

EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES, CON ESPECIAL
REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN CHILENA *

CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA**
Universidad de Chile

SUMARIO: I. El derecho penal de trascendencia internacional. II. Breve precisión terminológica. III. Obligaciones del Estado de Chile en lo relativo al tráfico de migrantes. IV. Valoración del cumplimiento de estas obligaciones. V. La tipificación chilena del tráfico de migrantes: el artículo 411 bis del Código Penal. VI. Breve referencia a la relación entre los artículos 411 bis y 411 ter. VII. Breve referencia al artículo 411 quinquies, sobre asociación ilícita. VIII. Conclusiones y reflexiones finales.

PALABRAS CLAVE: Tráfico de migrantes, obligación de incriminación, derecho penal de trascendencia internacional.

I. EL DERECHO PENAL DE TRASCENDENCIA INTERNACIONAL

En los últimos siglos ha primado el entendimiento de que cada Estado es dueño, soberanamente, de darse el derecho penal que estime pertinente, incriminando las conductas que estime convenientes y estableciendo las penas que le parezcan adecuadas conforme a sus parámetros domésticos. Si bien esta continúa siendo la regla general, en las últimas décadas hemos sido testigos de cómo disposiciones de derecho internacional van adquiriendo influencia en los derechos penales internos. Esto ha sucedido por varias vías y ya no solamente –como venía ocurriendo– con las regulaciones relativas a formas de cooperación judicial internacional en materia penal o las normas sobre aplicación extraterritorial del derecho penal, sino también en el campo del derecho material: por una parte, en el ámbito de las penas, se proscriben las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, tema que no trataré, pero cuya reflexión apremia en nuestro medio; por otra, en el ámbito de las conductas punibles. En esta última esfera, estimo que pueden distinguirse dos fenómenos: por una parte, a lo menos desde la segunda posguerra, los Estados

* Este trabajo fue impreso originalmente en libro en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Su publicación en la RCP persigue darle una mayor difusión, atendido a que se trata de un delito que comienza a ser relevante para la práctica penal.

** Doctora en derecho (Dr. iur.), contacto: ccardenas@derecho.uchile.cl.

vienen ratificando con cierta regularidad convenios que en algunas de sus disposiciones contienen obligaciones de incriminación (es el caso del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, en su artículo 6)¹, y, por otra parte, el derecho internacional incrimina directamente conductas que, sobre todo en la última década, varios Estados han considerado pertinente sancionar también en sus órdenes internos.

Todo esto se incluye en lo que se da en llamar derecho penal de trascendencia internacional². Esa trascendencia internacional del derecho penal tiene dos fuentes principales, que pueden concurrir conjuntamente: puede que las conductas en cuestión atenten contra bienes que atañen a toda la comunidad de Estados o que, por razones prácticas, se trate de conductas cuya investigación y persecución no serán efectivas si las realiza un Estado aisladamente³. En el caso particular del tráfico de migrantes se da al menos el último de los supuestos.

II. BREVE PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Este trabajo utilizará la noción de tráfico de migrantes del Protocolo Complementario contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Conforme a su artículo 3, se entiende por tráfico de migrantes la “facilitación de la entrada ilegal al país de una persona no nacional ni residente, para obtener un beneficio material”. En estos términos, la conducta de tráfico se puede distinguir de la de trata de personas, que el respectivo Protocolo⁴ (artículo 3) entiende 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 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

¹ Ese tratado se conoce como Protocolo de Palermo sobre tráfico de migrantes. Otro ejemplo particularmente relevante es la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 4: “1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura. 2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”.

² WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, (Valencia, 2011), pp. 103 y ss.

³ WERLE, G., ob. cit., p. 102.

⁴ 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, aprobado en Palermo el año 2004 (conocido como Protocolo de Palermo contra la trata de personas).

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”.

Ambas conductas suelen confundirse en su denominación, tanto porque es común que fenomenológicamente vayan unidas (una persona que ingresa ilegalmente a un Estado queda por ese solo hecho en una situación de desamparo que la hace fácil presa de trata) como porque en inglés se utiliza los términos *human trafficking* para referirse a la trata de personas. Este texto se referirá, entonces, al tráfico de migrantes, entendido como la “facilitación de la entrada ilegal al país de una persona no nacional ni residente, para obtener un beneficio material”.

III. OBLIGACIONES DEL ESTADO DE CHILE EN LO RELATIVO AL TRÁFICO DE MIGRANTES

En la actualidad, y a nivel mundial, el tráfico de migrantes es una actividad económica de la que se ocupan organizaciones. Al tratarse de una actividad criminal, dichas organizaciones constituyen criminalidad organizada, que lucra de la realidad de las personas que migran, usualmente buscando mejores condiciones de vida y escapando de situaciones a menudo apremiantes. El Estado de Chile ratificó, en noviembre de 2004, dos tratados relevantes en la materia: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo Complementario contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

El Protocolo, en particular, luego de especificar, en su artículo 4, que se aplicará, salvo disposición en contrario, a delitos de carácter transnacional y que “entrañen la participación de un grupo delictivo organizado⁵, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos”, define lo que ha de entenderse por tráfico de personas (artículo 3, letra a)⁶ y obliga a sus Estados Parte a incriminar una serie de conductas descritas en su artículo 6:

“Artículo 6. Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

a) El tráfico ilícito de migrantes;

⁵ Que es definido por la Convención contra la Delincuencia Organizada como “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (artículo 2º apartado a).

⁶ Cfr. *supra*.

b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:
i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;
ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento;
c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1º del presente artículo;

b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1º del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1º del presente artículo;

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1º del presente artículo.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1º del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2º del presente artículo toda circunstancia que:

a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o

b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno”.

Chile, como Estado Parte del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, complementario de Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ha asumido las obligaciones de incriminación que han quedado enunciadas.

IV. VALORACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE ESTAS OBLIGACIONES

A continuación se revisará el derecho chileno vigente teniendo como referencia las obligaciones de incriminación recién reseñadas, distinguiendo entre la obligación de penalizar el tráfico de migrantes, las referidas a otros documentos de

viaje o identificación, las relacionadas con habilitar la permanencia ilegal, la de castigar grados de ejecución imperfectos de los delitos y formas de participación en ellos, las de prever ciertas circunstancias agravantes de responsabilidad penal y a las conductas de organizar o dirigir a otras personas en la comisión de los delitos.

