo acerca de la cualidad de extranjero.

Por último, en aquellos casos en que el tipo exija la generación de un peligro concreto para el afectado (peligro a la integridad física, salud o vida del afectado), será necesario probar que el sujeto activo de la infracción conocía las más elementales normas de seguridad, por tanto, el dolo deberá referirse también a la acción peligrosa.

a.9) Causal de exculpación

Perfectamente puede plantearse una causa de exculpación, por ejemplo un estado de necesidad exculpante en el que el traslado por o hacia territorio nacional de un extranjero se produce para evitar un mal ajeno, como sería la persecución de extranjeros por motivos políticos, por su etnia o creencias religiosas, etc. que se encuentren amenazados de muerte en sus países de origen, o para salvaguardar la integridad física o la vida de personas que, objeto de tráfico, son ayudadas por otras con la mera finalidad de sacarlas de tal situación.

a.10) Concursos

La pluralidad de bienes jurídicos afectados y la fragmentación de las normas que acogen parcialmente segmentos de la conducta desvalorada, abre múltiples posibilidades concursales. Así, por ejemplo, las conductas del inciso primero del artículo 411 quáter, si se materializa la explotación sexual de un menor de edad, serán desplazadas, por especialidad, por la figura del artículo 367 del Código Penal.

a.11) Problemas de territorialidad

Dada la naturaleza y dinámica de las conductas previstas en el artículo 411 bis, será relevante determinar la legislación competente para castigar el delito que ha principiado en otro Estado y termina en nuestro territorio.

El artículo 15 del Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada, además ratificar el principio de territorialidad, recoge una serie de excepciones a la territorialidad de la ley penal, esto es, casos en que la ley penal chilena recibe aplicación extraterritorial basada en los principios de personalidad o nacionalidad, real o de defensa y de universalidad⁴⁷. Si bien muchos de los casos de extraterritorialidad y principios aludidos en la convención ya se encuentran recogidos en el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, algunos casos únicamente son abordados por la normativa internacional, aplicable por remisión expresa del numeral 8° del artículo 6° del COT.

En el numeral 1° del artículo 15 se reconoce el principio de territorialidad del Estado al establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, cuando sean cometidos en el territorio del Estado o a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito. En el número 2° se reconoce el principio de nacionalidad, permitiendo al Estado parte establecer su jurisdicción cuando el delito se cometa contra uno de sus nacionales o el delito sea cometido por uno de sus nacionales. Por último, en el mismo numeral, se recoge el principio de universalidad, pudiendo el Estado parte establecer su jurisdicción cuando se trate de un delito cometido por un grupo delictivo organizado con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio.

⁴⁷ De acuerdo con el principio de *personalidad o nacionalidad* la ley chilena es aplicable respecto de los delitos cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró. Por su parte, según el *principio real o de defensa* el Estado chileno será competente para conocer todos aquellos hechos en que se comprometan o lesionen intereses nacionales de carácter público. Por último, de acuerdo con el *principio de universalidad* el Estado chileno será competente para conocer de aquellos delitos que por su naturaleza comprometen el territorio de varios países, ya que su actividad presupone traslado de unos a otros o bien ejecución en "tierra de nadie", tales como el tráfico de estupefacientes, la trata de esclavos y la de blancas. Ver **Cury**, E. *Derecho Penal*. Parte general. Séptima ed. Ediciones Universidad Católica. Santiago. 2005, páginas 213 a 216.

b) Artículo 411 ter (trata simple de personas)

En el artículo 411 ter se replica en iguales términos la figura penal base del inciso primero del artículo 367 bis, denominada “trata de personas” simple. Las agravantes de minoría de edad, violencia o intimidación, uso de engaño o abuso, fueron traspasadas a la figura trata de calificada del artículo 411 quáter del Código Penal donde se ampliaron los fines de explotación, incorporando la pornografía, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, y la extracción de órganos.

b.1) Norma

“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.

b.2) Bien jurídico

Este delito tutela una determinada forma de explotación de las personas, a saber, su explotación sexual. Aquí vale lo expuesto en el apartado IV –debe existir un tráfico organizado en tanto forma de “crimen organizado”- y el apartado a.2) –debe existir una situación de dominación-, sino se dan estos requisitos no puede considerarse que la dignidad del sujeto se ha afectado y por lo tanto la conducta no puede ser considerada punible.

