

TRÁFICO AGRAVADO CON FINES DE PROSTITUCIÓN Y TRATA SEXUAL.
NATURALEZA, CISURA Y REITERACIÓN DE DELITOS

TANIA GAJARDO ORELLANA
Pontificia Universidad Católica de Chile

El fallo por comentar presenta diversos aspectos interesantes. En primer lugar los hechos tienen dimensiones que pueden subsumirse en el tipo penal de tráfico agravado con fines de prostitución (411 ter) como también en el de trata de personas (411 quáter). Esta situación es interesante porque cuando hay traslado con cruce de fronteras, y finalidad de prostitución, se presenta la necesidad de delimitar estas figuras, y una pregunta crucial para ello parece ser la existencia de voluntad no viciada de la víctima y, en caso de que exista, si esta surge de un aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad por parte del sujeto activo o no, a efectos de dirimir si se está en sede de un delito de trata o de tráfico. Este primer aspecto sustantivo que tratar implica un esfuerzo para comprender en qué consiste la conducta del 411 ter y resolver si es un tipo de trata como sostiene la Corte Suprema en este fallo o es un tipo de tráfico.

El segundo tópico sustantivo de interés es el error de prohibición (subsunción) que argumentó la defensa, respecto de la prohibición de la trata con fines de explotación sexual, y del tráfico agravado por la finalidad de la trata, la defensa sostuvo que las normas de conducta le eran desconocidas a la acusada y que por su propio nivel educacional no llegó a comprenderlas. La acusada fue condenada por ambas figuras en este juicio.

Un tercer aspecto sustantivo interesante se encuentra en si estos delitos son o no posibles de catalogar como delitos de emprendimiento, y si frente a esta categoría es efectivo que no se aplican las reglas generales de concurso, como la de reiteración de delitos de la misma especie del 351 del CPP, lo que ha sido sostenido por la Corte en el fallo en comento. Esta regla general señalada por autores como Politoff, Matus y Ramírez, tendría una contraexcepción cuando se refiere a delitos de emprendimiento en contra de las personas, como es el caso de la trata, y también cuando se trata del 411 ter, aunque respecto de él ni la Corte ni los autores citados por el fallo aventuran una hipótesis de bien jurídico que dé luces acerca de si cabe a su respecto la misma contraexcepción.

Estos aspectos de interés se verán en el mismo orden en que fueron tratados en la sentencia: primero, el error de subsunción; segundo, la delimitación necesaria entre trata y tráfico agravado por la finalidad de prostitución; y

tercero, la categoría de delitos de emprendimiento y la regla de reiteración de delitos de la misma especie.

La sentencia también presenta asuntos procesales penales de interés, pero en este comentario se abordará sólo los tres tópicos penales señalados. Para ello es fundamental conocer los motivos del recurso de nulidad que conoció y resolvió la Corte Suprema, sentencia que se comenta aquí, y sucintamente los hechos que se dieron por acreditados en el juicio.

La sentencia de la Corte Suprema resuelve un recurso de nulidad impetrado por la defensa de M.S.A., quien fue condenada por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal a sufrir las penas de siete años de reclusión mayor en su grado mínimo y doce años de reclusión mayor en su grado medio, más multas y accesorias legales, por su responsabilidad como autora de los delitos descritos y sancionados en los artículos 411 ter y 411 quáter del Código Penal en carácter de reiterados, respectivamente, los que fueron perpetrados entre el 4 de febrero de 2017 y el 27 de noviembre de 2019 en su territorio jurisdiccional.

La misma sentencia condenó a la acusada ya referida al pago de \$ 10.000.000 a favor de cada una de las víctimas de iniciales S.G.R., H.C. y S.C., a título de indemnización del daño moral provocado a tales demandantes.

El recurso de nulidad se presentó invocando tres causales, la primera como principal, y las dos siguientes en subsidio. La principal, fundada en el artículo 373 letra a), refiere a argumentos procesales penales vinculados a la garantía del debido proceso, en cuanto reclama que la diligencia de entrada y registro no contó con la autorización del propietario o encargado del inmueble. Esa situación implicó que el órgano persecutor tuviera acceso a una esfera de intimidad de la acusada, que no fue autorizada por ella ni tampoco por un juez de garantía a su respecto. La causal principal señalada fue desechada por el tribunal, debido a que, a juicio de la Corte Suprema, no implicó una infracción a una garantía fundamental, necesaria para que se constituya la causal del 373 letra a) invocada, indicando que por lo demás sobre los inmuebles en los que se ejercía la prostitución, la acusada no tenía una legítima expectativa de privacidad. En esta causal no se profundizará por no tratarse de un tópico penal sustantivo de los que se adelantó se analizarían en este comentario.

De las causales subsidiarias segunda y tercera, se comentará aquí lo que se relaciona con la tercera, esto es, la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal. La segunda no ofrece mayor interés, porque se basa en la causal del artículo 373 letra e), es decir, la falta de fundamentación de la sentencia, la que fue desechada correctamente por la Corte Suprema.

En la tercera causal subsidiaria el recurrente aduce dos errores de derecho de interés, el primero es que el fallo no considera el error de prohibición en el que habría incurrido la acusada, debido a que no tenía el conocimiento

suficiente para comprender que alguna de las conductas que supuestamente ejecutó implican la realización de los tipos penales de los artículos 411 ter y 411 quáter del Código Penal, en consecuencia, solicita que se dicte una sentencia de reemplazo que absuelva a la acusada.

El segundo error de derecho que indica el recurrente es que los hechos por los que se le acusó y condenó constituyen delitos de emprendimiento y, por ende, a juicio de la defensa, deben sancionarse como un único delito y no es posible respecto de esta categoría de delitos aplicar la regla de reiteración de delitos de la misma especie del artículo 351 del Código Procesal Penal. Frente a esta causal solicita se dicte una sentencia de reemplazo que aplique correctamente la pena a la condenada.