1. Tráfico en sentido estricto

Luego de una discusión parlamentaria de más de seis años, desde abril del año 2011 el derecho chileno cuenta con una tipificación del tráfico de migrantes⁷ en el inciso primero del artículo 411 *bis* del Código Penal⁸:

⁷ El 8 de abril de este año se publicó la Ley N° 20.507, que “tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”. Mediante esta ley se modifica el Código Penal, introduciéndose el párrafo 5° bis en el Título VIII del Libro II, bajo la denominación: “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”. Hasta abril de 2011, no estaba tipificado el tráfico de migrantes, sino que sólo existían y subsisten disposiciones penales que sancionan al migrante que no cuente con la documentación en regla para ingresar (Decreto Ley N° 1.094 de 1975, artículo 68: “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta. En estos delitos no procederá la remisión condicional de la pena. Lo dispuesto en este artículo no regirá en el caso que el extranjero efectúe la declaración del inciso segundo del artículo 35”) o intente ingresar clandestinamente (Decreto Ley N° 1.094 de 1975, artículo 69: “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”). El traficante sólo era sancionado si incurría en hipótesis de participación de las conductas antes descritas. Éste parece haber sido uno de los factores para que dicha conducta aumentara en Chile. Junto con otros, como una percepción de mejores oportunidades económicas y mayores trabas de ingreso en Estados que hasta entonces eran destino preferente de los migrantes, puede suponerse que la escasa entidad del riesgo para el traficante fue un aspecto relevante. Existe también un castigo para las empresas de transporte que conduzcan al territorio nacional a extranjeros que no cuenten con la documentación necesaria, pero la pena es sólo de multa. La única figura penal que en los hechos podía abarcar casos de tráfico era el hoy derogado artículo 367 bis del Código Penal, cuya figura base subsiste en el 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), pero que no tenía como elemento del delito que el ingreso haya sido ilícito. También preexiste y subsiste a la tipificación del tráfico de migrantes el artículo 292 del Código Penal, sobre asociación ilícita. Resultan particularmente relevantes los objetos de atentar contra el orden social y contra las personas.

⁸ En vigencia por la Ley N° 20.507, que tuvo su origen en una moción presentada por la diputada María Antonieta Saá y los diputados Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Guillermo

“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 ley chilena tipifica el tráfico de migrantes de un modo que satisface la obligación específica que emana de la ratificación del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. Hace incluso más de lo necesario, pues en el derecho chileno no se hace una restricción para aplicar el tipo solamente cuando actúe la criminalidad organizada⁹. La única referencia a una asociación para cometer el delito está en el artículo 411 *quinquies* del Código Penal. También se contempla, además de la conducta de facilitar la entrada al país, la de promover dicha entrada, en circunstancias en que este último no se encuentra como verbo rector en el tratado (sí en la tipificación del artículo 318 *bis* del Código Penal español).

El “fin de obtener un beneficio material” se traduce en la exigencia de un “ánimo de lucro”.

2. Obligaciones relativas a documentos de viaje o identificación

El artículo 6, párrafo 1º, letra b, del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire obliga a los Estados Parte del tratado a tipificar la creación (i), facilitación, suministro o posesión (ii) de un documento de viaje o identificación falso con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes y para obtener un beneficio material.

Lo que ha de entenderse por documento de viaje o identidad falso a efectos del Protocolo lo explica su artículo 3:

“c) Por ‘documento de identidad o de viaje falso’ se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad:

i) 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

ii) Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o

iii) Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo”.

Ceroni Fuentes, José Antonio Galilea Vidaurre, María Eugenia Mella Gajardo, Adriana Muñoz D’Albora, Alejandro Navarro Brain, Osvaldo Palma Flores, Jaime Quintana Leal, María Antonieta Saá Díaz. Cfr. el documento “Historia de la ley”, p. 4.

⁹ Conforme al artículo 4 del Protocolo de Palermo sobre tráfico de personas.

No habiéndose realizado cambio legislativo alguno al respecto en la Ley N° 20.507, cabe examinar si el derecho vigente recoge de alguna manera estas incriminaciones. En el Código Penal chileno se prevé como conducta punible respecto del pasaporte, hacer uno falso; mudar, en uno verdadero, “el nombre de la persona a cuyo se halle expedido, o el de la autoridad que lo expidió, o que altere en él alguna otra circunstancia esencial” (artículo 200), y en el artículo 199 prevé el castigo del “empleado público que expidiera un pasaporte o porte de armas bajo nombre supuesto o lo diere en blanco”. En ninguno de los casos se requiere actuar con ánimo de lucro. Respecto de otros documentos de identidad rigen las disposiciones generales del artículo 193 y siguientes del Código Penal, que se refieren a las falsedades documentales, previendo en sus artículos 193 y 194 el castigo de quien cometiere falsedad:

“1° Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.

2° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.

3° Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.

4° Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.

5° Alterando las fechas verdaderas.

6° Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.

7° Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.

8° Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial”.

En lo tocante a las conductas realizadas a partir del documento falso, en lugar de la facilitación, suministro o posesión, en Chile sólo se castiga el uso de pasaporte falso¹⁰ (artículo 201). Ello implicaría castigar al migrante objeto de tráfico, lo que queda permitido por el artículo 6, párrafo 4°, del Protocolo de Palermo sobre tráfico de migrantes¹¹.

Hay, por tanto, lagunas en el cumplimiento de las obligaciones de incriminar derivadas de la ratificación del Protocolo de Palermo en este ámbito.

¹⁰ O de uno verdadero expedido a favor de otra persona.

¹¹ El artículo 5 del Protocolo de Palermo sobre tráfico de migrantes señala que “[l]os migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo”, lo cual deja claro que los Estados no pueden ampararse en el protocolo para tipificar, pero por cierto quedan a salvo sus poderes generales de incriminación, al no existir tampoco una prohibición en tal sentido, por lo que nada en el Protocolo obsta a que se sigan aplicando las sanciones previstas en el ordenamiento chileno.

3. *Habilitar la permanencia ilegal*

El artículo 6, párrafo 1º, letra c), del Protocolo de Palermo para el tráfico de migrantes obliga a los Estados Parte a incriminar la conducta de habilitar, por un medio ilegal, la permanencia de una persona en el Estado sin que concurren los requisitos para que permanezca; todo esto para obtener un beneficio material.

