

15. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

TRATA DE PERSONAS Y FACILITACIÓN DEL INGRESO DE PERSONAS AL PAÍS PARA EJERCER LA PROSTITUCIÓN

I. FIGURA DEL ARTÍCULO 411 TER DEL CÓDIGO PENAL NO PUEDE CALIFICARSE, TÉCNICAMENTE, COMO DELITO DE TRATA DE PERSONAS. SANCIÓN DEL ILÍCITO CONFORME A NORMA PENAL NACIONAL VIGENTE. II. HECHO PUNIBLE ES UNO SOLO, CON INDEPENDENCIA DE CUÁNTAS SEAN LAS PERSONAS A QUIENES SE FACILITARA SU INGRESO PARA PROSTITUIRSE. REITERACIÓN ESTÁ A *PRIORI* CONSIDERADA EN EL TIPO PENAL. III. VOTO DISIDENTE: ACCIÓN TÍPICA CONSIDERA COMO VÍCTIMAS A LAS PERSONAS TRAÍDAS AL PAÍS PARA PROSTITUIRSE. AFECTACIÓN DE DERECHOS PERSONALÍSIMOS. EXISTENCIA DE TANTOS DELITOS COMO PERSONAS SEAN AQUELLAS CUYO INGRESO SE PROMUEVE O FACILITA.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por los delitos de asociación ilícita para cometer delito de internación de personas al país para ejercer la prostitución y facilitación del ingreso de personas al país, desde el extranjero, para que ejercieran la prostitución. Defensa de condenado recurre de nulidad; la Corte de Apelaciones acoge el recurso deducido y dicta sentencia de reemplazo

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Valparaíso*

ROL: *2444-2017, de 19 de enero de 2018*

PARTES: *Ministerio Público con Juan Alarcón Miranda*

MINISTROS: *Sr. Raúl Mera Muñoz, Sra. Silvana Donoso Ocampo, Abogado Integrente Sra. Sonia Maldonado Calderón*

DOCTRINA

- La actividad desplegada por el acusado no corresponde, efectivamente, a la conducta descrita como trata de personas por el Protocolo de Palermo sobre este tema, en su artículo 3º, pero eso nos lleva sólo a constatar que la*

figura del artículo 411 ter de nuestro Código Penal no puede calificarse, técnicamente hablando, como delito de trata, pero de ahí no se sigue que no constituya un tipo penal, más allá de los reparos que legítimamente puedan formularse respecto de su existencia. Además, puede decirse respecto del artículo 3º, letra a), del Protocolo de Palermo sobre Tráfico de Migrantes: los jueces no lo infringen porque no condenan sobre su base, sino sobre el de una norma penal nacional vigente, que tampoco contradice a aquel artículo del pacto internacional, sino que en verdad simplemente le es ajena, pues no se encuadra en su descripción (considerandos 5º y 6º de la sentencia de nulidad).

- II. *El delito de que se trata refiere en su descripción típica un sujeto pasivo plural (“personas”) y eso se justifica porque su hipótesis se encuadra dentro de lo que puede considerarse una empresa, aunque ilícita. No se trata de que el delito no se perfeccione si la persona cuya entrada al país se facilita para prostituirse fuere una sola. Desde luego que en esa hipótesis hay delito, pero como la actividad penalmente perseguida corresponde efectivamente al desarrollo de un negocio o empresa –la prostitución lo es, sin duda, y aquí lo es en su variante de internación de personas al país para ejercerla–, el hecho punible es uno solo, con independencia de cuántas sean las personas a quienes se facilitara su ingreso para prostituirse, o de cuántas actuaciones fácticas, incluso temporalmente separadas, de contratación o facilitación de ingreso al país de tales personas, se trate. La reiteración, pues, tal como dice la defensa recurrente, está a priori considerada en el tipo, y por tanto en la especie el acusado no cometió varios delitos de esta índole, sino uno solo, y con ello ya aparece infringido el artículo 351 del Código Procesal Penal y también el propio 411 ter del Código Penal (considerando 11º de la sentencia de nulidad).*
- III. *(Voto disidente). El tipo penal del artículo 411 ter emplea la voz “personas” para referirse al sujeto pasivo, sin ninguna connotación de exigencia de pluralidad de víctimas, y sin pretender tampoco incluir con ello la reiteración posible, para englobar todos los casos como un solo delito, ya que no se trata, en concepto del disidente, de un ilícito de empresa. Esto porque, de una parte, el emprendimiento en sí mismo, si de organizar el ingreso de personas para estos fines se trata, está dado por la asociación ilícita y, de otro lado, el negocio que está detrás no es el ingreso de personas al país para prostituirse, sino la prostitución en sí misma, como negocio manejado por terceros, empresa que no puede estar comprendida en el tipo, porque es lícita y para llevarla adelante no es requisito sine qua non facilitar o promover el ingreso de personas al país, pudiendo llevarse a cabo contratando personas, sean chilenas o extranjeras, que residan en el territorio nacional. Luego, el promover o facilitar ese ingreso ni es en sí mismo emprendimiento alguno,*

ni es tampoco parte o trámite necesario del negocio de la prostitución. Por fin, y lo más relevante, el tipo de que se trata considera como víctimas a las personas traídas al país para prostituirse, y por ende cada una de ellas, al estar afectada en sus personalísimos derechos, no puede sino dar lugar a un delito distinto al que se refiera a las demás afectadas. Por tanto, existirán tantos delitos como personas sean aquellas cuyo ingreso se promueve o facilita, lo que es tanto más claro cuando, como en este caso, se ha operado además en tiempos y lugares distintos, contratando personas en diversos países para que vinieran a prostituirse a Chile (considerandos 1° y 2° de la disidencia de la sentencia de nulidad).