El último error de derecho que reclama, que no es de interés para este comentario, es que la sentencia no acoge la atenuante de responsabilidad penal prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal. Vistos los argumentos de la defensa para recurrir de nulidad, en especial los errores de derecho que acá interesan, se verán en forma sucinta los hechos que se dieron por acreditados en el juicio. Estos son:

“Al menos desde el mes de febrero de 2017 al 27 de noviembre de 2019, la imputada M. E. S. A., desde distintos departamentos ubicados en Av. Santa Rosa N° 170, de la comuna de Santiago, principalmente desde el departamento 704 del mismo edificio, ha promovido y facilitado la entrada a Chile de mujeres de nacionalidad paraguaya para que ejerzan la prostitución en nuestro país. En algunos casos, aprovechando la situación de vulnerabilidad de las víctimas, las ha recibido y acogido con fines de explotación sexual.

Para ello arrendó primero un departamento ubicado en Av. Santa Rosa N° 170, Depto. 1005, comuna de Santiago. Luego, en el año 2018 arrendó con la misma finalidad el departamento y finalmente en julio del año 2019 una casa. Una vez que promovía o facilitaba el ingreso a las víctimas a Chile o cuando las recibía o acogía con fines de explotación sexual, las inscribía en la página web sexo.cl y en otros sitios web, con la finalidad de ofrecer sus servicios sexuales, los que eran prestados en alguno de los domicilios antes indicados o en el lugar que la imputada determinara, manteniendo sólo ella el primer contacto con los clientes, acordando con ellos el tipo de servicio sexual que cada una de las víctimas debía prestar. Para ello se hacía pasar por las víctimas, avisándoles a ellas con posterioridad lo que debían hacer. De la misma forma controlaba y vigilaba a las víctimas a través de cámaras de seguridad, debiendo prestar servicios sexuales todos los días de la semana por un valor de entre \$ 30.000 a \$ 50.000.- la hora, en los domicilios indicados o en los lugares donde la imputada determinara, generalmente en las comunas de Santiago o Providencia, evento en que el pago era de \$ 65.000 la hora. En el caso que los servicios sexuales se prestaran a

domicilio la imputada trasladaba a las víctimas en el vehículo utilizado por ella correspondiente al vehículo Kia, cobrándole a las víctimas por ello.

Las víctimas debían entregar al menos la mitad de los valores indicados a la imputada, además del valor del traslado, si correspondía. De la misma forma en los casos en que la imputada compraba los pasajes de las víctimas para su viaje a Chile, éstas debían pagar la deuda que cobraba la imputada por el pasaje, antes de recibir algún tipo de pago por los servicios sexuales que debían prestar”.

Esta forma de operar la realizó respecto de once mujeres, las situaciones particulares en relación con cada una de ellas fueron conocidas y juzgadas por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, el que resolvió que las conductas de la acusada respecto de ocho mujeres eran subsumibles en el tráfico para ejercer la prostitución (411 ter) y tres de ellas como trata para fines de explotación sexual (411 quáter). En ambos delitos el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal hizo el mismo ejercicio: aplicó el artículo 351 inciso primero del CPP, considerándolos un solo delito aumentando la pena en un grado en cada hipótesis. Es decir, a la trata de personas le subió un grado desde el mínimo y al tráfico agravado por la finalidad le subió un grado desde el mínimo. Con esto arribó a dos penas corporales de doce años para la trata y de siete años para el tráfico agravado, haciendo uso de la misma atenuante en ambas hipótesis para bajar la pena. Si bien los ocho tráficos agravados y las tres trata de personas entre sí son delitos de la misma especie, no es pacífico que respecto de delitos como la trata contra las personas se pueda estimar como un solo delito, y le sea aplicable el inciso primero del 351¹. En el tráfico agravado no es claro el bien jurídico, así que se reserva el comentario acerca de la posibilidad de utilizar a su respecto el inciso primero hasta que exista dicha claridad.

La Corte Suprema resolvió rechazando los dos errores de derecho invocados por la recurrente en los considerandos 12 y 13, por los siguientes argumentos:

12º) Que, en primer término, se postula que la acusada carece de conciencia de la antijuridicidad de las conductas reprochadas, en base a un supuesto desconocimiento excusable de la ilicitud de las mismas, sin embargo, tal es un asunto de hecho que, por ende, se dirimió conforme a la valoración de la prueba rendida en el juicio, valoración que llevó a los sentenciadores al final del motivo 22º del fallo a concluir que la acusada “sí conocía el riesgo jurídicamente prohibido, y que lo ejecutó con pleno conocimiento de sus consecuencias, esto es, con dolo directo”.

¹ MAÑALICH, Juan Pablo. “La reiteración de hechos punibles como concurso real” en *Política criminal*, vol. 10, N° 20 (2015), pp. 498-527.

En otras palabras, la Corte Suprema señaló que la acusada y condenada obró con dolo directo, según apreció el Tribunal Oral, lo que excluiría otorgarle tratamiento de error de prohibición. Este punto es interesante, ya que de alguna manera la Corte Suprema estaría señalando que el dolo excluye la posibilidad de error de subsunción, y no que dicho error se vincula a la culpabilidad en cuanto juicio de reproche personal, y no al dolo como elemento volitivo.

En la actualidad es dominante en la literatura nacional la tesis que le otorga un tratamiento al error de prohibición desde el supuesto diferenciado, que no excluye el dolo, centrado en reprochabilidad de la conducta². Esta posición da cuenta de la asumida y firme convicción en la dogmática penal del juicio de reproche como sustento de la culpabilidad, cuyo tratamiento no corre por la misma cuerda que el del dolo.

De alguna manera esta sentencia con dicha afirmación se retrotrae a la época en que dominaba la teoría extrema del dolo, según la cual “el error de prohibición excluye el dolo, ya que este es *dolus malus* –subjektivamente– que requiere conciencia de la antijuridicidad”³. En el fallo se sostiene que se ha probado el dolo, y directo; ergo, existiendo dolo directo no es posible concebir la existencia en este caso de error de subsunción alegado por la defensa. Lo que equivale a afirmar que el dolo y la conciencia de ilicitud circulan por el mismo carril.

