

Comisión de Anteproyecto de Código penal 2013

Propuesta de redacción

Delitos de tráfico ilícito de personas y trata de personas

Raúl Carnevali R.

I. Articulado

Título

Delitos de tráfico ilícito de personas y trata de personas

Artículo A. *Tráfico ilícito de personas.* El que con ánimo de lucro facilite o promueva el tráfico desde, en tránsito o con destino a Chile de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con la pena de presidio 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 grave peligro la integridad física o salud del afectado. Si lo que se pone en peligro es 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 que se prevale de su cargo.

El que sin ánimo de lucro realice las mismas conductas descritas en el inciso primero, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de cincuenta unidades tributarias mensuales. Sin embargo, no será constitutivo de delito quien actúa con un propósito altruista y humanitario, respecto de quien se encuentra en situación de necesidad.

Artículo B. *Trata de personas.* El que mediante violencia, intimidación, engaño, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, de superioridad 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 presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere alguno de los medios indicados en el inciso anterior, se considerará trata de personas cualquiera de las acciones indicadas en el inciso precedente, imponiéndose la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales

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

Artículo C. *Asociación u organización.* Los que se asociaren u organizaren para la comisión de alguno de los delitos de este título serán sancionados de conformidad con lo dispuesto en los artículos XXXX de este Código, aumentándose las penas en un grado.

Artículo D. *Reincidencia.* Para los efectos de determinar la reincidencia respecto de los delitos dispuestos en este título se considerarán también las sentencias firmes dictadas en un Estado extranjero, aun cuando la pena impuesta no haya sido cumplida.

Artículo E. *Cooperación eficaz.* Se puede reducir la pena hasta en dos grados respecto del condenado por alguno de estos delitos, cuando prestare cooperación eficaz a fin de esclarecer los hechos investigados o permita la identificación de los responsables, o que permita prevenir o impedir la consumación de estos delitos.

II. Fundamentación general

La regulación de estos delitos se encuentra en los artículos 411 *bis* y siguientes del Código penal, introducidos por la Ley 20.507 de 8 de abril de 2011, dando así cumplimiento a la llamada Convención de Palermo, promulgada en Chile a través del Decreto 342 de 2004. Con anterioridad, el artículo 367 *bis* se hacía cargo sólo de la trata de personas, pero únicamente referida a los supuestos de explotación sexual —ejercicio de la prostitución—.

Es necesario resaltar que la actual redacción de los delitos en comento es muy similar a la contenida en la Convención recién citada y sus protocolos. Es así, que en el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, en su artículo 3 letra a) señala: “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”. Por su parte, el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, en el artículo 3 letra a) afirma: “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”.

Cabe consignar, que nuestro Código penal regula en su artículo 411 *ter* el mismo supuesto contemplado en el derogado inciso 1° del artículo 367 *bis*. Esta última disposición, como ya se señaló, disponía, muy deficientemente, la trata de personas. Pues bien, llama la atención que se haya mantenido, tomando en consideración que el delito en cuestión se halla acogido en el artículo 411 *quater*. Por las razones que expongo a continuación, soy del parecer que no debe ser considerado en el presente Anteproyecto.

De la propia Convención de Palermo no se desprende la obligación de incriminar este supuesto. En efecto, tratándose de personas mayores de edad no se comprenden en dicho instrumento internacional aquellos casos en que voluntariamente se acepta el traslado, es decir, la llamada hipótesis de “trata no forzada”, en que las partes intervinientes conocen el alcance y propósito del acto. Por cierto, cosa distinta es que dicho consentimiento hubiera sido obtenido u otorgado en una etapa posterior al proceso mediante amenaza, violencia, abuso, fraude o engaño, pues en estos casos sí se está frente al delito examinado, regulado en el artículo 411 *quater*, concurriendo, claro está, un fin de explotación.