Cita online: CL/JUR/327/2018

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 411 ter del Código Penal; 351 del Código Procesal Penal.*

FACILITACIÓN DEL INGRESO AL PAÍS PARA EJERCER LA PROSTITUCIÓN Y SU APROXIMACIÓN CON EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

TANIA GAJARDO ORELLANA
Universidad de Chile

La tercera sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió una de las causales de nulidad invocadas por la defensa de un imputado condenado por los delitos de asociación ilícita y promoción o facilitación del ingreso al país para la prostitución, por las siguientes normas legales vulneradas: 411 ter, 63 inciso 2°, 67, y 68 del Código Penal, y artículo 351 del Código Procesal Penal, fundado en el artículo 373, letra b), en cuanto a que la vulneración de estas normas implicó una infracción de ley que influyó en lo dispositivo del fallo. En concreto, el Tribunal Oral en lo Penal, al condenar al imputado como autor de los delitos de asociación ilícita y del delito de promoción o facilitación de la entrada al país para ejercer la prostitución con carácter de reiterado, no consideró que el tipo penal está expresado en plural “promoción o facilitación del ingreso de *personas* al país para ejercer la prostitución”, por lo que a criterio del tribunal en la descripción típica ya está considerada la reiteración, no pudiendo aplicarse para agravar la pena, habiendo sido condenado a una pena mayor que la que correspondía en derecho.

Las otras dos infracciones de ley alegadas por la defensa fueron rechazadas por la corte. En la primera, la defensa alegaba que el tipo penal del artículo 411 *ter* es “*carente de la necesaria antijuridicidad material*”, en cuanto no protege bien jurídico alguno; en la segunda se indicaba que la condena por facilitación de la prostitución

de una menor de edad en grado de tentativa era errada, debido a que no se había dado principio a la ejecución de la prostitución, por lo que no había tentativa del delito. El recurso de nulidad fue acogido parcialmente, en cuanto acogió la causal expresada en el primer párrafo, dictando sentencia de reemplazo en este punto, con el voto disidente del Ministro Sr. Raúl Mera Muñoz, quien estuvo por desechar el recurso en todas sus alegaciones.

El comentario de esta sentencia se refiere principalmente a cómo la causal acogida por la corte y una de las causales rechazadas, esto es, la falta de antijuridicidad material del delito del artículo 411 *ter*, con sus correspondientes argumentos, son relevantes para sostener la tesis de que la figura de promoción o facilitación del ingreso al país para ejercer la prostitución es una figura básica de tráfico ilícito de migrantes, y no un tipo básico de trata de personas, como sostiene la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Primero, los verbos rectores de la figura del artículo 411 *ter*, esto es, promoción o facilitación de la entrada o salida del país, son los mismos que los del tráfico ilícito de migrantes, dado que este tipo penal sanciona justamente a quien promueve o facilita el ingreso ilegal al país. Ambos exigen acciones de promoción o facilitación y cruce de fronteras, lo que es una diferencia fundamental con la trata de personas. La trata de personas no requiere cruce de fronteras, ésta puede realizarse dentro del territorio nacional. La consideración en el 411 *ter* de la salida del país responde a las exigencias del Protocolo de Palermo contra el tráfico ilícito de migrantes, en donde se sugiere tipificar la promoción o facilitación del ingreso, la permanencia y la salida ilegal de los países.

Segundo, catalogar el tipo penal del artículo 411 *ter* como un delito de explotación, similar a la trata de personas, como lo hace el voto disidente, es un error. La trata de personas, tal como se indica en la sentencia, es un delito de explotación, ya que requiere que las finalidades sean la explotación sexual, los trabajos forzados, la esclavitud o sus prácticas análogas, o la extracción de órganos, todas finalidades que debe tener el sujeto activo que realiza la captación, el traslado o la recepción, ya sean para su beneficio personal o para terceros. La voz “explotación” sólo excluye que el beneficio sea para la víctima, pero no limita que el aprovechamiento de la actividad sea para el sujeto activo o para un tercero. En cambio, al sujeto activo de la promoción o facilitación para el ingreso o salida del país para la prostitución no se le exige ninguna finalidad de explotación.

Al sujeto activo de la trata se le exige captar, trasladar, acoger o recepcionar, mediante los medios comisivos que inhiben o vulneran la voluntad de la víctima, para explotarla de alguna de las formas expresadas. El tipo penal del artículo 411 *ter* sanciona a quien promueve o facilita el ingreso o la salida del país para que las personas que lo hagan se prostituyan, lo que puede realizarse a cuenta propia o ajena, pero no se exige como finalidad del 411 *ter* que el sujeto activo tenga por objetivo beneficiarse de la prostitución de las personas migrantes, no exige “ex-

plotar” a la víctima, situación que justifica la diferencia de penas entre la trata y esta figura penal. En otras palabras, si, una vez cruzada la frontera, el ejercicio de la prostitución se realiza por cuenta propia, sin ser explotada o explotado, el sujeto activo que promovió o facilitó ese cruce puede ser sancionado por el artículo 411 *ter*. Si hay explotación y concurren los demás elementos del tipo penal de trata de personas, habría que analizar su aplicación, pero para castigar por 411 *ter* no se requiere la finalidad de explotación¹.

