



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE GRADUADOS**  
**MAGÍSTER EN DERECHO PENAL III**

**LA PROBLEMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA  
FIGURA DEL ARTÍCULO 411 TER DEL CÓDIGO PENAL  
CHILENO**

**ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE  
MAGISTER EN DERECHO**

**AUTOR: MICHAEL FLORES ÁLVAREZ**

**PROFESOR GUÍA: CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA**

**SANTIAGO DE CHILE**

**2014**

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>		
<b>II.</b>	<b>MARCO CONCEPTUAL: LIMITACIONES DEL IUS PUNIENDI ESTATAL, NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD</b>	<b>11</b>
2.1	Los límites del <i>ius puniendi</i> en un Estado democrático de Derecho	11
2.1.1	El principio de intervención mínima	13
2.1.1.1	El principio de subsidiariedad	16
2.1.1.2	El carácter fragmentario del derecho penal	16
2.1.2	El principio de lesividad	18
2.1.2.1	El bien jurídico en el derecho penal	19
2.1.2.2	El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite al <i>ius puniendi</i>	23
2.2	La protección constitucional de los límites del <i>ius puniendi</i>	26
2.2.1	Infracción al artículo 1º inciso 3 de la Constitución Política	27
2.2.2	Infracción al artículo 19 N° 16 de la Constitución Política	32
2.3	La antijuridicidad	35
2.3.1	Noción de antijuridicidad	35
2.3.2	La antijuridicidad formal y material	36
2.3.3	Exclusión de la antijuridicidad	37
2.4	Conclusiones parciales	38

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

<b>III.</b>	<b>LA FIGURA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 411 TER DEL CÓDIGO PENAL Y LA (IN)EXISTENCIA DE UN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO</b>	<b>39</b>
3.1	Génesis de la Ley N° 20.507 y particularmente del artículo 411 ter del Código Penal	40
3.2	Análisis dogmático de la figura contemplada en el artículo 411 ter del Código Penal	44
3.2.1	Sujetos del delito	44
3.2.2	Faz objetiva. Conducta y objeto típicos	45
3.2.3	Faz subjetiva	47
3.2.4	Pena principal aplicable	48
3.3	Delimitación del ámbito de aplicabilidad de la figura del artículo 411 ter del Código Penal	48
3.3.1	Los concursos aparentes de leyes penales	49
3.3.2.	Ámbito de aplicabilidad del artículo 411 ter en relación a la figura del artículo 411 bis del Código Penal	53
3.3.3.	Ámbito de aplicabilidad del artículo 411 ter en relación a la figura del artículo 411 quáter del Código Penal	57
3.4.1	Regulación legal del meretricio en Chile	62
3.4.2.	El bien jurídico protegido por la figura contemplada en el artículo 411 ter del Código Penal	68
3.5.	Conclusiones parciales	76

## **CAPÍTULO TERCERO**

<b>IV. LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PROCESAL PENAL Y SUS POSIBLES SOLUCIONES FORENSES</b>	<b>80</b>
4.1 Primera etapa: investigación desformalizada	81
4.1.1 El ejercicio de la facultad privativa del Ministerio Público para no iniciar la investigación	82
4.1.2 Sobreseimiento definitivo de la causa incoada	82
4.1.3 El archivo provisional de los antecedentes	83
4.2 Segunda etapa: Investigación formalizada y juicio oral	83
4.2.1 Sobreseimiento definitivo de la investigación	84
4.2.2 Decisión de no perseverar en el procedimiento	85
4.2.3 Absolución por falta de antijuridicidad de la conducta	86
4.2.4 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad	86
4.3 Conclusiones parciales	87
<b>V. CONCLUSIONES GENERALES</b>	<b>89</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>93</b>

***“Toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica”.***

**Cesare Beccaria<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> BECCARIA, Cesare, De los delitos y de las penas, primera edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2008, p. 16.

## **RESUMEN**

Con la introducción en el ordenamiento jurídico nacional del artículo 411 ter del Código Penal, se consagró en Chile una figura típica que no está orientada a la protección de bien jurídico alguno, sino que en ella convergen tanto criterios morales como necesidades probatorias, pretendiéndose orientar la conducta de los ciudadanos a través de ideas morales, que se alejan totalmente de los fundamentos de un derecho penal de un Estado democrático de Derecho, vulnerando entre otros, el principio de lesividad y a la postre, instrumentalizándose la política criminal para fines totalmente ajenos a los que pueden legitimar la intervención del derecho de castigar en un Estado democrático moderno.

## **ABSTRACT**

With the introduction in the national legal regulation of article 411 ter of the Criminal Code, a typical figure was established which is not oriented to safeguard any legal right, but instead to converge both moral criteria as evidentiary requirements, pretending to guide citizens behaviors through moral ideas, which move away completely from the foundations of criminal law in a democratic State ruled by Law, breaching inter alia, the harm principle and ultimately, using criminal policy for purposes completely not related to those that can legitimize the intervention of the right to punish in a modern democratic State.