A pesar de las reiteradas referencias en el documento titulado “Historia de la ley” (Nº 20.507), ya que mediante ella se pretendía cumplir con las obligaciones de los Protocolos de Palermo¹², respecto de esta conducta no hubo siquiera una discusión que haya quedado plasmada en la historia del establecimiento de la ley, a pesar de que sí hubo una mención del supuesto.

La entonces diputada Valcarce da un ejemplo que, señala, es de ordinaria ocurrencia: “Quienes vivimos en Arica, entendemos muy bien el problema. Allí, los peruanos, gracias al convenio de libre tránsito entre Arica y Tacna, cuentan con la posibilidad de permanecer durante siete días, de forma legal, en la provincia de Arica. En consecuencia, no existe ilegitimidad alguna mientras no pretendan atravesar la frontera hacia el sur del país. En innumerables ocasiones hemos sido testigos de la manera como se transporta, en forma bastante inhumana, a personas que tratan de traspasar dicha frontera en búsqueda de mejores opciones laborales. Debido a vacíos en nuestra legislación, no podían ser sancionadas”¹³.

Y, cabría agregar, hoy tampoco pueden ser sancionados, porque la legislación actual no cubre este supuesto, en que el inmigrante ha entrado al país de manera legítima, aunque su permanencia se torne ilegítima. El problema se ha discutido también en España, a propósito del Estatuto de Ceuta y Melilla¹⁴. El Estado chileno, en definitiva, se ha dejado incumplida en este punto la obligación de incriminar.

4. *Tentativa y formas de participación*

La obligación del párrafo 2º del artículo 6 del Protocolo, al referirse a una penalización “[c]on sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico [el del Estado]” de la tentativa y diversas formas de participación, queda satisfecha

¹² Documento “Historia de la ley”, pp. 8 y s., 12, 15 y s., 27, 44, 55, 66, 101, 110, 151, 153, 160 y s.

¹³ Documento “Historia de la ley”, p. 114.

¹⁴ Allí ha habido decisiones judiciales que han hecho aplicable la tipificación local de tráfico de migrantes a situaciones de permanencia ilícita por haber ingresado ciudadanos marroquíes legítimamente a Ceuta, territorio español, y luego, desde allí, otro lugar del país, ilegítimamente. Se encuentran referencias en ESCOBAR JIMÉNEZ, C., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, (Madrid, 2004), p. 1591.

en el derecho interno chileno aplicando las normas generales sobre formas imperfectas de ejecución del delito, por una parte, y autoría y participación, por otra¹⁵. Respecto de la punibilidad de la tentativa, cabe tener presente, eso sí, que parte importante de la doctrina sostiene que el delito es de mera actividad.

5. *Circunstancias agravantes de responsabilidad penal*

En el derecho chileno se prevén, para el tráfico de migrantes, las siguientes circunstancias agravantes de responsabilidad penal (artículo 411 *bis*, incisos 2º y 3º):

“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”.

En estas disposiciones se exige un peligro concreto para la vida, la integridad física o la salud del inmigrante objeto de tráfico, en tanto en el artículo 6, párrafo 3º, del Protocolo basta el peligro abstracto (“[p]onga en peligro o pueda poner en peligro”), y ese peligro se refiere la vida o la seguridad de los inmigrantes¹⁶. Si bien la disposición adoptada en la ley chilena puede estar acompañada de buenas razones para su existencia, no es posible encontrarlas al revisar la historia del establecimiento de la ley.

En cuanto a la obligación de contemplar como circunstancia agravante de responsabilidad penal cualquiera que dé lugar a su trato inhumano o degradante, puede constatarse que en el derecho chileno esta circunstancia no se contempla como agravante, sino que simplemente los delitos tipificados concursan eventualmente con otro delito, lo cual no necesariamente implica un agravamiento de la pena por esta circunstancia, atendiendo al régimen de penas que en nuestro sistema tienen el concurso ideal y el medial, que se castigan con la pena mayor asignada al delito más grave (artículo 75 del Código Penal chileno)¹⁷.

¹⁵ Artículos 7º, 15, 16 y 17 del Código Penal.

¹⁶ “Toda circunstancia que ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación”.

¹⁷ Cabe mencionar que la única explicación que en la historia del establecimiento de la ley se hace del concurso ideal es errada, en el sentido de que se entiende que no se aplicaría cuando existan delitos distintos, que es el supuesto de cualquier clase de concurso de delitos. En la segunda discusión en sala, la diputada Saá señala, al referirse a los concursos: “Por tratarse de delitos distintos se aplican las normas del concurso real, que significa sumar penas, y en ningún caso concurso ideal, que significa que se subsume un tipo en el otro. El mismo criterio para la asociación ilícita (asociación de varios con el objeto de delinquir) contemplado en el artículo 292, vale decir, que se aplique el concurso real con este delito y no el concurso ideal”. Documento “Historia de la ley”, p. 312.

En suma, visto con el prisma del Protocolo, respecto de las circunstancias agravantes de responsabilidad penal que manda prever el artículo 6, párrafo 3º, del mismo, hay una parte de la obligación que permanece incumplida.

6. *Organizar o dirigir a otras personas*

Esta conducta puede castigarse en Chile teniendo como fundamento a la parte general del derecho penal. Así, aparece directamente vinculada a la figura del inductor, de un autor mediato por dominio de estructuras organizadas de poder o de coautor, según los casos.

En la Ley N° 20.507, la referencia más cercana a organizar o dirigir a otras personas en la comisión de las conductas a las que se refiere el artículo 6 del Protocolo de Palermo está prevista como conducta punible, para el tráfico de migrantes, en el artículo 411 *quinquies* del Código Penal, conforme al cual “[l]os que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos de este párrafo serán sancionados, por este solo hecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de este Código”. Con todo, el tenor literal del Protocolo parece dirigirse al gestor, a quien organiza o dirige, en tanto que el artículo 411 *quinquies* comprende a todos los miembros de la organización, al igual de lo que ocurre en el delito de asociación ilícita.

7. VALORACIÓN GENERAL

La tipificación del delito de tráfico de migrantes en la ley chilena es un ejemplo claro de influencia del derecho internacional en el derecho interno. La tipificación chilena se adecua bastante bien a la descripción que realiza el Protocolo del tráfico de migrantes. Sin perjuicio de ello, no se prevén como conductas punibles todas las que describe el Protocolo, como es por ejemplo el caso de habilitar, por medios ilegales, la permanencia de una persona que no cumpla con los requisitos de permanencia legal.