La opinión de la corte, expresada en el considerando cuarto de la sentencia, es: *“Que la figura del artículo 411 ter, sin embargo, no exige la explotación, con la consiguiente vulneración o puesta en peligro de los bienes jurídicos libertad de desplazamiento o libertad sexual de las personas a que se refiere, pues de exigirla se quedaría sin sustento alguno que la diferencie de la norma del artículo 411 quater, que sí supone –de modo explícito– que concurra violencia, intimidación, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o de dependencia, con relación a la persona captada, trasladada o recibida para ser objeto de explotación sexual. Es decir, el artículo 411 ter es una figura base, distinta a la del 411 quater, castigando, la primera, al que promueva o facilite el ingreso de personas extranjeras al país para que ejerzan la prostitución, en tanto no se añada ninguna circunstancia de violencia, intimidación, abuso, ya que, de concurrir cualquiera de tales formas de explotación de la debilidad ajena, la conducta se desliza al tipo del artículo siguiente, cuya pena es mayor”*.

La aseveración de la corte de que la figura del 411 *ter* no exige explotación es correcta, como también lo es el que la figura que la exige es la trata de personas, pero de estas dos afirmaciones no sigue como conclusión necesaria que el 411 *ter* sea una figura básica de trata de personas, ya que la figura básica debe contener el núcleo de la conducta prohibida y, cuando a ella se le agregan otras circunstancias que la agravan o califican, se forman las figuras calificadas, no existiendo esa relación entre el 411 *ter* y el *quater*, porque la conducta de promoción o facilitación de la entrada o salida del país no es el núcleo básico de la trata de personas, la que, como se señaló, ni siquiera requiere cruce de fronteras.

El voto disidente indicó al respecto: *“el negocio que está detrás no es el ingreso de personas al país para prostituirse, sino la prostitución en sí misma, como negocio manejado por terceros, empresa que no puede estar comprendida en el tipo, porque para llevarla adelante no es requisito sine qua non facilitar o promover el ingreso de*

¹ En el mismo sentido, FLORES ÁLVAREZ Michael, “La problemática del bien jurídico protegido por la figura del artículo 411 *ter* del Código Penal chileno”, actividad formativa equivalente para optar al grado de magíster en *Derecho Penal*, año 2014, p. 48, disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116396/de-flores_m.pdf?sequence=1&isAllowed=y, última consulta: 25 de noviembre de 2018, donde indica: *“Cabe señalar que en el tipo penal del artículo 411 ter, de ninguna manera se exige algún medio de comisión en unión copulativa con un objetivo de explotación, lo que lo diferencia del delito de trata de personas”*.

personas al país, pudiendo llevarse a cabo contratando personas, sean chilenas o extranjeras, que residan en el territorio nacional. Luego, el promover o facilitar ese ingreso ni es en sí mismo emprendimiento alguno, ni es tampoco parte o trámite necesario del negocio de la prostitución". Esta opinión critica que el ejercicio de la prostitución esté expresado en el tipo penal, ya que para realizarlo no es necesario facilitar el ingreso de personas al país, pudiendo realizarse con personas que ya estén dentro del territorio nacional. Si bien la crítica es real, en cuanto a que no se logra develar exactamente qué es lo que buscó el legislador al reproducir la antigua figura del 367 bis, ahora como 411 ter, el tipo penal existe y está vigente en nuestro Código Penal, y es justamente por la falta de exigencia de la explotación de la prostitución ajena que se asimila al tráfico ilícito de migrantes, y no a la trata de personas, en donde lo principal es el cruce de fronteras y no la explotación².

En tercer lugar, la discusión que se da en la sentencia acerca de la posibilidad de reincidencia se enfoca en que si el 411 ter protege bienes personalísimos o no. Para el voto disidente, al tratarse de un delito de explotación, sí afecta bienes jurídicos personalísimos, por lo que cada ingreso de cada persona es un delito, y en este sentido para él la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal era correcta. La sentencia, por su parte, cuando acoge esta causal entiende que la redacción del artículo 411 ter, al decir "personas", implica que es un delito de emprendimiento, y que no cabe la reiteración³. En este punto, siguiendo con la tesis de que estamos frente a un tipo de tráfico ilícito de migrantes y no de trata, este tipo penal, al igual que el 411 bis, protege el sistema migratorio del Estado, y no bienes jurídicos personalísimos, por lo que lo indicado por la sentencia es correcto en cuanto a que no se comete un delito de 411 ter por cada persona que ingresa, pero el fundamento para arribar a dicha conclusión es incorrecto. La redacción del tipo penal describe una actividad genérica tendiente a promover o facilitar el ingreso de personas para que ejerzan la prostitución, así como el 411 bis sanciona a quienes promuevan o faciliten el ingreso ilegal de migrantes, sancionando actividades que afectan al

² Opiniones acerca de lo protegido por este tipo penal encontramos en autores como el profesor José Luis Guzmán Dalbora, para quien el art. 411 ter protege la autodeterminación de la libertad sexual. Ver en GUZMÁN, José Luis, "La trata de personas y el problema de su bien jurídico", en: *Revista Procesal Penal* N° 62, Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2011, p. 8. Para AGUILAR, Cristián, se trataría de la libertad sexual, ver en "Delitos sexuales, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación", *grooming. Doctrina y jurisprudencia*, (Santiago, 2012).