La Corte Suprema desde 1998 ha dado señales de otorgar un tratamiento al error de prohibición más cercano a la teoría de la culpabilidad que a la del dolo. Bajo ésta se sostiene que el error de prohibición no excluye el dolo, debido a que no exige conciencia de la antijuridicidad, al tratarlo como un elemento dentro del tipo. Este último más bien se explica como voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, lo que no está vinculado con la conciencia de la antijuridicidad.

En el caso en comento se probó que la acusada tuvo la voluntad de actuar captando, trasladando, acogiendo y/o recibiendo a las víctimas de trata, lo que realizó mediante alguno de los medios comisivos del tipo, los que en resumen anulan o vician la voluntad de las víctimas, y su finalidad era explotarlas, en este caso sexualmente bajo la prostitución “por cuenta ajena”. Con eso se probó la existencia de dolo directo en la trata. También se probó que promovió y/o facilitó el ingreso al país para que ejercieran la prostitución, con esto hay dolo directo de tráfico agravado por la finalidad de prostitución.

² KUNSEMÜLLER, Carlos. “Notas sobre el error de prohibición”, en *Gaceta Jurídica*, N° 292 (2011), p. 6.

³ KUNSEMÜLLER, ob. cit., p. 7.

Esto es distinto a lo que alegó el recurrente, quien señaló que la acusada no conocía la ilicitud de su conducta, es decir, el recurrente no alegó falta de dolo, sino inconciencia de la ilicitud, lo que atañe al reproche personal de la acusada, a la culpabilidad.

La Corte rechazó correctamente la causal y el argumento de la defensa que le daba contenido a la causal, pero con un argumento más próximo a la teoría extrema del dolo que a las teorías de la culpabilidad imperantes en cuanto al tratamiento del error de subsunción. Con lo que de alguna forma regresó en el tiempo a sus decisiones de antes de 1998 respecto a la solución frente a este tipo de error.

Si la Corte Suprema adhiere a la tesis mayoritaria en la doctrina nacional, es decir, a la teoría de la culpabilidad en cuanto al tratamiento del error de subsunción (ya sea esta extrema o moderada) el fundamento de la decisión debió ser que, de la prueba vertida en el juicio oral, el Tribunal dio cuenta en su sentencia que se acreditó más allá de toda duda razonable que la acusada y condenada actuó con dolo y con conciencia de ilicitud. Esta última es la que sustenta el reproche personal y excluye la posibilidad de darle un tratamiento privilegiado basado en el error de prohibición⁴. La acusada voluntariamente trató a las personas y traficó personas con finalidad de prostitución, mas también era consciente de que ambas conductas eran ilícitas.

Respecto del segundo error de derecho, el considerando 13 del fallo señaló:

13º) Que bajo la misma causal de la letra b) del artículo 373, como ya se dijo, se sostiene que al tratarse los ilícitos imputados de delitos de emprendimiento, deben sancionarse como un único hecho punible, y no como reiteración de delitos según el artículo 351 del Código de Procesal Penal. La tesis del recurrente deberá desestimarse, pues, en lo tocante al delito de trata de personas propia del inciso 1º del artículo 411 quáter del Código Penal, no obstante que se considera un auténtico delito de emprendimiento –en los que la regla general es que la participación en diferentes etapas del ciclo de la empresa criminal que la ley sanciona no constituye diferentes delitos, aunque exista discontinuidad en el tiempo y en el espacio–, en estos casos, tratándose de un delito cuyo objeto material, sujeto pasivo y víctimas son personas humanas, no es posible considerar que la trata de unas comprende el desvalor de la trata de

⁴ CURY, Enrique. *Derecho Penal parte general*, 11ª ed., Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile (2020), p. 440. A nivel nacional es dominante el tratamiento del error de prohibición bajo la teoría moderada o restringida de la culpabilidad, sustentada, entre otros, por Roxin, Stratenwerth y Jakobs en Alemania, y por varios autores en España. El autor adhiere a la teoría extrema de la culpabilidad.

otras, pues no estamos ante cosas cuya individualidad pueda disolverse en un número o cantidad más o menos indeterminada. Por lo tanto, en caso de que el delito recaiga en diferentes víctimas habrá de considerarse una reiteración de delitos regulada en el artículo 351 del Código Procesal Penal. Asimismo, en lo referido al delito de trata de personas con exclusiva finalidad de prostitución, sancionado en el artículo 411 ter del Código Penal, se ha dicho que la regulación concursal es diferente en este caso respecto de los delitos de emprendimiento en general, pues igualmente debe entenderse la posibilidad de considerar una reiteración del citado artículo 351 en caso de ser dos o más las víctimas (Matus, J. P. y Ramírez, C. Manual de Derecho Penal Chileno, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 191, 192 y 197).

La Corte Suprema desecha correctamente el argumento de la defensa en orden a que por tratarse de delitos de emprendimiento deberían sancionarse como un único hecho punible, sin que sea posible aplicar la regla de reiteración de delitos de la misma especie del artículo 351 del CPP. Lo interesante es que respecto de la trata de personas lo desecha por tratarse de un delito que recae sobre bienes jurídicos personalísimos, y respecto del tráfico para fines de prostitución, también lo rechaza, pero sin señalar por qué. Solo se limita a indicar que se trataría de un delito de emprendimiento al que excepcionalmente se le aplica la regla del artículo 351, la misma que para la trata de personas, pero no indica el fundamento de la decisión. No se pronuncia acerca de si esta trata o tráfico con fines exclusivos de prostitución afecta o no algún bien jurídico personalísimo o colectivo, pero decanta porque la solución concursal es la regla de la reiteración de delitos de la misma especie, advirtiendo que se trata de una excepción a la aplicación de la reiteración en los delitos de emprendimiento.