Ahora bien, si la idea del legislador al mantener la norma del artículo 411 *ter* tiene como fundamento que el consentimiento igualmente no es otorgado libremente, en el entendido que la víctima se halla en un contexto de desamparo y de privación para pedir auxilio — lejos de su país de origen y en que el retorno puede ser riesgoso— y en que además, se presta para ejercer la prostitución, soy del parecer que dichos casos se pueden comprender también en el artículo 411 *quater*, cuando se refiere a la *situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima*. Precisamente, dentro de la constelación de supuestos que puede abarcar la circunstancia descrita se halla el caso examinado, en donde la víctima se ve de algún modo coaccionada por los peligros a los que se puede exponer, viendo amenazada su libertad o seguridad.

Por lo expuesto, y considerando que igualmente la figura del artículo 411 *quater* abarca aquellas hipótesis de consentimiento “viciado”, no parece razonable que permanezca en el catálogo punitivo la conducta descrita en el artículo 411 *ter*.

El Código Penal también dispone en el artículo 411 *octies* regulaciones de orden procesal, que guardan relación con técnicas de investigación —así, el agente encubierto y la interceptación de las comunicaciones—. Si bien la Convención de Palermo, en su artículo 20, destaca la necesidad de disponer de normas que vayan en esta dirección, me parece que éstas se deben establecer en el Código procesal penal, espacio natural para esta clase de disposiciones.

El Anteproyecto de Código penal de 2005 contiene un único precepto relativo a la trata de personas —artículo 121—. En él se regula en conjunto, tanto la trata de personas propiamente tal como el tráfico ilícito, bajo la denominación de tráfico de personas. No se comprende la trata interna, pues sólo se refiere a la salida o entrada de personas desde o hacia un país. Asimismo, se recoge muy deficientemente lo dispuesto en la Convención de Palermo, pues no se comprenden los fines de explotación. Por último, al tratarse conjuntamente el tráfico con la trata puede generar confusiones, tal como sucedía en España con el antiguo artículo 318 *bis*, antes de la reforma de 2010.

Los artículos 177 *bis* y 318 *bis* del Código penal español se hacen cargo de la trata de personas y del tráfico ilícito de personas, respectivamente. En el primer caso, bajo el título “tráfico de seres humanos” —Título VII *bis*—, y detrás de los delitos contra la libertad, se establece una regulación muy similar a la nuestra, tanto en las conductas como en los medios empleados y los fines perseguidos. Por su parte, el artículo 318 *bis* se refiere a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, refiriéndose a la entrada ilegal, como también al tránsito. Quizás por este motivo no se habla de migrantes sino de personas. También se incluye el empleo de ciertos medios, como la violencia, intimidación, engaño o abuso que, a mi modo de ver, son más bien propios de la trata de personas.

El Código penal alemán de 1871/1975 empleado como referencia para este trabajo, dispone en los párrafos 180 b y 181 el tráfico de personas. Es así, que el primer párrafo citado apunta esencialmente a la explotación de carácter sexual, cuando medie un provecho de orden lucrativo, refiriéndose el 181 a hipótesis de mayor gravedad, como es el empleo de violencia, amenazas o engaños.

Cabe hacer presente, que por reforma introducida en febrero de 2005 del Código penal alemán, el § 232 contempla el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, el § 233 delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral y el § 233 a) el delito de favorecimiento de la trata de personas. Todos ellos ubicados en el título relativo a los delitos contra la libertad personal, a diferencia de lo acontecía con la regulación anterior al situarlos dentro de la libertad sexual. Con ello se quiso dar cumplimiento no sólo a normas europeas —Decisión Marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos— sino también a la Convención de Palermo y sus protocolos. Para tal propósito se comprende la trata dirigida a la explotación laboral, pues hasta entonces sólo apuntaba a la de carácter sexual.

El Código penal alemán no regula el tráfico ilícito de personas o migrantes, pues se encuentra tratado en la Ley sobre residencia, actividad profesional y la integración de extranjeros en territorio federal, de 30 de julio de 2004 (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*), concretamente en el capítulo IX.

El Código penal italiano, en su artículo 601, consagra el delito de trata de personas, estableciendo un tratamiento muy similar al nacional, comprendiéndolo dentro del capítulo de los delitos contra la libertad individual. Junto al citado artículo, debe también individualizarse los delitos de reducción o mantenimiento de una situación de esclavitud o servidumbre —600—, de compra y venta de esclavos —602— y de plagio —603—. Todos ellos fueron modificados por ley de agosto de 2003 a fin de adecuarlos a la Decisión Marco 2002/629/JAI, que a su vez toma en consideración la tanta veces citada Convención de Palermo y sus protocolos.