³ Además de la sentencia impugnada, otras sentencias han entendido que el tipo penal está expresado de forma omnicompreensiva al decir "personas", pero que no requiere que se promueva o facilite el ingreso o salida de personas en plural, por lo que sí es posible la reiteración. Esto, respecto tanto del 411 ter como con el antiguo 367 bis, por ejemplo, el Tribunal Oral de Calama, 25 de noviembre de 2009, RIT 127-2009.

sistema migratorio, en cuanto en ambas hipótesis el ingreso es ilegal, y en ambas se expresa en plural.

Para explicar por qué el ingreso del 411 *ter* es necesariamente ilegal, debemos remitirnos a las formas de ingreso legal a Chile, indicadas en el Decreto Ley de Extranjería⁴. Entre ellas, no existe en Chile la posibilidad de ingresar legalmente con finalidad de prostitución, por lo que, si se ingresa como turista, declarando dicha finalidad cuando la real es de prostituirse, se está realizando una declaración falsa al funcionario contralor, lo que implica entrada ilegal, tal como en el delito de tráfico ilícito de migrantes. Si se viaja con un visado de trabajo, éste probablemente se obtuvo presentando documentación falsa acerca de qué trabajo es el que se realizará en el país, ya que no se le otorgaría una visa de trabajo para venir a ejercer la prostitución en Chile, porque, aunque no sea delito, se trata de un oficio que no tiene una completa y cierta regulación legal en el país.

En los casos en que la promoción o facilitación del ingreso sea para ingresar clandestina o fraudulentamente, según las hipótesis de los artículos 68 y 69 del Decreto Ley de Extranjería, quien cruza las fronteras comete además estos delitos, por lo que sin lugar a dudas la entrada sería ilegal. Visto de esta forma, la finalidad de ingresar a Chile para ejercer la prostitución, en todas las hipótesis analizadas, constituiría una entrada ilegal, lo que implica que el sustento material de este delito sería la protección del sistema migratorio, al igual que en el tráfico ilícito de migrantes⁵. La única salvedad en este sentido sería la promoción o facilitación de la salida del país de una persona para que ejerza la prostitución en un país en donde está suficientemente regulada y pudiera otorgarse un visado para ejercer libremente dicha actividad. En esos casos, no habría sustento material para sancionar este ilícito⁶.

⁴ Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6483&r=1>, última visita 25 de noviembre de 2018.

⁵ Opinión en contra es la de CÁRDENAS, Claudia, en *El delito de tráfico de migrantes con especial referencia a la legislación chilena*, en *Congreso internacional homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, T. IV, (Valparaíso, 2011), p. 453. Aquí la autora señala que la protección recae sobre la integridad moral de las víctimas o sujetos migrantes. También bajo esta tesis, en que lo protegido por el artículo 411 *bis* es la integridad moral, debido a la situación de vulnerabilidad en la que queda una persona migrante luego del cruce ilegal de fronteras, es asimilable el artículo 411 *ter* al 411 *bis*, ya que quien migra para prostituirse bajo la promoción o facilitación de un tercero, siempre ingresará de manera ilegal, por lo que quien migra en esa condición sufriría la misma situación que quien migra motivado por un sujeto activo del artículo 411 *bis*.

⁶ Opinión contraria sostiene FLORES en *La problemática...*, quien señala que, al tratarse de un delito en el que sólo se exige la promoción o facilitación del ingreso o salida del país, es irrelevante si éste es legal o ilegal. Esta opinión no es sostenible si se compara con el tráfico ilícito de migrantes del artículo 411 *bis*, en el que también los verbos rectores son promover o facilitar,

Salvado este punto, de lo protegido por este delito, la reiteración sería posible si el o los sujetos activos realizan en varias oportunidades la acción, independientemente del número de personas implicado en cada una de esas acciones, situación que sí justificará una pena mayor.

Considerando lo dicho, la argumentación de la sentencia, en cuanto a que, al estar escrito en plural, no admite reiteración, es correcta en un sentido, pero errada en otro. Es correcta, porque en los delitos que afectan bienes jurídicos colectivos como el tráfico ilícito de migrantes, y en este caso el artículo 411 *ter*, cada ingreso de personas o de migrantes es un delito. A diferencia de la trata de personas, en que, al recaer sobre bienes jurídicos personalísimos, cada persona significa un delito. Igualmente, estos delitos admiten la reiteración, pero no se considera por el número de personas, sino por el número de ingresos. En el caso en cuestión, son tres las personas que ingresaron; si estos ingresos fueron en un mismo acto de promoción o facilitación, son un solo delito del art. 411 *ter*, pero si son tres actos diferentes de promoción o facilitación, son tres delitos del art. 411 *ter*. Igual que en el tráfico ilícito de migrantes, en cuanto nuestra jurisprudencia ha entendido que cada ingreso, aunque sea éste de una pluralidad de personas, es un delito.