El considerando citado es del mayor interés para la interpretación de los tipos penales que introdujo la Ley N° 20.507 al Código Penal el año 2011, ya que tangencialmente influye sobre tres preguntas o problemas que no han tenido una respuesta robusta ni sistemática a la fecha. Lo primero a despejar es ¿cuál es la naturaleza del delito de tráfico para la prostitución? o, en nomenclatura de la Corte, ¿cuál es la naturaleza de la trata de personas con exclusiva finalidad de prostitución? Con esto se puede a su vez reflexionar acerca de la solución concursal a la que arribó la Corte en este caso concreto. Una vez despejado esto ¿cuál sería la cisura entre esta y la trata de personas con fines de explotación sexual? Y, tercero, si la trata de personas y el tráfico de personas para la prostitución son delitos de emprendimiento, ¿es correcta respecto de ellas la aplicación de la regla de reiteración de delitos de la misma especie del artículo 351 del CPP?

Este último aspecto es de suma relevancia, porque como es apreciable en este fallo y así se repite insistentemente en audiencias en Juzgados de Garantía y Tribunales del Juicio Oral en lo Penal, se ha extendido una interpretación que sostiene que, en los delitos llamados de emprendimiento, no sería posible aplicar la regla de la reiteración, por considerarse una unidad jurídica de acción. Esto se debe analizar con un poco más de detalle ya que aparentemente confunde planos; un asunto son los verbos rectores que describen un tipo penal, que en el caso de los delitos de emprendimiento se sanciona como consumado desde la ejecución de cualquiera de los verbos empleados aunque estos supongan solo una preparación de delito, y otra cosa es que en un periodo de tiempo se realicen en distintas ocasiones conductas que se pueden subsumir cada una de ellas en el tipo, con lo que se estará ante un concurso homogéneo de varios delitos que podrían ser o no de emprendimiento. El primer caso constituye unidad jurídica de acción, pero el segundo no necesariamente.

El argumento señalado por la defensa y que se repite en distintos casos, de lograr éxito, provoca un beneficio para los imputados de este tipo de delitos, a los que se les sanciona con una pena más benigna, con la pena de un solo hecho sin reiteración. Más benigna que la que tendría quien comete un delito de la misma especie en forma reiterada si este no es delito de emprendimiento. En ello se observa un problema derivado de las consecuencias jurídicas de los llamados delitos de emprendimiento y cómo esto se relaciona con la regla del artículo 351 de reiteración de delitos de la misma especie.

Este tratamiento penológico privilegiado no tiene justificación racional, ni material, ni jurídica, pues le otorga una pena menor a quien comete delitos reiterados de emprendimiento o preparatorios, aunque estos se repitan en diversas ocasiones a lo largo del tiempo y respecto de distintas personas, frente a quien comete delitos reiterados comunes. Presumiblemente, al no existir una justificación por lo menos aparente para esto, lo que parece suceder es una confusión que se ha extendido en la que se confunden los planos entre los que operan las categorías. El emprendimiento opera sobre los verbos rectores de una misma descripción típica, esto es, dentro de una unidad jurídica de acción, en cambio, la reiteración de delitos de la misma especie opera sobre distintos hechos penalmente relevantes, es decir, sobre distintas unidades jurídicas de acción. Hasta aquí la advertencia de este problema general, más adelante se tomará posición respecto de la solución de este caso concreto, pero para ello primero se debe despejar el asunto de la naturaleza del 411 ter.

Respecto a la primera interrogante planteada, esto es, ¿cuál es la naturaleza del delito de tráfico para la prostitución o, como le ha llamado la Corte Suprema, de la trata de personas con exclusiva finalidad de prostitución? Ciertamente

no hay una respuesta en esta sentencia de la Corte Suprema. Tampoco probablemente se la encuentre en la sentencia del Cuarto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, ni a la fecha ha sido profundamente tratada por la literatura nacional⁵. Este tipo penal dispuesto entre el 411 bis –tráfico ilícito de migrantes– y el 411 quáter –trata de personas– no solo parece estar dispuesto geográficamente entre ambos, sino que contiene elementos objetivos de cada uno de ellos, resultando en una mezcla imprecisa, de la que no es fácil aventurar un bien jurídico propio.

El 411 ter, llamado por la Corte Suprema trata con la específica finalidad de prostitución, parece ser más un tráfico. Esto por dos argumentos principales: el primero porque la conducta replica los verbos rectores del 411 bis, quien promueve o facilita, y el segundo porque no exige ninguno de los medios comisivos del 411 quáter, los que finalmente cualifican la conducta como trata, y la separan del tráfico.

El 411 ter describe la conducta de quien promueve o facilita la entrada o salida del país de personas (nacionales o extranjeras) para ejercer la prostitución. Es similar al tráfico en cuanto a promover o facilitar el traslado, pero en este caso es una entrada o salida sin especificar si debe o no ser ilegal, ni tampoco refiere si quien es trasladado debe ser extranjero o no. Bajo esta descripción podrían a lo menos constituirse las siguientes hipótesis, algunas con más posibilidades de justificar su relevancia penal que otras.

Casos. H1: sujeto activo promueve o facilita la entrada al país de un nacional para que ejerza la prostitución. El nacional tiene libre tránsito por lo que promover o facilitar su ingreso no tiene relevancia penal, y además la prostitución no es un delito. H2: el sujeto activo promueve o facilita el ingreso de un extranjero no residente al país para que ejerza la prostitución. En este caso el extranjero no residente no tiene derecho al libre tránsito, sino, tan solo una expectativa de ingreso. Su ingreso debe realizarse bajo alguna de las categorías o subcategorías migratorias administrativas y ninguna de ellas atiende a la prostitución, por lo que si declarara su verdadera finalidad no se autorizaría su ingreso al país. Aquí existe la posibilidad de que se trate de un hecho penal o administrativamente relevante, dependiendo de si el sujeto activo actuó o no con ánimo de lucro. Si su acción está motivada por el lucro, entonces se trata de un negocio ilícito con el ingreso ilegal de otro, y este sería un tipo especial de tráfico de migrantes. H3: el sujeto activo promueve o facilita la salida de un nacional para que ejerza la prostitución. En este caso el nacional tiene de-

⁵ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters (2021), p. 260.

recho a salir del país, pero sólo una expectativa de ingreso al país de destino, por lo que podría suceder que el ingreso al país de destino sea ilegal, en cuyo caso habría que atender a si en el país de destino es delito dicho ingreso y si la prostitución es o no un delito. H4: el sujeto activo promueve o facilita la salida de un extranjero no residente para que ejerza la prostitución, la situación es casi idéntica a la anterior con la salvedad de que la salida de un extranjero no residente podría ser por paso habilitado o no habilitado, lo que es distinto en términos administrativos⁶.