En la historia del establecimiento de la ley se señala reiteradamente que esta ley se dicta para adecuar nuestra legislación de conformidad con las obligaciones internacionales contraídas por Chile¹⁸ con la aprobación del mismo parlamento, pero en ningún lugar de las más de 350 páginas se individualizan esas obligaciones ni se hace el ejercicio de ver si efectivamente se cumplen. Por cierto, eso no quiere decir que la ley sea inútil, pero no deja de llamar la atención que nuestros parlamentarios —en este caso, de diversos partidos¹⁹— estén de acuerdo en un objetivo,

¹⁸ Documento “Historia de la ley”, pp. 8 y s., 12, 15 y ss., 27, 44, 55, 66, 101, 110, 151, 153, 158, 160 y ss.

¹⁹ El proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.507 se aprobó en todas las instancias por altas mayorías y con el apoyo de todos los sectores políticos.

trabajen por años en ello, y que en el proceso no haya quedado constancia de que alguien se haya cerciorado de aquello en lo que consisten los mínimos a abordar y de cómo hacerlo, discutiendo el mejor modo de tipificar conforme a nuestro derecho interno²⁰. Siendo así, no se puede saber, sino meramente especular, por qué nuestra ley en algunas ocasiones hace más de lo exigible si se realiza una interpretación del Protocolo utilizando lo que tradicionalmente se conoce como elemento sistemático (no exige que exista delincuencia organizada para castigar) y, en otras ocasiones, menos (no prevé castigo penal para todas las conductas individualizadas en el artículo 6 del Protocolo).

En suma, la Ley N° 20.503 constituye un avance de cara al cumplimiento de las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito internacional, pero, aprovechando la voluntad política aparentemente conteste en tal sentido, podría haberse al menos discutido la totalidad de las obligaciones contraídas por Chile en este punto.

V. LA TIPIFICACIÓN CHILENA DEL TRÁFICO DE MIGRANTES: EL ARTÍCULO 411 *BIS* DEL CÓDIGO PENAL

En este apartado, las reflexiones estarán centradas en el bien jurídico que se protege mediante la incriminación de esta conducta, además del tipo penal en sus aspectos objetivos y subjetivos. Cuando sea útil para ilustrar algún punto, se hará referencia al derecho comparado, en particular al español.

1. Bien jurídico protegido

En España ha tenido lugar una discusión en torno al bien jurídico protegido por el favorecimiento al tráfico ilícito de migrantes²¹ que puede ser útil para la interpretación del artículo 411 *bis* del Código Penal chileno.

²⁰ Parece haber habido un problema de comprensión: derecho obligatorio, no meras directrices. Así, la diputada Saá, al explicar la idea matriz del proyecto a la Sala de la Cámara de Diputados, señaló: “La idea matriz o fundamental de la moción es establecer una normativa integral que contenga una adecuada tipificación penal, medios especiales investigativos y normas específicas para la protección de las víctimas de los delitos de trata y tráfico ilícito de personas, acorde con el marco conceptual sugerido por los convenios internacionales ratificados por Chile, en especial los Protocolos de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, complementarios a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, ratificados por Chile el 29 de noviembre de 2004”. Documento “Historia de la ley”, pp. 32 y 95.

²¹ Que han llevado incluso a poner en duda su legitimidad, cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10-06, (2008), pp. 2 y ss.

Sobre los bienes jurídicos protegidos por la disposición española (artículo 318 *bis* del Código Penal español²²) dista de haber consenso. Distintos autores postulan diversas ideas, entre las que destacan:

– Los derechos de los inmigrantes legales ya asentados, que podrían verse deteriorados por la falta de control de las inmigraciones irregulares²³. Esto deriva de una interpretación textual del Código Penal español, donde el título VI *bis*, que contiene el artículo 318 *bis*, lleva el epígrafe “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

– La política migratoria del Estado²⁴. Incluso llega a plantearse como bien jurídico el orden socioeconómico en sentido amplio, sosteniéndose que los derechos de los inmigrantes como colectivo y el respeto de la regulación en esta materia serían

²² 1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Quando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Quando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 *bis*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.

5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

²³ Cfr., a saber, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ob. cit., pp. 3 y ss.

²⁴ CANCIO MELIÁ, M., y MARAVER GÓMEZ, M., “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en Bacigalupo, S., y Cancio Meliá, M. (coordinadores), *Derecho penal y política transnacional*, (Barcelona, 2005), p. 375. Cfr., con más antecedentes, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ob. cit., pp. 6 y ss. Para ella puede entenderse que un bien jurídico estaría dado por “aquellas condiciones de la estructura socioeconómica que se verían deterioradas por un incremento de la presión migratoria”.

sólo bienes intermedios²⁵. Se señala también, empero, que si alguno de estos fuera el bien jurídico protegido podría haber problemas con el respeto del principio de intervención mínima²⁶ o el de lesividad²⁷, que han de limitar al derecho penal.

– Derecho de todo inmigrante a alcanzar su plena integración social, lo que no logra si es objeto de tráfico²⁸. Pérez Cepeda opina, en contra de esta postura, que quien limita los sujetos del inmigrante ilegal es el propio Estado que lo recibe (quien establece los supuestos de ilegalidad y sus consecuencias), ergo, la conducta de los traficantes sería calificable sólo como participación²⁹.

– Los derechos concretos de los migrantes. Cancio y Maraver lo rechazan con el mismo fundamento ya reseñado: no sería el traficante, sino el Estado el que establece un estatuto jurídico menos favorable para ciertas personas³⁰.

– La dignidad de los extranjeros. La misma idea se expresa como “integridad moral” de los extranjeros: se considera que la tipificación tiene como fin posibilitar la punición de la degradación a la que se sometería a los extranjeros al convertirlos en mero objeto de tráfico³¹. Para Pérez Cepeda se trataría de proteger especialmente a migrantes que se encuentran en una situación de vulnerabilidad excepcional frente a ataques particularmente graves. Mediante esta tipificación,

²⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., citada en DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, (Valencia, 2003), p. 245.

²⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ob. cit., pp. 6 y ss. Es más, en pp. 11 y ss. plantea la existencia de un derecho (aún) no reconocido normativamente: la libre circulación de las personas. CANCIO MELIÁ, M., y MARAVER GÓMEZ, M., “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, S., y CANCIO MELIÁ, M., ob. cit., p. 368: “las normas administrativas que regulan la inmigración carecen de entidad suficiente para constituir un bien jurídico-penalmente protegido”. Rodríguez Mesa dice que, si ese fuera el bien jurídico protegido, habría que castigar, en primer lugar, al inmigrante, que en este caso es, sin embargo, la víctima. RODRÍGUEZ MESA, M., citado por PÉREZ CEPEDA, A., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en RODRÍGUEZ MESA, M., y RUIZ RODRÍGUEZ, M., ob. cit., p. 117.

²⁷ PÉREZ CEPEDA, A., “Globalización”, en *Tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, (Granada, 2004), p. 164.

²⁸ SERRANO PIEDECASAS, J., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en LAURENZO COPELLO, P. (coordinador), *Inmigración y derecho penal, bases para un debate*, (Valencia, 2002), p. 336.

²⁹ PÉREZ CEPEDA, A., ob. cit., p. 169.

³⁰ CANCIO MELIÁ, M., y MARAVER GÓMEZ, M., “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, S., y CANCIO MELIÁ, M., ob. cit., p. 369.

³¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal español”, en RODRÍGUEZ MESA, M., y RUIZ RODRÍGUEZ, M. (coordinadores), *Inmigración y sistema penal, retos y desafíos para el siglo XXI*, (Valencia, 2006, p. 94); PÉREZ CEPEDA, A., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en RODRÍGUEZ MESA, M., y RUIZ RODRÍGUEZ, M., ob. cit. pp. 119 y ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, F., “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en LAURENZO COPELLO, P., ob. cit., p. 289.

se pretendería que la calidad de no ciudadano no obste al respeto de la dignidad inherente a toda persona, teniendo en consideración que los sujetos activos del delito llevarían adelante conductas que implicarían un obstáculo para el desarrollo individual de la persona y la cosificarían a través del tráfico³².

Al preguntarse por el bien jurídico protegido por un delito, un punto de partida razonable es la conducta tipificada y, desde allí, dilucidar qué es lo que se afecta, lo que sufre lesión o peligro mediante esa conducta. En el caso chileno, ya que en el país no se castiga penalmente el facilitar o promover la entrada ilegal al país salvo que la conducta se lleve adelante con ánimo de lucro³³, cabría descartar las hipótesis de bien jurídico protegido en los que esa variable no es relevante (derechos de los inmigrantes ya asentados, política migratoria del Estado u orden socioeconómico, derecho de los inmigrantes a alcanzar su plena integración social).

La posición que identifica como bien jurídico la integridad moral de los migrantes parece ser la que mejor se aviene a la ley chilena, pues tanto el requisito del ánimo de lucro (salvo para los empleados públicos en el desempeño de su cargo o abusando de él) como sobre todo el empleo en la ley de la expresión “tráfico” para referirse al delito llevan derechamente a referirse a un comercio cuyo objeto material es el migrante³⁴.

Al emplear la voz “tráfico” –“traficar” significa “[c]omerciar, negociar con el dinero y las mercancías”³⁵–, está latente la utilización de la persona como mercancía por la cual se espera obtener un lucro, dejándola además en una situación de vulnerabilidad en el país de destino. Lucrar con el comercio de personas implica tratarlas como mercancía³⁶. Coincidimos con Villacampa Estiarte cuando señala que es justamente la consideración de las personas como mercancía, el trato vejatorio que importa convertir en cosas a los seres humanos, lo que se pretende evitar³⁷. La situación de vulnerabilidad posterior a la entrada al país no es imputable al

³² VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Normativa europea y regulación del tráfico de personas”, en *El Código Penal español*, en RODRÍGUEZ MESA, M., y RUIZ RODRÍGUEZ, M., ob. cit., p. 119.

³³ Haciendo salvedad del inciso final del artículo 411 *bis* del Código Penal chileno, que tipifica un delito funcionario.

³⁴ Cfr., con más antecedentes CANCIO MELIÁ, M., y MARAVER GÓMEZ, M., “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, S., y CANCIO MELIÁ, M., ob. cit., pp. 372 y ss.

³⁵ Primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (www.rae.es).

³⁶ En Chile esto es todavía más comprensible que en España, donde ha sido sostenido, aunque la figura base de tráfico de migrantes no requiere ánimo de lucro.

³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, en *Revista Penal*, (2004), p. 186, y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal español”, en RODRÍGUEZ MESA, M., y RUIZ RODRÍGUEZ, M., ob. cit., p. 94. Cfr., además, LAURENZO COPELLO, P., “La protección

traficante (en efecto, es el Estado el que decide bajo qué condiciones acepta a los extranjeros y las consecuencias de su estancia ilegal). Tampoco podemos asumir que exista o no voluntad de la persona objeto de tráfico. Más bien cabe preguntarse por qué cabría dar relevancia a los grados de voluntariedad, aceptación o conocimiento por parte del migrante, si el tipo no lo considera, y ello es plenamente compatible con la consideración de la integridad moral como bien jurídico protegido, dado su carácter de indisponible³⁸. La principal conducta descrita como tráfico de migrantes, y por lo tanto a lo que hay que atender, es el facilitar o promover el ingreso ilícito al país, de una persona que no sea nacional o residente, con ánimo de lucro.

Todo lo dicho vale para los tres primeros incisos del artículo 411 *bis* del Código Penal chileno. El inciso final se refiere a un delito funcionario, donde el bien jurídico es diverso, pretendiéndose evitar el mal uso de los cargos públicos³⁹.

2. Tipo penal del artículo 411 *bis*

i. Sujeto activo

Este primer elemento de la faz objetiva del tipo no presenta, para los primeros incisos del artículo 411 *bis* del Código Penal, mayor complejidad. Cualquier persona puede ser sujeto activo de la acción; se trata de un sujeto común (“el que”).

Sólo en el inciso final del artículo 411 *bis* se requiere un sujeto activo calificado, pero cambia también la descripción de la conducta, al no exigirse ánimo de lucro:

“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”.

El régimen particular para el sujeto activo funcionario público no obedece a una obligación de legislar, sino que la propuso el entonces diputado Juan Bustos, probablemente inspirado en la normativa española, que él mismo comentara⁴⁰.

penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 12, (2003), pp. 70 y ss., con más antecedentes.