En conclusión, el razonamiento de la corte acerca de que el 411 *ter* no es una figura de explotación es correcto, pero no es correcto que el 411 *ter* cumpla con las condiciones para ser considerado como figura básica de la trata de personas. En este sentido, se postula que la figura del 411 *ter* es una figura básica de tráfico ilícito de migrantes, primero por sus verbos rectores, segundo porque el ingreso para prostituirse siempre sería ilegal, al igual que la exigencia del 411 *bis*, y tercero porque, al ser ilegal el ingreso, lo protegido es el sistema migratorio, misma finalidad del tráfico ilícito de migrantes. Existiendo ánimo de lucro para promover o facilitar el ingreso ilegal con cualquier finalidad, estamos ante el 411 *bis*, inciso primero, y si agregamos peligro para la integridad o la vida, pasamos a las figuras calificadas del 411 *bis*, inciso segundo. Por último, tenemos la figura del 411 *bis*, inciso tercero, en la que se sanciona al funcionario público que realiza la misma acción, pero sin ánimo de lucro, asimilándose aún más al 411 *ter*. Esta sistematización excluye las críticas realizadas al 411 *ter* como tipo penal “moralizante”, ya que aparta del centro del análisis la finalidad de prostitución y lo acerca al ingreso ilegal que éste contiene implícito, considerándolo una figura más de tráfico ilícito de migrantes.

y lo que se promueve o facilita es el ingreso ilegal, y se comete el delito logrando o no el ingreso. En otras palabras, no porque el ingreso no sea un elemento para la consumación del delito se vuelve irrelevante la calidad de éste.

CORTE DE APELACIONES:

Valparaíso, diecinueve de enero de dos mil dieciocho.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1.- Que la defensa de Juan Pablo Alarcón Miranda recurre de nulidad en contra de la sentencia condenatoria del grado, sobre la base de la causal contemplada en la letra b) del artículo 377 del Código Procesal Penal; esto es, se denuncia infracción de ley que habría influido en lo dispositivo del fallo, y ello con relación a dos infracciones legales que se esgrimen como principales, y a cuyo amparo se requiere la absolucón del recurrente en sentencia de reemplazo, y luego se insiste en la nulidad con base en una tercera infracción de ley, que se impetra como subsidiaria, requiriéndose, para el evento en que sea ésta la que se acoja, una reduccón de la pena impuesta.

2.- Que la primera infracción reclamada es la que se habría cometido con respecto a los artículos 1°, 411 ter y 229, todos del Código Penal, al artículo tercero del Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas, y también al artículo tercero del Protocolo de Palermo contra el Tráfico de Migrantes. Esto porque, según el recurrente, se habría considerado como delito a una conducta, en sus palabras, “carente de la necesaria antijuridicidad material”, subrayando el defensor que el tribunal no indica cuál sea el bien jurídico afectado en los hechos que calificó como encuadrados en el tipo del artículo 411 ter del Código Penal, ni tampoco pudo existir vulneración a bien jurídico alguno, ya

que, nos dice, la prostitución en Chile no es delito y la libertad ambulatoria, la seguridad personal y la libertad sexual de las mujeres que fueron contratadas en el extranjero para desempeñarse en esa actividad en Chile, nunca estuvieron afectadas.

3.- Que, siguiendo el razonamiento de la defensa, la conducta de que habla el artículo en cuestión sólo puede ser delictiva cuando se trate de un verdadero tráfico o de una efectiva trata de personas, lo que implica siempre explotación, es decir, que estén realmente afectados bienes tales como la libertad ambulatoria o la libertad sexual de la víctima. El supuesto de la parte recurrente se basa en la ubicación de la figura típica bajo el párrafo “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”, y en las definiciones que sobre tales tópicos entregan los respectivos Protocolos de Palermo, de suerte tal que, sin la explotación de la víctima, que es propia tanto de la trata como del tráfico, no podría haber delito.

4.- Que la figura del artículo 411 ter, sin embargo, no exige la explotación, con la consiguiente vulneración o puesta en peligro de los bienes jurídicos libertad de desplazamiento o libertad sexual de las personas a que se refiere, pues, de exigirla, se quedaría sin sustento alguno que la diferencie de la norma del artículo 411 quáter, que sí supone —de modo explícito— que concurra violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o dependencia, con relación a la persona captada, trasladada o recibida para ser objeto de explotación sexual. Es decir, el

artículo 411 ter es una figura base, distinta a la del 411 quáter, castigando, la primera, el que se promueva o facilite el ingreso de personas extranjeras al país para que ejerzan la prostitución, en tanto no se añada ninguna circunstancia de violencia, intimidación, abuso o engaño, ya que, de concurrir cualquiera de tales formas de explotación de la debilidad ajena, la conducta se deslizará al tipo del artículo siguiente, cuya pena es mayor. La cuestión del bien jurídico protegido, entonces, respecto del artículo 411 ter, es una discusión relativa a lo que quiera resguardar la norma penal en abstracto, y por eso la doctrina entrega diversas respuestas, sin perjuicio de la crítica que *de lege ferenda* pueda hacerse, si no se estima que exista realmente un bien de la relevancia suficiente detrás de la figura, como para sostener su amenaza penal. Pero no se puede pretender que en el caso concreto falte una afectación a un bien jurídico que, según el defensor, debiera ser de aquellos en verdad resguardados en una figura típica diferente. Por eso es que los falladores se hacen cargo de las opiniones doctrinales que apuntan a los posibles bienes jurídicos protegidos por el tipo del artículo 411 ter, como por ejemplo la seguridad de la persona trasladada al país para ejercer la prostitución. En suma, el tipo del 411 ter no es una hipótesis de explotación, como sí lo es el 411 quáter, y por ende que aquélla no exista es condición del tipo, para no derivar en el que le sigue, como antes se indicó.