Las hipótesis señaladas sólo pueden ser relevantes penalmente si frente a la prostitución del nacional o del extranjero en Chile o en el país de destino, el sujeto activo tiene alguna expectativa de lucro, es decir, si la prostitución de quien ingresa o sale a ejercerla le puede reportar un beneficio pecuniario al agente. De lo contrario no hay injusto en la conducta que justifique el tratamiento penal. Si tan solo se le brinda ayuda desinteresada a una persona para que entre o salga del país a prostituirse, lo que ha decidido personalmente, y esto no le reportara beneficios ni tiene expectativas de que se los reporten, no hay ningún aspecto de relevancia penal, ningún interés que salvaguardar. A esto debe sumarse que, si la entrada se realiza por paso no habilitado, o incumpliendo alguna de las normas administrativas de ingreso, estas solo constituyen a la fecha infracciones administrativas, debido a la derogación de los tipos penales de ingreso fraudulento y clandestino de los artículos 68 y 69 del D.L. N° 1.094 en abril de 2021 por la promulgación de la Ley N° 21.325. Entonces tampoco podría compartir injusto con figuras de ingreso irregular.

Sin pretensión de tratar con la exhaustividad que merece un tema que realmente amerita un estudio profundo, a efectos de comprender efectivamente qué es lo que prohíbe y por ende cuál es el bien jurídico tras el tipo penal, señalados los posibles supuestos, se volverá sobre los hechos del caso. En el caso en cuestión el Tribunal subsume las conductas de la acusada y condenada respecto de ocho mujeres en este tipo penal, todas extranjeras no residentes respecto de quienes se promovió o facilitó el ingreso al territorio nacional para el ejercicio de la prostitución. Es decir, H2, cuyo contexto claramente está dado por el negocio ilícito del ingreso irregular cuyo fin es la prostitución ajena, es decir, doble negocio ilícito. Este doble negocio ilícito constitutivo primero por el lucro sobre el ingreso irregular, y segundo por el lucro sobre la prostitución ajena, es consecuente con la pena agravada del 411 ter respecto

⁶ Se consideró la situación del extranjero no residente, porque el residente tiene una situación muy similar a la del nacional en cuanto al tránsito.

del 411 bis. Se trata de un auténtico tráfico ilícito de migrantes agravado por la finalidad de prostitución.

Esta figura, a diferencia de la trata de personas descrita en el 411 quáter y en el Protocolo de Palermo, la que debe su nombre a la acepción proveniente de tratar como comerciar, no es comercio cuyo objeto son los humanos, sino que es un trato entre humanos. Es decir, la trata de personas es comercio de personas, de seres humanos, esto el 411 quáter lo evidencia al sumar a los verbos rectores un buen número de medios comisivos que implican la inexistencia de la voluntad del “tratado” o a lo menos su voluntad viciada. El 411 ter no exige ningún medio comisivo al sujeto activo que implique comprender que la víctima no consintió en su traslado, solo señala la entrada o salida del territorio y la finalidad de prostitución, la que no se especifica si debe o no ser conocida por quien viaja con dicho fin.

Si se comprende el 411 ter como un tráfico de personas agravado por la finalidad, cual es la prostitución ajena, la que pese a no ser delito tampoco tiene el tratamiento de un trabajo lícito en Chile –no se pagan imposiciones o tributos por esta actividad ni constituye un giro tributario–, y esa finalidad es conocida por quien se traslada y no implica su explotación, entonces el bien jurídico o el interés penalmente relevante no podría sostenerse que esté en algún bien jurídico personalísimo.

No hay exigencia de medios comisivos que anulen la voluntad ni vicien el consentimiento como en la trata, de hecho, no hay comercio de seres humanos, y si lo hubiera la norma aplicable es la del 411 quáter y no de 411 ter o tráfico agravado por la finalidad. Hasta aquí lo que respecta a la primera interrogante.

Dicho lo anterior, se abordará la segunda: ¿Cuál podría ser la cisura entre el tráfico agravado por la finalidad del 411 ter y la trata de personas con fines de explotación sexual? Los medios comisivos del 411 quáter más la finalidad de explotación son los que dan forma a la principal cisura entre las figuras. Quien capta, traslada, acoge o recibe a una persona que ha sido violentada, amenazada, engañada, entre otros medios señalados en el 411 quáter, y al hacerlo su finalidad es la explotación de ese ser humano, es decir, utilizarlo abusivamente en provecho propio, en este caso dentro del ámbito sexual, comete trata⁷. Quien promueve o facilita que otro realice las conductas descritas en el inciso primero del 411 quáter, también comete trata, según señala el inciso final del mismo artículo. Quien promueve o facilita la entrada o salida

⁷ RAE: explotar es “utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona”.

de una persona para que se prostituya, sin medio comisivo alguno, y sin que necesariamente esa prostitución sea constitutiva de explotación, comete tráfico agravado por la finalidad. Esto último no obsta el ánimo de lucro, que puede estar presente en la expectativa de un pago único por el ingreso o salida del país, o de un porcentaje por la actividad, pero que no alcanza a configurar explotación. Esto sería consecuente también con que la pena para quien tiene finalidad de explotar sea de crimen y para quien promueve o facilita la entrada o salida para la prostitución, presumiblemente motivado por el lucro⁸, sea de simple delito.

En el caso en cuestión, la sentencia de la Corte Suprema confirma lo decidido por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal en orden a separar las conductas subsumibles en el 411 ter de aquellas subsumibles en el 411 quáter. Estas en general como en otros casos similares atienden a la falta de acreditación de la presencia de los medios comisivos propios de la trata de personas, lo que de alguna manera confirma la cisura aquí propuesta.