b.3) Conducta

La conducta típica consiste en *promover* o *facilitar* la entrada o salida del país de personas para que éstas ejerzan la *prostitución* en el territorio nacional o en el extranjero. En cuanto al significado del término *prostitución*, no existe acuerdo a nivel doctrinal y jurisprudencial al respecto. Mientras algunos ponen énfasis en el carácter mercantil de esta actividad, es decir, en que ella implica al ejercicio de actos sexuales a cambio de un precio; otros, enfatizan la pluralidad de contactos interpersonales a que se enfrentada la persona que la ejerce; y otros, en fin, señalan que el factor determinante es que la entrega de los favores sexuales se realiza indiscriminadamente, esto es, sin consideración a la personas que los solicita. Para Rodríguez Collao, ninguno de los factores apuntados permite establecer por sí mismo que una persona ha ejercido la prostitución; de modo que la determinación de este aspecto será el resultado de un juicio de valor basado, precisamente, en una consideración conjunta de todos ellos⁴⁸.

Según el criterio dominante entre los autores, promover significa inducir o inclinar a otro hacia la realización de un determinado comportamiento. Se trata, en consecuencia, de una actitud análoga a la instigación delictiva y que consiste, básicamente, en formar en otro individuo la resolución de ejecutar un acto o desarrollar una determinada actividad. Respecto del término facilitar, hay acuerdo también en que éste alude a cualquier acto de cooperación que haga posible o más expedito una determinada actividad.

En relación con el tipo penal la promoción o facilitación dice relación con la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero. Es decir, tales acciones están encaminadas, de modo inmediato, a lograr que las personas entren o salgan del territorio nacional; y, en forma mediata, a permitir que efectivamente ejerzan la prostitución. Por tanto, no debe perderse de vista que el tipo demanda “la entrada o salida de personas del país”, de manera que no cabe tener por configurado este delito si la víctima no cruza efectivamente las fronteras nacionales. Sin embargo, no se requiere que la víctima haya alcanzado a prostituirse, como lo deja de manifiesto la preposición *para*, que indudablemente alude a la simple motivación que ha de presidir la actuación del sujeto activo⁴⁹. El tipo penal, de este modo, es de mera actividad, porque no requiere de un resultado, y es de hipótesis múltiple, porque reconoce dos clases de actividades prohibidas: la de promover y la de facilitar, aunque no debe perderse de vista que tales actuaciones deben encaminarse a que las personas involucradas afectivamente ejerzan la prostitución, por lo tanto

⁴⁸ **Rodríguez Collao**. *Delitos sexuales*. Reimpresión de la primera edición. Editorial Jurídica. 2004, p. 229. Ver también **Garrido Montt**. Op. Cit., p. 319.

⁴⁹ **Rodríguez Collao**. Op. Cit., p. 236.

esto será algo que el órgano persecutor deberá demostrar de acuerdo a las reglas del Código Procesal Penal.

El artículo se refiere a la entrada y salida de *personas*, lo que inclina a pensar que debe tratarse de más de una, aunque no es necesario que deban hacerlo simultáneamente⁵⁰. La disposición no aclara lo que ha de entenderse por salir del país o por entrar a él, de modo que desde una perspectiva material es suficiente eso, promover la salida de gente desde el territorio nacional o la introducción de personas desde fuera del país, sea para radicarse o para permanecer sólo temporalmente; la concreción de tal circunstancia –o sea, entrar o salir del país– es irrelevante, porque lo que confiere connotación típica a la conducta es el móvil del agente en tal sentido⁵¹.

No procede la omisión porque el tipo penal es categórico en cuanto se refiere a comportamientos activos, como lo son promover o facilitar.

Por último, sobre este punto, es importante señalar que, al haberse suprimido las formas agravadas (violencia, intimidación, engaño, etc.), los únicos casos que podrían quedar comprendidos son aquellos en que la persona consiente cruzar las fronteras con el propósito de ejercer la prostitución. Y como la libertad sexual es un bien jurídico disponible, habrá que convenir en que la voluntad del sujeto excluye la ilicitud del hecho⁵², salvo los casos en que se considere que la dignidad del sujeto se ha visto seriamente afectada, como hemos visto al inicio de este apartado. Considerar la dignidad de la persona implica por un lado, aceptar que cuando no concurre su “explotación” el sujeto puede consentir libremente las interacciones sexuales (ciertamente también bajo la condición de tener lugar la interacción a cambio de una suma de dinero), lo que determina que las conductas no pueden considerarse delictivas. Por otro lado, también admite la punibilidad de las conductas cuando la dignidad es seriamente afectada, lo que ocurre cuando el sujeto es “explotado” (tal como se ha venido entiendo por “explotación” en este trabajo).