5.- Que la actividad desplegada por el acusado no corresponde, efectivamente, a la conducta descrita como trata de per-

sonas por el Protocolo de Palermo sobre este tema, en su artículo 3º, pero eso nos lleva sólo a constatar que la figura del artículo 411 ter de nuestro Código Penal no puede calificarse, técnicamente hablando, como de delito de trata, pero de ahí no se sigue que no constituya un tipo penal, más allá de los reparos que legítimamente puedan formularse respecto de su existencia.

6.- Que otro tanto puede decirse respecto del artículo 3º, letra a), del Protocolo de Palermo sobre Tráfico de Migrantes: los jueces no lo infringen porque no condenan sobre su base, sino sobre el de una norma penal nacional vigente, que tampoco contradice a aquel artículo del pacto internacional, sino que en verdad simplemente le es ajena, pues no se encuadra en su descripción.

7.- Que, de este modo, la primera infracción denunciada en el recurso no se ha cometido y, por ende, a su amparo, el recurso no puede prosperar.

8.- Que la segunda infracción denunciada dice relación con los artículos 1º, 7º y 367 del Código Penal, respecto del delito N° 6, que los jueces dieron por acreditado en su fallo, y por el cual condenaron al recurrente, consistente en haber promovido y facilitado la prostitución de una menor de edad, ilícito que se dio por establecido en grado de tentativa. Sostiene la defensa que el artículo 7º del Código Penal exige, para que exista tentativa, que el inicio de ejecución sea inequívoco, y como aquí no se estableció que la menor llegara, en los hechos, a mantener una relación sexual pagada con ningún cliente, no aparece la conducta inequívoca de fa-

vorecimiento de la prostitución que la sentencia supone.

9.- Que, como el propio recurso transcribe, los falladores dieron por establecidos como elementos fácticos inamovibles, que los imputados “promovieron y facilitaron la prostitución de la menor de edad...”, y agregan que su conducta consistió en: “consentir y autorizar que trabajara en el local mencionado, con el afán e interés pecuniario de prostituirla, para satisfacer los deseos de los clientes del lugar”, y añaden que la precisa adolescente de que ahora se trata “realizó conductas de connotación sexual en el local”, incluyendo exhibición de su cuerpo y bailes eróticos, y antes habían indicado que las señaladas conductas tendían a lograr la excitación de los clientes del local, enunciando además los destinos buscados de tocamientos y derechamente relaciones sexuales, a cambio de paga. Es decir, los magistrados describen una conducta y un ánimo, de parte del recurrente, que claramente consiste en una tentativa de prostituir a la menor de edad. Ante todo, el fallo dice explícitamente que el local de que se habla era un prostíbulo (motivo vigésimo cuarto, letra c), dicen también que la adolescente fue aceptada como trabajadora en ese sitio conociéndose su menoría de edad, que realizaba allí conductas de connotación sexual y que su objetivo era llegar a excitar a clientes para que practicasen el acto sexual con ella, a cambio de una prestación pecuniaria. Parece difícil negar que esa conducta —la del sujeto activo que favorece la presencia de la adolescente en el lugar para los fines precitados—

configura actos claros y directos de promoción de la prostitución infantil, al menos en su etapa imperfecta, porque lo que no se probó que se concretara fue el acto de la menor misma, manteniendo relaciones sexuales por dinero, con lo cual la conducta se habría consumado sin duda, y si ello no ocurrió fue por circunstancias ajenas a la voluntad del sentenciado, como también lo dicen los jueces, de modo que éstos, al condenar por dicho ilícito en *iter criminis* de tentativa, no infringieron ninguna de las normas citadas por el recurso.

10.- Que el tercer capítulo de nulidad, subsidiario de los otros dos, se refiere a que en concepto del recurrente se vulneraron los artículos 411 ter, 63 inciso 2º, 67 y 68 del Código Penal, y artículo 351 del Código Procesal Penal, porque entiende que el artículo 411 ter engloba en su descripción típica la reiteración, en cuanto el sujeto pasivo es plural, lo que responde a la idea de que se trata de un delito de emprendimiento o de empresa, de suerte que, al condenarse en el fallo atacado según la regla del concurso contemplada en el artículo 351 inciso primero del Código Procesal Penal, por tres casos distintos, calificando cada caso como un delito separado, se arribó a una pena superior a la que legalmente correspondía.

11.- Que el delito de que se trata refiere en su descripción típica, es verdad, un sujeto pasivo plural (“personas”) y eso se justifica porque su hipótesis se encuadra dentro de lo que puede considerarse una empresa, aunque ilícita. No se trata de que el delito no se perfeccione si la persona cuya entrada al país se

facilita para prostituirse fuere una sola. Desde luego que en esa hipótesis hay delito, pero, como la actividad penalmente perseguida corresponde efectivamente al desarrollo de un negocio o empresa –la prostitución lo es, sin duda, y aquí lo es en su variante de internación de personas al país para ejercerla–, el hecho punible es uno solo, con independencia de cuántas sean las personas a quienes se facilitara su ingreso para prostituirse, o de cuántas actuaciones fácticas, incluso temporalmente separadas, de contratación o facilitación de ingreso al país de tales personas, se trate. La reiteración, pues, tal como dice la defensa recurrente, está *a priori* considerada en el tipo, y por tanto en la especie Alarcón no cometió varios delitos de esta índole, sino uno solo, y con ello ya aparece infringido el artículo 351 del Código Procesal Penal, y también el propio 411 ter del Código Penal, por parte de los jueces del grado.