La tercera de las interrogantes aparentemente se relaciona sólo con las normas de determinación de las penas, pero encierra un problema de bien jurídico y de categoría de delitos de emprendimiento más regla de reiteración. Esta es, primero, si la trata de personas y el tráfico de personas agravado por la finalidad son delitos de emprendimiento, y si la respuesta es afirmativa ¿es correcto aplicar a su respecto la regla de reiteración de delitos de la misma especie del artículo 351 del CPP? Para contestar esto debemos analizar si realmente ambos tipos son de aquellos que se sancionan como consumados desde la tentativa –delitos de preparación o de emprendimiento–, y, segundo, si en ambos hay bienes jurídicos personalísimos que impliquen la imposibilidad de unificación ficticia de hechos típicos homogéneos, es decir, de considerarlos como un solo delito.

Primero: catalogar delitos como de emprendimiento no está exento de riesgos, esto porque no es una categoría pacíficamente aceptada, y, segundo, porque en cierta literatura nacional se han descrito de un modo un poco distante al de su esencia como categoría, o al menos en la práctica forense se utilizan de una forma distinta a la que quizás referían los autores nacionales⁹.

⁸ Si la motivación es la ayuda fraterna no hay relevancia penal posible, y estaríamos sólo frente a un delito formal.

⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2003), p. 453.

Este concepto proviene de un sector de la doctrina alemana¹⁰ y española¹¹ que alude a aquellos tipos llamados también delitos de preparación, en los que la consumación se produce con una conducta que podría considerarse como principio de ejecución del ciclo completo de un delito. En otras palabras, descripciones típicas que incluyen como este caso la promoción de una ulterior facilitación, o la captación para una posterior recepción cuya finalidad es la explotación, se encuentran consumados desde la promoción y la captación, aunque estos naturalmente sólo podrían considerarse como el principio de ejecución que podría concluir en la consumación de los tipos de tráfico agravado por la finalidad o de trata sexual. Los dos tipos en cuestión consideran verbos rectores más alejados del objeto material, con los que se sanciona desde su “preparación” como consumados, por lo que se puede sostener que se trata de delitos de emprendimiento.

En la literatura nacional las aproximaciones a esta categoría desde algunos manuales ha sido descrita como delitos de “empresa criminal”, esto es mayoritariamente aceptado en las sentencias nacionales en casos de tráfico de drogas. Se les señala como empresas criminales a las que no es posible aplicar la regla de reiteración del 351 del CPP, y son tratadas como casos de unidad jurídica de acción excluidos del régimen concursal común¹². Lo que se traduce en que conociendo y juzgando varios hechos de tráfico de drogas, realizados en distintos tiempos y con distintos objetos materiales, terminan siendo penados como un solo hecho.

Este punto resulta interesante de mirar con detención. La categoría de delitos de preparación o emprendimiento advierte que hay descripciones típicas con las que una conducta anterior a la ejecución completa del tipo se

¹⁰ GÓMEZ, Víctor. “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2002), p. 7. “Delitos de emprendimiento” (*Unternehmensdelikte*), también conocidos como “delitos de preparación” (*Vorbereitungsdelikte*).

¹¹ CUELLO, Joaquín. “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito «sui generis»”. En *Dialnet* (1978), p. 45. Quien afirma en abstracto la posibilidad de que determinados actos preparatorios hayan sido elevados por la propia ley al rango de *delicta sui generis* en dicha categoría de delitos.

¹² POLITOFF, ob. cit., p. 453. Al contrario, OLIVER, Guillermo. “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie”. En: *Revista de Derecho*, N° 2, (2013), p. 170. El autor señala como excepciones al 351 las reiteraciones de hurtos y de receptaciones, pero no los delitos de emprendimiento.

transforma en un hecho penalmente relevante, distinto a los delitos que no son de emprendimiento en los que dicha conducta sería solo una tentativa de la consumación de delito. En el primer caso —emprendimiento o preparación— el hecho penalmente relevante es punible como consumado desde esta conducta que en el segundo caso sería punible sólo a título de tentativa.

En ellos si un sujeto activo promueve la entrada al país para prostituirse, mas no la facilita, o transporta droga, mas no la comercializa, o capta a una persona para trasladarla y explotarla, mas aún no la traslada, la realización de esas conductas implica el castigo a título de tráfico agravado por la finalidad del 411 ter, de tráfico de drogas, y de trata de personas respectivamente, desde esa primera conducta. La categoría opera dentro del contexto de un solo hecho de relevancia penal con diversos verbos rectores, unos más cerca del objeto material que otros. Esto porque quien promueve y después efectivamente facilita, quien transporta y después efectivamente comercializa, y quien capta y efectivamente traslada para explotar, será castigado como autor de un delito consumado, y no de dos delitos por realizar dos verbos rectores, y en ese sentido hay unidad jurídica de acción y aquí obviamente no se aplica el régimen concursal general porque no hay dos hechos, hay un solo hecho jurídico penalmente relevante.

Lo anterior no es igual a sostener que quien promueve y facilita la entrada al país para la prostitución en ocho oportunidades (como el caso en cuestión) quien transporta y comercializa droga en cien oportunidades durante un año, y quien capta y traslada a tres personas para explotarlas sexualmente comete sólo un hecho penalmente relevante punible, aquí no hay unidad jurídica de acción. Cada hecho, aunque dentro de él se realicen varios de los verbos rectores del tipo, es un hecho, y si lo realiza en más de una oportunidad hay reiteración, si no, se estaría otorgando tratamiento de delito continuado y no de delito de preparación o emprendimiento¹³. Esto es estrictamente apegado al derecho penal del hecho y es proporcional a lo realizado.