b.4) Sujetos

Como se está ante un delito común, el *sujeto activo* puede ser cualquier persona, sea hombre o mujer, otro tanto sucede con el sujeto pasivo.

b.5) Tipo subjetivo

Esta figura requiere dolo directo, por la presencia de un elemento subjetivo. En efecto, requiere del sujeto activo 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 al comercio sexual. No es necesario, como se dijo, que se propósitos se concrete, es suficiente que lo tenga el agente cuando facilita o promueve la entrada o salida⁵³, lo que como ya se dijo, no obsta a exigir que sea objeto de prueba durante el proceso que efectivamente el traslado de personas tenía por objeto la prostitución.

b.6) Autoría y participación

Respecto de la autoría y la participación, vale lo ya dicho en el apartado a.7) con las modificaciones pertinentes en lo que respecta a la acción típica, ya que la acción de que se trata consiste en facilitar o promover la prostitución.

c) Artículo 411 quáter (trata calificada de personas)

Esta figura penal se encuentra recogida en la letra a) del art. 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas. Este instrumento define esta figura como 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

⁵⁰ Garrido Montt. Op. Cit., p. 326.

⁵¹ Garrido Montt. Op. Cit., p. 325. Según Politoff, Matus y Ramírez, la expresión “entrada o salida del país”, abarca cualquier país en el que el sujeto pasivo se encuentre. Op. Cit. P. 214.

⁵² Rodríguez Collao. Op. Cit., p. 237.

⁵³ Politoff, Matus y Ramírez, op. Cit. P. 215.

abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad⁵⁴, 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. Esta explotación incluye la explotación de la prostitución ajena u otra cualquier forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Si en alguna de estas prácticas se utiliza cualquiera de los métodos recién enunciados, el consentimiento de la víctima no obstará que el delito exista y deba sancionarse (en este sentido se entiende que son casos “calificados de afectación seria de la dignidad”). Si se trata de niños –menores de 18 años- los que han sido víctima de captación, traslado, acogida o recepción, siempre se entenderá que corresponde al delito de trata de personas aún cuando no hayan concurrido ninguno de los métodos citados precedentemente. Así, los elementos que determinan este delito serían:

- a) Una actividad: esto es, captación, traslado, acogida, o la recepción de personas.
- b) Los medios: amenaza, fuerza, fraude, coacción, engaño, abuso.
- c) Los fines: la explotación de la prostitución ajena, explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud, servidumbre, extracción de órganos.

c.1) Norma

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

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriera 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 menor en su grado medio y multa de cincuenta unidades tributarias mensuales.

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

c.2) Bien jurídico

El fundamento de la punición oscila entre la evitación de peligro (concreto y abstracto) para la autodeterminación sexual, la evitación de la perturbación del desarrollo de la autonomía sexual de los menores, la integridad física (dignidad).

c.3) Sujeto Pasivo

Desde el punto de vista del sujeto pasivo, la utilización del término “personas” abre la posibilidad de que cualquier ser humano pueda ser objeto de trata.

c.4) Conducta

El delito es un delito complejo que abarca dos clases de acciones y que se enlazan en una “doble” relación medio-fin. Existe una clase (I) de acciones que pueden consistir en a) uso de violencia, b) uso de intimidación, c) uso de coacción, d) uso de engaño, e) utilización de abuso de poder, f) aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad/dependencia de la víctima, g) la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Existe otra clase (II) de acciones que pueden consistir en a) captar, b) trasladar, c) acoger y d) recibir. Ambas clases (I) y (II) están vinculadas entre sí de forma doble, es decir, a través de dos relaciones:

- **Una primera relación:** la clase (I) debe estar destinada a realizar la clase (II), es decir, por ejemplo, la violencia –clase (I)- que X ejerce contra Y debe realizarse para trasladarlo –clase (II)- de un lugar a otro.
- **Una segunda relación:** la clase de acciones (I) que se utilizan para realizar la clase de acciones (II), es decir, ambas clases de acciones, deben realizarse para ciertos

⁵⁴ La alusión al abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera que someterse al abuso de que se trata.

objetivos descritos legalmente, a saber, i) explotación sexual (incluyendo la pornografía), ii) trabajos/servicios forzados, iii) servidumbre/esclavitud/prácticas análogas a ésta, iv) extracción de órganos.