12.- Que, en cuanto a la influencia que esas infracciones tengan en lo dispositivo, hemos de reparar en que la sentencia atacada condenó al mismo Juan Pablo Alarcón como autor del delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 411 quinquies, estimando que ese ilícito fue medio necesario para cometer los varios que los jueces creen ver, castigados en el 411 ter del Código Penal. Siendo así, el tribunal de la instancia decidió aplicar la pena mayor asignada a este último delito, la que luego aumentó un grado por la reiteración que vio al respecto, y luego al resultante lo rebajó un grado por concurrir dos atenuantes, arribando así, finalmente,

a una sanción única de reclusión menor en su grado máximo.

13.- Que, si reconducimos los casos de favorecimiento de ingreso al país de personas para prostituirse a un delito único, como se ha estimado del caso hacer por esta corte, se tiene que practicada la maniobra de adecuación de pena por el concurso ideal con la asociación ilícita, la sanción aplicable es la de reclusión menor en su grado máximo, propia del tipo del 411 ter, sin que quepa elevar enseguida esa pena, pues el delito de la recién señalada figura es único y, por ende, no tiene aplicación aquí el mecanismo del artículo 351 del Código Procesal Penal. Enseguida, ha de reducirse un grado por la concurrencia de atenuantes, sin que quepa decir, como lo hizo el Ministerio Público ante estrados, que de todas formas no haya influencia en la pena final porque siempre pudo no reducirse la sanción, pese a las atenuantes reconocidas. No puede decirse tal cosa, antes incluso de dilucidar el tema de si la rebaja es en sí obligatoria, más allá de que sea facultativo el *quantum* de ella, porque en la especie los jueces sí efectuaron la reducción en un grado, de modo tal que es obvio que lo que fijó la pena en reclusión menor en su grado máximo, y no medio, fue únicamente la reiteración que se creyó ver, y que hemos descartado en este fallo.

14.- Que, en consecuencia, cabe acoger la nulidad parcial solicitada en subsidio y, en fallo de reemplazo, imponer la pena que en derecho corresponde por dos delitos concurrentes en concurso ideal: el de asociación ilícita para

delinquir y el único de facilitación de entrada de personas al país para ejercer la prostitución, de que el sentenciado Alarcón es responsable en calidad de autor.

15.- Que la nulidad referida no se extenderá a otros sentenciados, ya que sólo Juan Pablo Alarcón Miranda resultó condenado por varios hechos de facilitación de entrada del país a personas para prostituirse, entendiéndolos como delitos diferentes. En lo que respecta a los otros acusados, con relación al tipo del artículo 411 ter del Código Penal, Gonzalo Muñoz Cerda fue condenado sólo como encubridor de un ilícito (referido a la persona cuyas iniciales son N.C.F.); Luz García Molina fue sancionada como autora del mismo delito único respecto de la persona cuyas iniciales son N.C.F., y, finalmente, Héctor Mena Olivares no fue condenado por esta figura.

Y visto, además, lo dispuesto por los artículos 358 y 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad intentado por la defensa de Juan Pablo Alarcón Miranda contra la sentencia de instancia, sólo en cuanto en ella se le condenó a una pena de cuatro años de reclusión menor en su grado máximo como autor de un delito de asociación ilícita y tres delitos de los previstos y sancionados en el artículo 411 ter del Código Penal, y a la consecuente imposición de una pena sustitutiva que consideró ese tiempo en la base de su cálculo, dejándose sin efecto todo ello, para reemplazarlo en la forma que a continuación y separadamente se dirá. No se acoge, en lo demás, el recurso de nulidad impetrado por esa defensa.

Acordada en cuanto acoge parcialmente el recurso, contra el voto del Ministro Sr. Mera, quien estuvo por desestimar totalmente el reclamo, en virtud de las siguientes razones:

1°.- Que el tipo penal del artículo 411 ter emplea la voz “personas” para referirse al sujeto pasivo, sin ninguna connotación de exigencia de pluralidad de víctimas, y sin pretender tampoco incluir con ello la reiteración posible, para englobar todos los casos como un solo delito, ya que no se trata, en concepto del disidente, de un ilícito de empresa. Esto porque, de una parte, el emprendimiento en sí mismo, si de organizar el ingreso de personas para estos fines se trata, está dado por la asociación ilícita y, de otro lado, el negocio que está detrás no es el ingreso de personas al país para prostituirse, sino la prostitución en sí misma, como negocio manejado por terceros, empresa que no puede estar comprendida en el tipo, porque es lícita y para llevarla adelante no es requisito *sine qua non* facilitar o promover el ingreso de personas al país, pudiendo llevarse a cabo contratando personas, sean chilenas o extranjeras, que residan en el territorio nacional. Luego, el promover o facilitar ese ingreso ni es en sí mismo emprendimiento alguno, ni es tampoco parte o trámite necesario del negocio de la prostitución. Por fin, y lo más relevante, el tipo de que se trata considera como víctimas a las personas traídas al país para prostituirse, y por ende cada una de ellas, al estar afectada en sus personalísimos derechos, no puede sino dar lugar a un delito distinto al que se refiera a las demás afectadas.

2°.- Que, por tanto, para este disidente, existirán tantos delitos como personas sean aquellas cuyo ingreso se promueve o facilita, lo que es tanto más claro cuando, como en este caso, se ha operado además en tiempos y lugares distintos, contratando personas en diversos países para que vinieran a prostituirse a Chile, de suerte tal que, entendiendo este Ministro que efectivamente estamos ante varios delitos de los contemplados en el artículo 411ter del Código Penal, no se infringió por los señores jueces *a quo* norma penal ni procesal alguna.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Sr. Mera.