En casos como este en que hay bienes jurídicos personalísimos —por lo menos es claro que esto es así respecto de la trata— se vuelve evidente, tanto para la literatura como para la jurisprudencia, lo que ha sido señalado por la Corte Suprema en esta sentencia, que no es posible, aunque se estime que son

¹³ MAÑALICH, ob. cit., p. 499. “La definición de la pluralidad de hechos punibles sólo puede ser provista, naturalmente, sobre la base del concepto de unidad de hecho punible, como su multiplicación. Ella se da siempre que una pluralidad de delitos punibles no forma una unidad de hecho punible; expresado positivamente, siempre que las varias realizaciones del mismo o de diversos tipos de hecho punible se presentan como diversos hechos punibles individuales”.

de emprendimiento, sustraerlos del régimen general concursal y estimarlos como un solo delito. Al contrario, cuando se trata de bienes aparentemente no personalísimos, o en bienes colectivos, esto no es claro. Un buen ejemplo de ello es el tráfico de drogas, respecto del cual, basado en su categoría de delito de emprendimiento, es frecuentemente excluido del régimen concursal común, en situaciones en las que se conocen y fallan varios hechos penalmente relevantes punibles, y no una auténtica unidad jurídica de acción. Es así como un único tráfico de drogas, compuesto por distintas etapas respecto de las que sí hay unidad jurídica de acción, tiene el mismo tratamiento que diez tráficos de drogas realizados en tiempos distintos, por considerar que todo está dentro de una empresa criminal, la que sorprendentemente por ser una empresa criminal termina teniendo un tratamiento privilegiado frente a aquel que traficó sólo una vez. Esto no es proporcional.

En el caso en comento la Corte enuncia la misma idea que aquí se problematiza, es decir, que los delitos de emprendimiento o de preparación están excluidos del régimen general concursal, sin precisar que esto es sólo razonable para una unidad jurídica de acción compuesta por la ejecución de más de uno de los verbos rectores del tipo, pero cuyo objeto es la comisión de ese único delito. Mas no es razonable su exclusión y la inaplicabilidad de la reiteración, cuando se trata de varios hechos relevantes punibles, menos aún en el contexto de las llamadas “empresas criminales” porque, de considerar la actividad de la empresa criminal realizada durante un largo período de tiempo como un solo delito, se le está otorgando un tratamiento privilegiado en relación con aquellos que no forman parte de una empresa criminal, lo que evidentemente es menos peligroso e incluso menos dañino para los bienes que se intente proteger. Esto equivale a imponer la misma pena por un solo delito a quien trafica una vez a una persona para que se prostituya, y a quien lo hace en ocho oportunidades, porque al ser de “emprendimiento” no sería posible aplicar la regla de reiteración y se debe sancionar como un único delito.

En este fallo en particular respecto de la trata de personas no se produjo el problema, ya que la Corte evidenció que independiente de ser un delito de emprendimiento, se trataba de un delito contra las personas, por lo que se debía sancionar como reiterado, aplicando la regla del artículo 351 del CPP –aunque haya aplicado la del inciso primero¹⁴–. Respecto del tráfico agravado por la

¹⁴ MAÑALICH, ob. cit., p. 499. El autor señala que para la aplicación del inciso primero del 351 del CPP no solo se debe satisfacer la exigencia de homogeneidad típica, sino que debe ser posible la unificación hipotética de las diferentes instancias de realización del tipo en cuestión, lo que no es posible en delitos que buscan la protección de bienes jurídicos personalísimos.

finalidad 411 ter, no esgrime el mismo argumento, dada la falta de claridad del injusto y del bien jurídico ya expuesta, pero cita literatura nacional para señalar que igualmente a este tipo penal es posible aplicar la regla de reiteración, aunque sea de emprendimiento, sin que sea claro el porqué de la decisión de la Corte, ni tampoco sea claro al leer el texto citado.

Independientemente de no indicar las razones por las que no lo excluye del régimen concursal común, bajo la premisa declarada por la Corte de que los delitos de emprendimiento deben excluirse de dicho régimen —aunque esta no se comparta de la forma en que es aplicada— se valora el resultado al que arribó la Corte en tanto comprendió que ambos tipos penales en los que se subsumen los hechos punibles del caso, a pesar de ser delitos preparatorios o de emprendimiento, son posibles de penar como reiterados.

Así en esta sentencia se plantea —aunque no se resuelve— cuál es la naturaleza del 411 ter, para la Corte un tipo de trata, aunque más bien parece ser un tráfico agravado, se establece una cisura entre las figuras del 411 ter y 411 quáter con base en los medios comisivos y a la explotación, y se confirma que en los delitos de emprendimiento o de preparación nada obsta a la aplicación de la regla de reiteración, sean o no delitos que protegen bienes jurídicos personalísimos.

En el caso de la trata, si bien era más adecuado aplicar la regla del inciso segundo del 351 del CPP y no la del inciso primero, por lo ya señalado, las penas que determinó el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago y que fueron confirmadas por la Corte Suprema respecto de la acusada son proporcionales y adecuadas a los graves once hechos de relevancia penal cometidos por la acusada.

5. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. I. Causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal requiere una afectación sustancial de una garantía fundamental. Acusada no podía mantener una legítima expectativa de privacidad en inmuebles habitados por las víctimas. Las víctimas voluntariamente permitieron el ingreso de los policías y consintieron en la incautación de la evidencia útil para la investigación. II. Cumplimiento del requisito de la sentencia de contener la exposición clara, lógica y completa de los hechos acreditados y de la valoración de la prueba. III. Suficiencia probatoria para acreditar el dolo directo. Improcedencia de invocar un desconocimiento excusable de la ilicitud de las conductas reprochadas. IV. Determinación de la pena. Tratán-

dose de un delito cuyo objeto material, sujeto pasivo y víctimas son personas humanas, no es posible considerar que la trata de unas comprende el desvalor de la trata de otras. Si delito recae en diferentes víctimas debe considerarse una reiteración de delitos

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por los delitos descritos y sancionados en los artículos 411 ter y 411 quáter del Código Penal, en carácter de reiterados. Defensa de condenada recurre de nulidad. La Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte Suprema.*