³⁸ Por otra parte, no parece ser del todo irrelevante que el juicio de que la decisión de entrar ilegalmente a un Estado, por los riesgos que implica, rara vez será efectivamente voluntaria, pues, aun cuando no existan engaño o coacción directamente ejercidos sobre el migrante, lo corriente será que, cuando alguien decide tomar una medida semejante, percibe su entorno en el lugar de su residencia actual como más acuciante que el que tendrá en el Estado al que llegue, aun teniendo en cuenta su situación de ilegalidad.

³⁹ Sobre este delito específico haremos sólo breves menciones en este trabajo.

⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J., Obras Completas Juan Bustos Ramírez. *Derecho Penal Parte Especial*, T. III, (Santiago, 2009), pp. 509 y ss.

ii. Verbos rectores

Los verbos rectores en el artículo 411 *bis* son “facilitar” y “promover”. Se trata de un delito de hipótesis múltiple.

– “Facilitar” significa “[h]acer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”⁴¹. Ejemplos de esa conducta pueden ser entregar un pasaporte falso a una persona para que ingrese ilegalmente al país u otorgar transporte y guía para cruzar la frontera y entrar por un paso no autorizado.

– “Promover” consiste en “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”, “[t]omar la iniciativa para la realización o el logro de algo”⁴². Sería un ejemplo de esta conducta el captar a personas para proponerles su ingreso ilegal al país, tentándolos con la oferta de un trabajo con mejores condiciones y remuneración que aquellas a las que pueden acceder en el país de origen.

Se ha criticado la elección de estos dos verbos rectores, pues el facilitar puede traducirse en conductas de diversa gravedad, lo cual conculcaría las exigencias de certeza y concreción de disposiciones penales. Sería difícil distinguir a la autoría de las formas de participación⁴³ y los actos de ejecución de los actos preparatorios⁴⁴. Eso podría generar problemas con el principio de culpabilidad, al equipararse el marco penal para conductas que merecen diversa valoración⁴⁵.

iii. Objeto de la acción

Lo que se tiene como objetivo al facilitar o promover es la entrada ilegal al país, que a su vez constituye también el aspecto más claramente transnacional, pues la entrada requiere necesariamente el paso desde otro Estado al chileno. Escobar Jiménez hace notar que la entrada al país se refiere tanto el espacio terrestre como las 12 millas de mar adyacente⁴⁶.

De las nociones entregadas de facilitar y promover resulta que para que el delito se encuentre consumado no se requiere que la persona efectivamente entre al país⁴⁷,

⁴¹ Primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (www.rae.es).

⁴² Primera y tercera acepciones del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (www.rae.es).

⁴³ Se seguiría un concepto unitario de autor, PÉREZ CEPEDA, A., *ob. cit.*, pp. 209 y ss. Se explicaría porque se trata de delitos habitualmente vinculados a la criminalidad organizada.

⁴⁴ ESCOBAR JIMÉNEZ, C., *ob. cit.*, pp. 1554 y ss.

⁴⁵ Pueden aplicarse los razonamientos que al efecto nos entrega LAURENZO COPELLO, P., *ob. cit.*, pp. 78 y ss.

⁴⁶ ESCOBAR JIMÉNEZ, C., *ob. cit.*, p. 1561.

⁴⁷ PÉREZ CEPEDA, A., *ob. cit.*, p. 206.

y dicha entrada tampoco está descrita como resultado separado de las conductas de facilitar y promover. Se trata de un delito formal, que admitirá un grado de ejecución imperfecto dependiendo de si la conducta en la que concretamente se manifiesta el facilitar o el promover admite fraccionamiento material y valorativo.

En tanto, la caracterización de la entrada como ilegal constituye un elemento normativo del tipo que dependerá para su determinación de los requisitos que disponga el Estado para la entrada al país de la persona de que se trate, atendida su nacionalidad y demás circunstancias.

iv. Persona objeto de tráfico

Cualquier persona puede ser objeto del tráfico, salvo –para los efectos del artículo 411 *bis*– nacionales chilenos o personas extranjeras residentes en Chile.

Al especificarse que el delito se consuma con “una persona”, y teniendo en consideración la usual relación de este delito con la criminalidad organizada, resulta relevante preguntarse qué sucedería en caso de se facilite el ingreso ilegal de varias personas con ánimo de lucro, ¿habría sólo un delito o varios?⁴⁸. Nuestra ley entiende que la conducta llevada adelante teniendo como objeto a una persona basta para perfeccionar un atentado punible al bien jurídico. Si se hace respecto de varias personas, habría varios delitos perfectos, pues habría múltiples atentados contra bienes jurídicos personalísimos.

Permítaseme un excursus para aclarar lo que parece haber sido un malentendido durante la tramitación del proyecto de ley, donde se confundieron, en los comentarios, los elementos de la descripción de la conducta punible con la fenomenología del contexto en que puede o suele darse el tráfico de migrantes. Se trata de la relevancia que en el documento “Historia de la ley” se da a un elemento que en definitiva no es parte del tipo, cual es la voluntad del migrante. Acaso la manifestación más clara del malentendido se entrega en el Informe de la Comisión Familia, al enumerarse las principales diferencias entre tráfico de migrantes y trata de personas. Se señala allí que “[l]as víctimas de trata no han consentido en su explotación o su consentimiento se encuentra viciado. En el tráfico en cambio hay una operación comercial voluntaria”⁴⁹, dando a entender que la voluntad para la operación comercial sería la de la persona objeto de tráfico, lo cual no necesariamente es efectivo. Eso puede darse, pero no es un elemento del crimen. Baste pensar en los casos que más parecían preocupar a quienes llevaron adelante la

⁴⁸ En España se ha entendido que se trata de un solo delito, pero, claro, su tipificación hace referencia a “personas”, en tanto que la nuestra lo hace a “una persona” como objeto de la acción. A saber, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *ob. cit.*, p. 14, entiende que se trata de un delito de acumulación.

⁴⁹ Documento “Historia de la ley”, p. 46.

moción parlamentaria que daría origen a la Ley N° 20.507, los de tráfico de niños. Además, este entendimiento no concuerda ni con el del Protocolo de Palermo sobre tráfico de migrantes ni con el que en definitiva asume la ley chilena. No se torna atípico el tráfico si no se cuenta con la voluntad de la persona que es objeto de él, como ocurriría si en efecto la voluntad del traficado fuera elemento del crimen. Un eventual concurso con los delitos de secuestro, por ejemplo, o de coacción, no excluye el delito de tráfico de migrantes.

v. Circunstancias agravantes de responsabilidad penal

Como apunta Sánchez,⁵⁰ la puesta en peligro de la vida, la salud y la integridad física se fundamentan en la peligrosidad de la acción, mientras que la mayoría de edad en una mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo.