De este modo, por ejemplo, sólo puede sancionarse el uso de violencia para trasladar a una persona de un lugar a otro cuando dicha violencia sea “funcional” para lograr el traslado y siempre que dichas acciones tengan por objetivo la explotación sexual.

Como acaba de demostrarse, el delito constituye un tipo calificado de trata, y se presenta cuando en la captación, traslado, acogimiento o recepción concurre cualquiera de las circunstancias descritas en los incisos primero y segundo del artículo 411 quáter del Código Penal, y siempre que se den las relaciones ya mencionadas. Las circunstancias de violencia, intimidación o coacción⁵⁵, para que configuren la figura calificada, deberán tener una cierta gravedad, similar a la exigencia para el delito de violación⁵⁶, es decir, autónomamente consideradas deben constituir delito. En cuanto al engaño, éste debe ir más allá de la verbalización de una afirmación mendaz, debe constituir una simulación o falsa presentación de la realidad que haga que el sujeto vea algo distinto de lo que esperaba (debe ser un engaño típicamente relevante). Ciertamente el engaño es un concepto tremendamente relativo, y la afirmación de su carácter penalmente típico exige una valoración de su capacidad o aptitud para inducir suficientemente a la víctima, lo que desde un punto de vista objetivo, exige que la maniobra defraudatoria revista apariencia de seriedad y realidad suficiente para producir error, debiendo ponderarse las condiciones personales de inteligencia, formación cultural y nivel de experiencia⁵⁷.

En relación con el abuso de poder⁵⁸, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad⁵⁹ o de dependencia de la víctima, básicamente se sanciona el aprovechamiento de una situación de dependencia que supone la amenaza latente para la víctima sobre su integridad personal (esto ciertamente puede vincularse a lo que ya se ha señalado con respecto a la afectación de la dignidad de la personal, es decir, que debe tratarse una situación “grave”). En cualquiera de estos casos, resulta preciso que el sujeto activo haga uso de estas situaciones, no bastando con que simplemente se den. Cabe señalar, respecto del abuso/aprovechamiento, que por ser la integridad personal el bien jurídico protegido, la apreciación de la “necesidad”, sobre cuyo abuso se “determina” a alguien, no debe descansar en criterios generales socio-económicos, tan imprecisos y globales como la propia pertenencia a una clase o grupo socialmente desfavorecido, o como la nacionalidad de un país con escaso desarrollo político económico. La “necesidad” penalmente relevante es la que ha de concurrir, igualmente, de modo personal e individualizable como situación concreta de carencia de algo determinado (sea dinero, asistencia, alimento, ayuda, etc.) imprescindible para evitar graves perjuicios físicos.

Respecto de la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, debe remarcar que este concepto amplio es más restringido de lo que parece. En primer lugar debe recordarse la

⁵⁵ Por *coacción* se entiende la acción de constreñir a otro a hacer, omitir o tolerar algo. Lo injusto de la acción se especifica a través de los medios comisivos, entre ellos, la violencia.

⁵⁶ **Politoff, Matus y Ramírez.** Op. Cit., p. 215. Para otros en el concepto de violencia se debe incluir la violencia tanto en su más genérica concepción que abarca tanto la fuerza física material, como la violencia psíquica o intimidatoria y la fuerza real sobre las cosas, en cuanto inhibidora de la voluntad del sujeto. **Polaino Navarrete.** *Delitos contra la libertad* (II). En Cobo del Rosal (dir). *Curso de Derecho Penal español. Parte especial* I. Marcial Pons 1996, páginas 259 ss.

⁵⁷ **León Villalba.** Op. Cit., p 365.

⁵⁸ Comprende el abuso de una situación de superioridad, la existencia de una posición de dependencia, jerarquía, inferioridad, desventaja, subordinación, etc., que otorgue al sujeto activo una situación de ventaja sobre la víctima, y sea utilizada conscientemente por aquel, independientemente del ámbito en el que se produzca, siempre que tenga como finalidad la explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos.