Pronunciada por la Tercera Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, integrada por los Ministros Sr. Raúl Mera Muñoz, Sra. Silvana Donoso Ocampo y la Abogada Integrante Sra. Sonia Maldonado Calderón.

Rol N° 2444-2017.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Valparaíso, diecinueve de enero de dos mil dieciocho.

VISTOS:

De la sentencia apelada se reproducen todos sus razonamientos, con la sola excepción de los párrafos primero, tercero, cuarto y quinto del motivo trigésimo primero y de los subtítulos del motivo décimo sexto.

Se reproducen asimismo todas las decisiones de la parte resolutive, con la sola excepción de la resolución signada como V letra a) y de la mención que se hace a Juan Pablo Alarcón Miranda en el primer párrafo de la decisión XI.

Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:

1.- Que, como dice incluso el primer párrafo del motivo décimo sexto del fallo parcialmente anulado, los hechos signados como 3°, 4° y 8° en el fundamento décimo tercero constituyen “el delito” previsto y sancionado en el artículo 411ter del Código Penal, pues en efecto, y como ya se dijo en la sentencia de nulidad, ese ilícito es único por estos tres casos, al estar incluida esa reiteración en la descripción típica, desde que se trata de un delito de emprendimiento.

2.- Que, siendo así, los tres hechos atinentes al tipo recién citado configuran una infracción única, con la que a su turno se relaciona el hecho constitutivo del delito de asociación ilícita establecido en la causa, mediante vínculo de medio a fin, porque la asociación tuvo precisamente como objeto el promover y facilitar la contratación y traslado a Chile de personas para prostituirse, de suerte que fue el medio que permitió cometer el segundo ilícito, por lo que corresponde aplicar a este encausado, por esos dos delitos, una sola pena según la regla del artículo 75 del Código Penal, debiendo entonces imponerse para este concurso la sanción mayor establecida para el delito más grave. El delito más grave es el del artículo 411ter, que ya dijimos único, y la sanción legal es un grado de una divisible de suerte que no cabe de hablar de la “pena mayor” para esta figura. En suma, la pena base, por el concurso ideal referido, es la de reclusión menor en su grado máximo.

3.- Que operan ahora las dos atenuantes reconocidas por los jueces en la parte vigente del fallo, y por ende cabe

mantener la reducción en un grado de la sanción recién referida, con lo que, por fin, resultará castigado Alarcón con quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio, como pena única por los dos delitos; esto es, asociación ilícita y facilitación del ingreso al país para ejercer la prostitución, de varias mujeres extranjeras.

4.- Que, dado que en definitiva subsistirán para este acusado dos penas: la de reclusión menor en su grado medio que acabamos de mencionar, y la de presidio menor en su grado mínimo, referida a otro delito y que no fue alcanzada por la nulidad en los términos en que se acogió, el total de ambas suma 841 días de privación de libertad, lo que en principio permitiría la sustitución por la pena de remisión condicional, pero por mandato del artículo 4º, inciso final, con relación al 15 bis, letra b), de la Ley Nº 18.216, se mantendrá para este acusado la pena substitutiva de libertad vigilada intensiva acordada en el fallo parcialmente anulado, aunque ajustada al tiempo de duración de la suma de ambas penas.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 67 y 75 del Código Penal, artículos 15 y 15 bis de la Ley Nº 18.216 y 358 y 384 del Código Procesal Penal, se declara:

Que se condena a Juan Pablo Alarcón Miranda, además de la sanción no anulada de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo impuesta por otro ilícito, a la pena corporal única de quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y multa de diez unidades tributarias mensuales, como autor de

dos ilícitos en concurso ideal, a saber: a) asociación ilícita para cometer delito de internación de personas al país para ejercer la prostitución, previsto y sancionado en el artículo 411 quinquies de nuestro Código Penal, con relación a los artículos 292 y siguientes y artículo 411 ter del mismo texto, y b) facilitación del ingreso de personas al país, desde el extranjero, para que ejercieran la prostitución, previsto y sancionado en el artículo 411 ter del Código del Ramo.

Concurriendo los requisitos legales se sustituye el cumplimiento de las mencionadas dos penas corporales que le han quedado impuestas al sentenciado Juan Pablo Alarcón Miranda, por la de libertad vigilada intensiva durante el lapso de ochocientos cuarenta y un días (841), debiendo presentarse al Centro de Reinserción Social correspondiente a su domicilio dentro de quinto día desde que este fallo quede ejecutoriado, bajo apercibimiento de despacharse orden de detención en su contra. El sentenciado deberá cumplir el plan de intervención judicial y las condiciones legales en los mismos términos referidos en el segundo párrafo de la decisión XI del fallo parcialmente anulado.

Se previene que el Ministro Sr. Mera, por las razones ya expresadas en su voto de minoría en la sentencia de nulidad, estuvo por mantener la sanción relativa al concurso ideal entre las figuras de asociación ilícita y las del artículo 411 ter del Código Penal, consideradas éstas como reiteradas, aplicadas a Alarcón Miranda en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Sr. Mera.
Pronunciada por la Tercera Sala de
la Il^{ta}. Corte de Apelaciones de Val-
paraíso, integrada por los Ministros Sr.

Raúl Mera Muñoz, Sra. Silvana Donoso
Ocampo y la Abogada Integrante Sra.
Sonia Maldonado Calderón.
Rol N° 2444-2017.