En cuanto a la puesta en peligro, este autor señala cómo, en su opinión, habría que apreciarlas. Por ejemplo, él estima que no habría de aplicarse la circunstancia agravante si el medio en que se transportan migrantes es conducido bajo los efectos de bebidas alcohólicas, o cuando vaya a exceso de velocidad; sí, en cambio, cuando a los migrantes les falta el aire. Al parecer, subyace la comprensión de que sólo en este último supuesto el peligro estaría directamente vinculado al ingreso ilícito. No existiendo, sin embargo, distinción en la ley acerca de la fuente del peligro, más allá de que la puesta en peligro sea imputable a los responsables de facilitar o promover la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional ni residente, no se encuentra fundamento para distinguir. En una línea similar, para Pérez Cepeda, cuando se exige un peligro para la vida, salud o integridad de las personas, no bastaría con que el medio de transporte sea peligroso, sino que se exige probar una efectiva puesta en peligro comprobable *ex post*⁵¹. No resulta comprensible cómo, si el medio de transporte es peligroso y en él se transporta a personas, podría no haber para ellas un peligro comprobable *ex post*.

Si el peligro se realiza y en definitiva hay homicidio o lesiones, corresponde castigar conforme a las reglas de los concursos⁵².

En la moción presentada por la diputada María Antonieta Saá y otros diputados, el 5 de enero de 2005, se hace especial hincapié en el tráfico de niños por bandas organizadas. En la ley, esta última preocupación se manifiesta en la pena más grave para el caso de que la persona objeto de tráfico sea menor de edad.

⁵⁰ SÁNCHEZ LÁZARO, F., “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en LAURENZO COPELLO, P., ob. cit., pp. 294 y ss.

⁵¹ PÉREZ CEPEDA, A., ob. cit., pp. 270 y ss.

⁵² SERRANO PIEDECASAS, J., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en LAURENZO COPELLO, P., ob. cit., p. 340.

vi. Aspecto subjetivo del tipo

Aparte del dolo respecto de todos los elementos del tipo objetivo, se requiere un elemento subjetivo adicional: el ánimo de lucro, vale decir, el propósito de obtener una contraprestación, ventaja o beneficio económicos. Como sólo se habla de ánimo, no es necesario que el lucro llegue a obtenerse⁵³. Por ello son erradas las referencias que se encuentran en el documento “Historia de la ley” al “[p]ago a traficante ya sea por el cliente o alguien a su nombre”⁵⁴ como elemento del delito.

VI. BREVE REFERENCIA A LA RELACIÓN ENTRE LOS
ARTÍCULOS 411 *BIS* Y 411 *TER*

En el artículo 411 *ter* se lee:

“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”⁵⁵.

Vale decir, se reproduce en parte el texto del derogado 367 *bis*⁵⁶ que, *prima facie* –de la mano de una interpretación que considere el que se conoce tradicionalmente como elemento sistemático–, parece que sólo habría de aplicarse en algunos casos.

En los artículos 411 *bis* y 411 *ter* del Código Penal coinciden los verbos rectores (“promover” y “facilitar”) y la entrada al país como objeto de la acción. Las diferencias están en que, en el artículo 411 *ter*, la entrada no necesariamente ha de ser ilícita y el sujeto activo no necesariamente debe actuar con ánimo de lucro. De no existir alguno de estos elementos, o ninguno, podría aplicarse esta figura penal. En definitiva, el artículo 311 *ter* se aplicaría sólo a la promoción o facilitación de entradas lícitas, o cuando se actúa sin ánimo de lucro, o a los casos en los que lo que se promueve o facilita es la salida del país, siempre que como elemento subjetivo adicional al dolo exista la finalidad de que la persona que entra o sale vaya a ejercer la prostitución. Resulta curioso que, no castigándose el ejercicio de

⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., p. 518.

⁵⁴ Se menciona en la Discusión en Sala de la Cámara de Diputados, dicho por diputada Saá y también como parte de los “antecedentes de hecho” en el Informe de la Comisión de Familia. Documento “Historia de la ley”, pp. 46, 98 y 161.

⁵⁵ El proyecto original contenía esta tipificación en lugar de la de tráfico. Luego se cambió por tráfico y finalmente se repuso como artículo separado por indicación de la Presidenta de la República.

⁵⁶ “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”.

la prostitución, se castigue el facilitar o promover la entrada o salida del país para practicar dicha actividad (lícita), habida cuenta sobre todo de que, de concurrir los supuestos de trata de personas —que tiene al traslado como una de sus hipótesis—, este último delito ha de tener preferencia (artículo 411 *quater*). En general, en caso de conflicto aparente de leyes, habrá que aplicar preferentemente los tipos de trata de personas o tráfico de migrantes; el primero con un rango penal más amplio y el segundo con un máximo de la pena más alto que el que prevé el artículo 411 *ter* del Código Penal.

VII. BREVE REFERENCIA AL ARTÍCULO 411 *QUINQUIES*, SOBRE ASOCIACIÓN ILÍCITA

El artículo 411 *quinquies* señala:

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

Si bien este artículo remite a los artículos 292 y siguientes del Código Penal chileno, referidos a la asociación ilícita, lo hace sólo respecto de la sanción, no en cuanto a la conducta. Esto fluye sobre todo de la necesidad de preferir, entre las posibles, una interpretación del texto de modo de que tenga un efecto útil.

En efecto, no parece exacto señalar que la disposición en comento regula un caso especial de asociación ilícita como lo entiende nuestro derecho penal, puesto que en este caso parece no ser necesaria la permanencia de la organización en el tiempo ni tampoco algún grado o forma particular de organización. Todo ello, claro, sin perjuicio de que, al remitirse a las penas de la asociación ilícita, parece considerarse que ambas conductas son igualmente disvaliosas.