⁵⁹ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua “vulnerabilidad” es “Cualidad de vulnerable” y “vulnerable” “es el “Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”. Si bien es cierto que el concepto de “vulnerabilidad” ofrece un amplio margen de interpretación y, por tanto, de inseguridad jurídica, lo cierto es que como factor básicamente personal debe ser valorado desde las circunstancias propias de la víctima, con atención, eso sí, a los factores externos que puedan incidir en la misma. Dicha valoración, debe ofrecer unos contornos delimitados a aquellas circunstancias que, concurrentes en las víctimas produce una debilidad o fragilidad capaz de quebrantar su voluntad. **León Villalba.** Op. Cit., p 369.

estructura del delito, es decir, que la concesión⁶⁰ de beneficios de X en favor Y debe estar destinada –primera relación- a realizar la clase de acciones (II) con determinados objetivos –segunda relación. Si se vincula la conducta con la segunda relación –explotación sexual, esclavitud, etc.- que exige el tipo, aparece con toda nitidez la necesidad de la falta de un “consentimiento válido”, es decir, de un contexto de afectación de la dignidad –en el sentido del apartado IV- que sea lo suficientemente intenso para poder afirmar que el sujeto que consiente en el traslado, por ejemplo, no lo ha prestado de forma libre. De tratarse de un caso que en no concurren esas especiales circunstancias que hacen que el consentimiento sea inválido, el delito no puede considerarse realizado, precisamente por faltar uno de sus presupuestos.

Por último, el tipo calificado se presenta cuando la víctima es menor de edad, caso no es necesario que concurren las circunstancias de coacción, engaño o abuso.

El tipo penal en este caso no castiga la trata transnacional, ya que no hace alusión al traslado, captación, acogimiento o recepción de personas desde o hacia otro país, de manera que sólo castiga conductas de tráfico interno. En otras palabras, el tráfico transnacional con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos desde o hacia el exterior no es punible, sin perjuicio de otros delitos que se puedan cometer con ocasión del traslado. En todo caso no debe olvidarse que todas estas conductas son en alguna medida coercitivas, y en las que siempre cabe demostrar la ausencia de un consentimiento válido por parte de la víctima –tal como se acaba de demostrar respecto de la “concesión de beneficios”.

La *explotación* queda acotada a la explotación sexual o laboral. En cuanto a la explotación sexual se incluye a la pornografía. Sobre esta última, resulta discutible que pueda extenderse a la víctima mayor de edad, ya que consentir una interacción sexual a cambio de un precio constituye una manifestación de libertad constitucionalmente protegida (de este modo X traslada a Y -siendo ambos mayores de edad- para la filmación de una película pornográfica, la conducta sería impune si no existen razones para negar el consentimiento de Y –como cuando se afecta “gravemente” su dignidad). Ya que el ejemplo demuestra que se trata de una conducta lícita y constitucionalmente protegida, es necesario “cualificar” la explotación pornográfica de modo que en principio sólo aquellos casos no consentidos de explotación sexual pornográfica podrían quedar incorporados en esta figura delictiva. Lo anterior exige redefinir que es lo que debe entenderse en este contexto por “pornografía”. En efecto, el adjetivo *pornográfico* es un término utilizado en nuestra legislación penal únicamente en las figuras de producción y almacenamiento de material pornográfico con empleo de menores⁶¹, donde lo que se protege es la indemnidad sexual y no una moral sexual social, por lo tanto, si la justificación del concepto se basa exclusivamente en que el objeto de protección es un menor, no puede extrapolarse el mismo concepto cuando el objeto de protección es un mayor de edad. Como sea que se vaya a interpretar el término “pornografía”, la única interpretación correcta es aquella que asume que sólo puede considerarse para efectos del delito aquellos casos de interacciones sexuales no consentidas.

En relación con la explotación laboral comprende los trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta. Ahora el tipo no define lo que se entiende por *explotación*. Según la RAE la *explotación* es la “Acción y efecto de explotar. *Explotar* es “Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”⁶². Vale aquí lo dicho en el apartado IV, debiendo considerar necesariamente que en estos casos se trata de afectaciones graves no sólo de la dignidad del sujeto, sino de su libertad, pues precisamente estas conductas suponen que el sujeto no ha prestado libremente su consentimiento.

c.5) Autoría y participación

La amplitud con la que se ha dotado a las conductas que pueden dar lugar a la aplicación del tipo, permite asimilar a la autoría conductas que no pasarían en muchos casos de mera

⁶⁰ El tipo exige la efectiva “concesión” o “recepción” de beneficios, es decir, no basta la mera promesa de conceder beneficios sino que se requiere que se demuestre que se produjo un intercambio de beneficios entre X e Y.