ROL: *96223-2021, de 16 de julio de 2022.*

MINISTROS: *Sr. Haroldo Osvaldo Brito C., Sr. Manuel Antonio Valderrama R., Sr. Jorge Dahm O., Sr. Leopoldo Andrés Llanos S. y Sra. María Teresa de Jesús Letelier R.*

DOCTRINA

- 1. La recurrente descuida que la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, no se satisface con una mera infracción legal, sino que requiere una afectación sustancial de una garantía fundamental. En la especie, arguye el recurso que quienes autorizan el ingreso a los inmuebles registrados por los agentes, esto es, las víctimas de autos, no son las dueñas o encargadas de aquellos lugares como lo prescribe el artículo 205 del Código Procesal Penal. Incluso de ser ello efectivo, no fuerza a concluir que el ingreso y registro por los policías haya afectado sustancialmente la privacidad u otro derecho fundamental de la acusada, desde que en el arbitrio ni siquiera se ha afirmado que los domicilios de Santa Rosa N° ..., departamento ..., Santiago, o de Ruiz de Gamboa N° ..., Providencia, correspondan a su morada, lugar de trabajo, u otro espacio en que se aprecie un ámbito o esfera de privacidad similar, sino que, como se asienta en el fallo, eran las viviendas en que las víctimas residían y desarrollaban el comercio sexual dirigido por la acusada y, consecuentemente, se incautan objetos pertenecientes a aquéllas y no a ésta, además de otros dispositivos –cámaras y agendas– que registraban*

y donde se consignaba la actividad de las víctimas y los clientes que asistían al lugar, pero no actividades personales, privadas o íntimas de la acusada. Lo anterior demuestra que la acusada no podía mantener una legítima expectativa de privacidad en dichos emplazamientos, aun cuando sea ella la arrendataria de los mismos y quien se hiciera cargo de su administración, pues la privacidad conmovida fue únicamente la de las propias víctimas, quienes voluntariamente permitieron el ingreso de los policías y, de la misma manera, consintieron en la incautación de la evidencia útil para la investigación. En lo concerniente al departamento ... de Santa Rosa N° ..., Santiago, que sí sería la morada de la acusada, no se ha indicado en el recurso que producto de ese registro se haya encontrado alguna evidencia incorporada en el juicio y que haya servido de modo relevante a los jueces para formar su convicción condenatoria. En consecuencia, la infracción denunciada, en esta parte, carece de toda influencia en lo dispositivo del fallo, extremo requerido por el artículo 375 del Código Procesal Penal para acoger la causal interpuesta (considerando 5° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. La fijación de los hechos y circunstancias que se tuvieren por probadas, favorables o desfavorables a la acusada, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 del Código Procesal Penal. Atendiendo a esta norma, el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba, únicos o plurales, por los cuales se dieren por probados los hechos y circunstancias atinentes a la litis. Tal exigencia de fundamentación ha sido debidamente satisfecha por la sentencia que se revisa. En efecto, el fallo extrae conclusiones del análisis de la prueba, como resultado de un proceso valorativo de cada uno de los elementos de convicción rendidos, tanto respecto de los hechos objetivos integrantes de los tipos penales atribuidos, de la conducta desplegada por la acusada, como del daño moral causado a las víctimas en base a lo cual se fija la correspondiente indemnización. En las condiciones expresadas no puede catalogarse el fallo impugnado como carente de lógica o contrario a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicamente afianzados, desde que la sentencia entrega los basamentos que conducen a la decisión alcanzada respecto de los delitos pesquisados y los daños e indemnizaciones determinadas, fundado en el análisis singular y conjunto de las probanzas producidas, lo cual surge especialmente de la lectura de los motivos 18° y 29° del fallo (considerandos 8° y 9° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- III. *Se postula que la acusada carece de conciencia de la antijuridicidad de las conductas reprochadas, en base a un supuesto desconocimiento excusable de la ilicitud de las mismas, sin embargo, tal es un asunto de hecho que, por ende, se dirimió conforme a la valoración de la prueba rendida en el juicio, valoración que llevó a los sentenciadores al final del motivo 22° del fallo a concluir que la acusada “sí conocía el riesgo jurídicamente prohibido, y que lo ejecutó con pleno conocimiento de sus consecuencias, esto es, con dolo directo”. De ese modo, el recurso sustenta este error de derecho en hechos y circunstancias contrarias a las establecidas en el fallo y que la Corte no puede desconocer, lo que conduce necesariamente a que este reclamo no pueda prosperar (considerando 12° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- IV. *El recurrente de nulidad sostiene que al tratarse los ilícitos imputados de delitos de emprendimiento, deben sancionarse como un único hecho punible, y no como reiteración de delitos según el artículo 351 del Código de Procesal Penal. La tesis del recurrente deberá desestimarse, pues, en lo tocante al delito de trata de personas propia del inciso 1° del artículo 411 quáter del Código Penal, no obstante que se considera un auténtico delito de emprendimiento –en los que la regla general es que la participación en diferentes etapas del ciclo de la empresa criminal que la ley sanciona no constituye diferentes delitos, aunque exista discontinuidad en el tiempo y en el espacio–, en estos casos, tratándose de un delito cuyo objeto material, sujeto pasivo y víctimas son personas humanas, no es posible considerar que la trata de unas comprende el desvalor de la trata de otras, pues no estamos ante cosas cuya individualidad pueda disolverse en un número o cantidad más o menos indeterminada. Por lo tanto, en caso de que el delito recaiga en diferentes víctimas habrá de considerarse una reiteración de delitos regulada en el artículo 351 del Código Procesal Penal. Asimismo, en lo referido al delito de trata de personas con exclusiva finalidad de prostitución, sancionado en el artículo 411 ter del Código Penal, se ha dicho que la regulación concursal es diferente en este caso respecto de los delitos de emprendimiento en general, pues igualmente debe entenderse la posibilidad de considerar una reiteración del citado artículo 351 en caso de ser dos o más las víctimas –M. J. P. y R. C.– (considerando 13° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Cita online: CL/JUR/21753/2022

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 411 ter y 411 quáter del Código Penal.