Ahora bien, sin los requisitos de una estructura jerárquica y pervivencia en el tiempo, se haría difícil distinguir los supuestos de aplicación de este artículo de los de mera coautoría⁵⁷ o de los de actos preparatorios de conspiración. Respecto de estos últimos, cabe tener presente que en la moción parlamentaria que dio origen a la Ley N° 20.507⁵⁸ se señala que se sancionará especialmente la conspiración, lo que en definitiva no ocurre, al menos bajo esa denominación. En el Informe de la Comisión de Familia⁵⁹, la subsecretaria (s) del Ministerio de Justicia señaló que “la sanción a la conspiración quedaría cubierta por la figura de la asociación

⁵⁷ Tribunal Supremo español, sentencias de 3 de mayo de 2001 y de 18 de octubre de 1998, citadas en BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., pp. 520. Más referencias en ESCOBAR JIMÉNEZ, C., ob. cit., p. 1595.

⁵⁸ Documento “Historia de la ley”, p. 14.

⁵⁹ Documento “Historia de la ley”, p. 62.

ilícita contemplada en el proyecto”. Habrá que ver los criterios de distinción que se desarrollen. Si se exigieran los mismos requisitos que para la asociación ilícita de los artículos 292 y siguientes del Código Penal chileno, el artículo en comento pasaría a ser absolutamente superfluo⁶⁰.

VIII. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Entre los desafíos del derecho penal, un lugar preponderante lo ocupa el tratamiento de la criminalidad organizada. Ella ha obligado a los Estados a acciones conjuntas, que a menudo toman forma como derecho penal de trascendencia internacional (*transnational criminal law*).

El tráfico de migrantes es un ejemplo de delito de trascendencia internacional, tanto por el carácter necesariamente transnacional de su comisión (y por lo tanto de su investigación) como por el bien jurídico que resguarda, cual es la integridad moral de las personas. Con la ratificación del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, complementario de Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Estado de Chile asumió una serie de obligaciones de incriminación relacionadas con el tráfico de migrantes. La Ley N° 20.507, anunciada como el instrumento para cumplirlas, no logró ese objetivo a cabalidad.

El artículo 411 *bis* del Código Penal chileno contiene dos tipos penales con elementos comunes, pero también con importantes diferencias. Por una parte, el tráfico de migrantes, que implica comerciar con personas, esperando lucrar mediante el facilitar o promover su ingreso ilegal al país. Dicho delito puede cometerlo cualquier persona. Por otra, un delito funcionario, al que se refiere el inciso final de ese artículo, en el que, fuera de requerirse un sujeto activo calificado, se modifica de manera importante la faz subjetiva del tipo, al no requerirse ánimo de lucro. En el primer caso, lo que se protege mediante la tipificación es la integridad moral del individuo objeto de comercio. En el segundo, lo que se pretende evitar mediante la tipificación es el uso de los cargos públicos para facilitar o promover conductas ilegales.

El crimen organizado se desarrolla, como las actividades lícitas, preferentemente allí donde hay oportunidades para comerciar. No es de extrañar, entonces, que los tráfico ilícitos que más dinero mueven en el mundo sean los de armas, de drogas y de personas.

⁶⁰ Cfr. sobre el particular, para el caso español, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Normativa europea y regulación del tráfico de personas”, en *El Código Penal español*, en RODRÍGUEZ MESA, M. y RUIZ RODRÍGUEZ, M., ob. cit., p. 154.

Es incuestionable que han sido los Estados los que han creado las condiciones para que exista un mercado, al poner trabas a la libre circulación de las personas⁶¹. El tráfico de personas es una conducta punible que sólo es posible en este contexto; presupone que la entrada de una persona no nacional ni residente puede ser ilícita, como requisito para que alguien “emprenda” pretendiendo lucrar, facilitando o promoviendo que se burlen las prohibiciones estatales. Con todo, al exigirse el ánimo de lucro o el mal uso de un cargo público, está claro que, al menos en nuestro derecho, lo que tiene relevancia en el delito de tráfico de migrantes no es la burla de las prohibiciones estatales de ingreso, sino el ejercer un comercio que tenga por objeto a seres humanos o hacer mal uso del cargo público, según los casos.

El ámbito de este delito debiera disminuir a medida que vayan siendo menos los supuestos de ingreso ilegal a un país, en tanto, cumpliéndose la progresión de los derechos humanos, la brecha entre los derechos del hombre y los del ciudadano se aminora cada vez más⁶².

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Obras completas”. *Derecho Penal Parte Especial*, (Santiago, 2007).
- CANCIO MELIÁ, M., y MARAVER GÓMEZ, M., “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, S., y CANCIO MELIÁ, M. (coordinadores), *Derecho penal y política transnacional*, (Barcelona, 2005).
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, (Valencia, 2003).
- DEL VECCHIO, G., *El derecho internacional y el problema de la paz*, (Barcelona, 1959).
- ESCOBAR JIMÉNEZ, C., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, (Madrid, 2004).
- LAURENZO COPELLO, P., “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 12, (2003).
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-06, (2008).

⁶¹ A pesar de que ya Francisco de Vitoria afirmaba en virtud de la *naturalis societas et communicatio* que hay entre todos los pueblos, la prohibición del ingreso o estadia en su territorio a quienes no lo dañen sería inhumana e irracional. Cfr. VITORIA, F., *De indis reuenter inuentis. Sect. III, De titulis legitimis*, I, citado por DEL VECCHIO, G., *El derecho internacional y el problema de la paz*, (Barcelona, 1959), pp. 93 y ss.

⁶² Sobre tal diferencia como elemento importante a considerar, y con más referencias, PÉREZ CEPEDA, A., ob. cit., pp. 303 y ss.

- PÉREZ CEPEDA, A., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en RODRÍGUEZ MESA, M., y RUIZ RODRÍGUEZ, M. (coordinadores), *Inmigración y sistema penal, retos y desafíos para el siglo XXI*, (Valencia, 2006).
- PÉREZ CEPEDA, A., “Globalización”, en *Tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, (Granada, 2004).
- SERRANO PIEDECASAS, J., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y derecho penal, bases para un debate*, (Valencia, 2002).
- SÁNCHEZ LÁZARO, F., “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y derecho penal, bases para un debate*, (Valencia, 2002).
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Normativa europea y regulación del tráfico de personas”, en *El Código Penal español*, en RODRÍGUEZ MESA, M. y RUIZ RODRÍGUEZ, M. (coordinadores), *Inmigración y sistema penal, retos y desafíos para el siglo XXI*, (Valencia, 2006).
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, en *Revista Penal*, (2004).