⁶¹ El adjetivo *pornográfico* para los efectos del Código penal se define en el inciso segundo del art. 366 quinquies, el que entiende por material pornográfico toda representación de actividades sexuales explícitas.

⁶² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición.

complicidad, lo que crea serios problemas de aceptación desde la óptica de los principios de legalidad y proporcionalidad, en pos de la búsqueda de un incremento preventivo del precepto.

Considerando lo señalado con anterioridad, a fin de acotar el margen de punibilidad bajo el rótulo de autoría, sólo deberían considerarse autores los sujetos que dirigen las operaciones tanto de recluta como de transporte, por cuanto poseen el dominio efectivo y la capacidad resolutoria respecto de cualquier actividad de tráfico, dentro de los márgenes flexibles de control. En otras palabras, los responsables de la planificación como de la ejecución de la línea de tráfico deberían responder como autores, puesto que ostentan el control total de las múltiples actuaciones parciales que componen las operaciones de trata, siendo sus decisiones en última instancia vinculantes.

En el caso de los sujetos que realizan conductas de vigilancia o supervisión, es decir, que intervienen en el curso de la acción, como puede ser el traslado de un punto a otro en un vehículo, la vigilancia temporal de las personas para evitar su huida, la consecución de dinero o documentos, o aquellos que participan de forma todavía más amplia, como cooperar con el cobro a los clientes de comercio sexual, pero que no alcanzan a ser suficientemente significativas, no deberían ser calificados como autores⁶³.

En cuanto al favorecimiento, como se dijo, implica ayudar, colaborar, apoyar la realización de algo. Y dicho favorecimiento puede extender su radio de acción tanto en el momento de la captación, como en el traslado y puesta a disposición de la persona traficada. La introducción de este término en el artículo 411 quáter, supone una generalización de los medios comisivos, dando cabida a cualquier tipo de actuación con capacidad para beneficiar o colaborar de cualquier forma en la captación o traslado y ubicación de la persona traficada. De ahí que los facilitadores, siendo un supuesto de simple complicidad el legislador los ha elevado a la categoría de autores.

Pero aquí es necesario hacer las siguientes consideraciones para limitar la aplicación del tipo penal a los que promueven o facilitan:

1° Estimar el favorecimiento o promoción como un tipo penal condicionado a la figura base del inciso primero del art. 411 quáter del Código Penal, de modo de relacionar estas conductas con el bien jurídico protegido. Si el interés relevante es la libertad de decisión, parece que sólo aquellos actos aptos para favorecer la explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos debieran ser subsumidos en este tipo penal.

2° La redacción del precepto legal resulta desmañada, porque no deja en claro si el favorecimiento o promoción para la explotación, ha de hacerse para la posterior explotación violenta, intimidatoria, etc., o si el favorecimiento o promoción ha de llevarse a cabo con violencia, intimidación, etc. Pero aun cuando pueda llegarse a un consenso interpretativo al respecto, resulta difícil insertar las conductas de promoción y favorecimiento en la conducta básica del inciso primero. En efecto, resulta inconcebible pensar como el favorecimiento o la facilitación puedan “determinar” a que un tercero sea explotado sexualmente, constreñido a trabajos forzados o a la extracción de sus órganos. Por ejemplo, la descripción de la conducta mediante el verbo favorecer, sinónimo de beneficiar, auxiliar, socorrer, asistir o colaborar, está cargado de un sentido positivo, en relación a las fórmulas utilizadas (intimidación, violencia, etc.) que evidencian una valoración negativa, de intervención restrictiva y coactiva sobre el sujeto pasivo.

3° La conducta básica, descrita en el inciso primero del artículo 411 quáter, consistente en “determinar”⁶⁴ (por la vía de 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) a la persona mayor de edad a prostituirse o realizar

⁶³ Para ver más criterios a favor de una argumentación favorable a la defensa en relación a la formas de imputación basadas en criterios de “supervisión” y “delegación” ver apartado 3.4 de “*Lesiones cometidas en el ámbito laboral, cuasidelitos*”, Consulta (12) 2011. También se sugiere ver los apartados 3 y 4 de “*Imputación objetiva, causalidad, varios sujetos crean conjuntamente un riesgo no permitido*”, Consulta (8) 2011, ambas disponibles en LexDefensor.