Tratándose del tráfico ilícito de personas, su regulación se encuentra en el Decreto Legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286, sobre inmigración, particularmente en el artículo 12, que tipifica el delito de inmigración clandestina. En lo fundamental, se castiga al que promueve, dirige, organiza, financia o realiza el transporte de extranjeros —no habla de migrantes— en el territorio del Estado o bien, ejecuta otros actos dirigidos a procurar el ingreso ilegal en el territorio del Estado o de otros Estados.

En el Código penal francés, en los artículos 225-4-1 y siguientes, dentro de los delitos contra la dignidad de las personas, se tipifica el delito de trata de seres humanos. La conducta consiste en el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de una persona, a cambio de un beneficio esencialmente económico, con fines de explotación laboral, sexual o para obligar a las personas a cometer delitos.

Por su parte, el Código penal suizo regula la trata de seres humanos en el artículo 182, disponiendo la sanción de quien comercia con personas con el objeto de explotación laboral, sexual o para extracción de órganos. No se exige de medios particulares, tales como violencia, engaño u otros.

Como se expondrá *infra*, el tratamiento propuesto, mantiene en lo esencial lo que se dispone en el Derecho comparado, como asimismo la actual regulación nacional. En este sentido, se respeta la Convención de Palermo suscrita por el Estado de Chile en 2004.

III. Fundamentación particular

Título: Si bien se han examinado en conjunto, me parece que deben regularse por separado — difiriendo del Código penal chileno—, pues protegen bienes jurídicos diversos. En efecto, mientras el tráfico de personas —o migrantes— apunta, esencialmente, al control de los flujos migratorios, la trata de personas protege la libertad y la seguridad personal.

Así por lo demás, se ha entendido en el Derecho comparado —con la excepción de España hasta la reforma de 2010— que los conoce por separado. Incluso, en Italia y Alemania el tráfico ilícito de extranjeros es abordado en leyes especiales.

Por lo anterior, me parece que el tráfico ilícito de personas debe ser comprendido dentro de los delitos de extranjería o en una ley especial. Respecto del delito de trata de personas, debe ser abordado en el título de los delitos contra la libertad personal.

Tal como se explicará *infra*, se ha preferido emplear la voz persona en vez de migrante, pues este último concepto alude al supuesto de entrar y salir de un país, esto es, se refiere a su dos especies: emigrar (salir) e inmigrar (entrar). Considerando pues, las hipótesis comprendidas en el artículo A la noción *migrante* puede resultar más bien restrictiva.

Artículo A: Se regula el delito de tráfico ilícito de personas en términos similares a lo dispuesto en el artículo 411 *bis* de nuestro Código punitivo. Asimismo, debe consignarse que, en general, se recoge lo dispuesto en la Convención de Palermo —citada precedentemente—.

Es así, que por entrada ilegal debe entenderse el paso de las fronteras sin haber cumplido con los requisitos necesarios —administrativos y legales— para entrar legalmente en el Estado receptor. Sin embargo, sí se introducen algunos cambios respecto de la figura consagrada en el Código penal. En efecto, en el inciso 1° no se alude sólo a la entrada de personas, sino también se comprende el tránsito y la salida de personas —así también en el Código español—. Lo anterior a fin de abarcar todas las hipótesis de tráfico; es decir, cualquier traslado y en la dirección que sea: origen o fin en Chile, o cuando la estancia en territorio nacional sea transitoria. Al respecto, debe tenerse presente lo dispuesto en el DFL 69 de 1953 que crea el Departamento de inmigración y establece normas sobre la materia, concretamente el artículo 5 que define al inmigrante. Dicha disposición señala que será inmigrante “*el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones del presente decreto con fuerza de ley*”. Pues bien, si solo limitamos el delito en comento a los supuestos de entrada ilegal de migrantes, no podría aplicarse para aquellos casos en que la víctima no tenga como propósito radicarse en Chile y nuestro país sólo sea de tránsito, pues no tendría la calidad de inmigrante, atendida la citada norma.