⁶⁴ “Determinar” significa “hacer tomar a otro una decisión”, lo que denota la necesidad de que la actuación del sujeto activo sea la causa directa del ejercicio de la acción, de manera que de no ser así, la realización de cualquiera de los medios comisivos descritos.

trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, expresión que denota mayor exigencia de compulsión y eficacia para la consecución de dichas finalidades que la que representan las acciones de “facilitación “ o de “favorecimiento”. “Determinar” significa “hacer tomar a otro una decisión”, lo que denota la necesidad de que la actuación del sujeto activo sea la causa directa del ejercicio de la acción, de manera que de no ser así, la realización de cualquiera de los medios comisivos descritos no llevaría consigo la tipicidad de dicha conducta.

4° También se puede hacer una distinción entre autores y partícipes en la facilitación o promoción, realizando una reconducción teleológica del sentido literal posible del precepto en base a la cual se considerarían autores quienes directamente y con dominio o determinación objetiva del hecho, sea en forma individual, conjuntamente con otros o sirviéndose de otros como instrumento, intervienen en el tráfico ilegal de personas, siendo en cambio partícipes quienes colaboren en el delito sin dominar o determinar objetivamente el hecho, o como mínimo excluyendo del núcleo de la autoría conductas accesorias a las que debería ser aplicada la rebaja propia de la complicidad. Es decir, parece oportuno, para sancionar por autoría y no por complicidad, exigir que el favorecimiento o promoción sea relevante, debiendo prestar una ayuda significativa en la línea de tráfico descrita en el inciso primero.

5° Por último debe remarcarse la necesidad de que exista “crimen organizado”, es decir, que también vale aquí la exigencia mencionada en el apartado IV de este trabajo.

c.6) Tipo subjetivo

El dolo es la única expresión del tipo subjetivo de esta figura penal, y dado que la finalidad última es la explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, impide la admisión de dolo eventual, exigiendo dolo directo. Asimismo, el marcado carácter económico de la finalidad buscada, exige además un elemento subjetivo como es ánimo de lucro. Incluso de aceptarse que la “segunda relación” constituye un elemento especial del tipo subjetivo, y que por lo tanto no es necesario que concurra para la consumación del delito⁶⁵ (lo que implica asumir que no se trata de aquellos que debe ser abarcado por el “dolo” del agente), ello no impide exigir que sea el organismo persecutor el que demuestre efectivamente que tales conductas estaban destinadas a la explotación, etc., porque el mero hecho de que este constituya un elemento especial del tipo subjetivo, no exime al órgano persecutor de la necesidad de demostrar que las conductas tenían precisamente el objetivo que es declarado ilícito por el delito, porque si las conductas están adscritas a otro objetivo diferente de los que señala la disposición, entonces la conducta es impune (al menos a este título).

Lo señalado, no deja de plantear importantes dudas sobre la posibilidad de constatar el conocimiento y la voluntad de actuar necesarios, en aquellas personas que pueden convertirse en meros instrumentos ocasionales del traslado, como el uso de un conductor temporal, salvo que el sujeto forme parte de una red organizada en que la participación de cada sujeto está predeterminada para la consecución del ilícito.

d) Artículo 411 quinquies (asociación ilícita)

d.1) Norma

“Artículo 411 quinquies.- Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos de éste párrafo serán sancionados, por éste solo hecho, conforme a lo dispuesto en los artículo 292 y siguientes de este Código.”

Es conveniente interpretar esta disposición de acuerdo a los criterios interpretativos esbozados en “*Delito de ingreso ilegal al país, inmigración, refugiados, asociación ilícita, cohecho*” Consulta (15) 2011⁶⁶. Sintéticamente ello significa que la asociación ilícita debe reunir los clásicos requisitos de permanencia y jerarquización, y adicionalmente que se haya demostrado la comisión de un “delito base”, esto es, que se haya cometido alguno de los delitos para los cuales la asociación ilícita se constituyó como tal.

⁶⁵ Es decir, de aceptar que no es necesario demostrar que efectivamente se produjo una explotación sexual.

⁶⁶ Disponible en LexDefensor, ver específicamente el apartado 3.