Por todo lo expuesto, es preferible hablar de persona —o de extranjero— en vez de migrante. Por lo demás, así se puede encontrar en el Derecho comparado.

En el inciso 2º se estipula que los peligros a la salud o la integridad física deben ser *graves*; es decir, no basta el solo peligro sino que se justifica el aumento de la pena en la medida que tenga una cierta entidad. Asimismo, se dispone sanciones para el funcionario público en la medida que se abusa de su cargo o se aprovecha de él.

El último inciso contempla un tratamiento más benigno respecto de aquel sujeto que no actúa con ánimo lucrativo, pero que igualmente se hace merecedor de una pena. Por ejemplo, quien facilita el ingreso de criminales. Empero, se establece una excepción, respecto de quien se motiva razones humanitarias. Esta norma es muy similar a lo que dispone el artículo 12. 2. del Decreto Legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286 en Italia.

Sin perjuicio de todo lo expuesto y atendido que el tipo en cuestión tiene estrecha relación con las regulaciones dispuestas en el DL 1094 de 1975 sobre extranjeros en Chile, es que se entiende que estamos más bien frente a un delito que afecta esencialmente las normas de inmigración o de extranjería.

Artículo B: La redacción dispuesta para el delito de trata de personas es análoga a la dispuesta en el artículo 411 *quater* del Código penal, la que a su vez es heredera de la Convención de Palermo. Como se explicó en la fundamentación general, lo que se prohíbe es la trata forzada y fraudulenta, es decir, respecto de los mayores de edad que consienten en el traslado y en donde no se presentan los supuestos indicados en la disposición —así, violencia, intimidación, engaño, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, entre otros— no hay trata. Por ello, creo que no deben castigarse comportamientos como los normados en el artículo 411 *ter*.

La conducta, como los medios empleados y la finalidad perseguida —delito mutilado en dos actos— son concordantes con la Convención de Palermo, como así también, con lo dispuesto en los Códigos punitivos italianos y españoles, amén del nacional. Sí se elimina de la norma actual la coacción por entenderse comprendida en la intimidación, como así también el abuso de poder por estimarse abarcados en los supuestos de prevalimiento.

Por otro lado, se simplifica la redacción actual en lo que respecta a los menores de edad.

Artículo C: Esta norma es coincidente con la contenida en el artículo 411 *quinquies* del Código penal. Además, la Convención de Palermo se refiere precisamente a la delincuencia organizada tradicional, resaltando la necesidad de que los Estados dispongan de normas en esta dirección. Justamente, en esta clase de delitos tienen un papel activo las organizaciones criminales, que consideran el tráfico de personas un negocio particularmente lucrativo.

Ahora bien, su tratamiento en este título depende de lo que se resuelva respecto a los delitos asociativos.

Artículo D: En el artículo 411 *septies* de nuestro Código penal se dispone una regulación similar. Se explica por la naturaleza transnacional de estos delitos, más aún si pueden intervenir organizaciones que tengan esta estructura. Cabe consignar, que la Convención de Palermo pone especial hincapié, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 3, en el carácter transnacional de las organizaciones.

Se destaca que el artículo 177 *bis* del Código penal español establece una norma análoga a la nacional.

Es cierto, que la exigencia de transnacionalidad no es un requisito esencial del delito examinado, pero me parece importante no dejar de lado consideraciones de esta naturaleza.

Artículo E: Se establece en el artículo 411 *sexies* del Código penal obedeciendo a razones de orden político criminal, al disponer un tratamiento punitivo especial. Dada la naturaleza de los delitos, me parece que es una herramienta eficaz para dismantelar organizaciones criminales. Como *medida premial* puede ser efectiva desde una perspectiva preventiva, pues con el objeto de evitar la comisión de determinados delitos se recompensa al colaborador. Así ha sucedido, por ejemplo, con los arrepentidos o *pentiti* en Italia respecto de las asociaciones mafiosas.

Si bien, puede discutirse la inclusión de esta norma en un Código penal, sí considero importante su tratamiento en el ordenamiento nacional.