## I.- INTRODUCCIÓN

Desde fines del siglo pasado se ha vuelto una práctica legislativa recurrente las sucesivas reformas al Código Penal, estableciendo nuevas conductas penadas y sanciones “*sui generis*”. Esto, responde, básicamente a la tendencia globalizada del fenómeno denominado inflación del derecho penal, que se caracteriza por la creación de nuevos tipos penales y sanciones especiales a la luz de las directrices de la opinión pública dominante en un momento histórico determinado, aunque eso signifique alejarse de los principios legales y constitucionales que rigen al ordenamiento legal. Se responde así, a la coyuntura político social del momento, pero, se debilita seriamente el régimen jurídico, al no compatibilizar plenamente estas enmiendas legales con los principios fundantes del derecho penal y del derecho constitucional vigentes.

El día 08 de abril del año 2011, entró en vigencia en Chile, la Ley Nº 20.507, la cual tipifica y sanciona los delitos relativos a la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, derogando formalmente el antiguo artículo 367 bis del Código Penal, extendiendo el *ius puniendi* estatal a nuevas hipótesis delictivas desconocidas para la realidad jurídica nacional, pero ya afianzadas en el derecho penal comparado, tales como son el tráfico ilícito de personas con fines distintos a la actividad eminentemente sexual.

Estas innovaciones jurídicas, responden a la necesidad política y práctica de adecuar la legislación nacional sobre la materia a las últimas tendencias y normativas internacionales que rigen la persecución y sanción de los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas, tales como son el Protocolo de Palermo, entre otros instrumentos internacionales, además de dar aplicación en Chile a las diversas directrices dada por las Naciones Unidas a sus países miembros para la prevención, investigación, persecución y rehabilitación de las víctimas del flagelo mundial de la trata de personas, en una mundial alerta en contra de todos los delitos de carácter

internacional o transnacional, los cuales han aumentado su habitualidad, entre otras razones, por motivos de carácter técnico, científico o sociológicos, que han llevado al mundo actual a ser un lugar globalizado totalmente conectado.

Con este proyecto de actividad equivalente a tesis, en adelante AFET, pretendemos abordar una materia sobre la cual se ha dicho muy poco doctrinalmente, y sobre la que no ha habido ningún fallo que se haya pronunciado específicamente sobre el bien jurídico amparado en la figura penal en estudio.

La introducción en nuestro ordenamiento jurídico nacional del artículo 411 ter del Código Penal, el cual establece: *“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”*, ha generado el problema práctico que presentaría la aplicación del tipo penal del artículo 411 ter al agente que solo facilita la entrada o salida del país de una persona adulta para que ejerza voluntariamente el comercio sexual, sin que medien en esta conducta desplegada por el sujeto activo las circunstancias propias del tráfico ilícito de migrantes, previsto y sancionado en el artículo 411 bis del Código Penal, ni tampoco concurren a su respecto las modalidades de comisión y los fines de explotación del delito de trata de personas, previstos en el artículo 411 quáter del Código Penal, generándose la interrogante si en tales condiciones expuestas es o no punible en Chile la conducta del agente que solo facilita o promueve legalmente la entrada o salida del territorio nacional de alguna persona adulta, para que está ejerza voluntariamente y sin coacción, engaño o explotación alguna, la prostitución en el lugar que ella libremente desee.

Un punto crucial en la presente AFET, dice relación con la determinación del ámbito de aplicación de la figura del artículo 411 ter del código de castigo, para distinguirlo del campo de actuación de las otras figuras típicas, también introducidas por la Ley N° 20.507, en el párrafo 5 bis del Código Penal, pues, una vez que determinemos cuales son las conductas que quedan incriminadas por los delitos de tráfico ilícito de migrantes del artículo 411 bis y por el delito de trata de personas del



artículo 411 quáter del Código Penal, podremos determinar el verdadero ámbito de aplicación de la figura legal en estudio, toda vez que, en razón de las normas del concurso aparente de leyes penales, y por el juego de los principios de especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad, las normas de los artículos 411 bis y quáter, podrían preferir en su aplicación concreta al artículo 411 ter, siendo el campo de utilización de dicha figura solo de carácter residual.

La pertinencia de la investigación propuesta y la relevancia de la temática a trabajar son indispensables para el desarrollo del pensamiento jurídico actual sobre la materia, estimando, desde ya, que el artículo 411 ter no ampara bien jurídico alguno, sino que solo concepciones morales ajenas a los principios fundantes del derecho penal.

Frente a lo anterior, resulta indispensable analizar la armonía o concordancia de la figura penal en estudio con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, debiéndose indagar cual es la naturaleza del bien jurídico protegido por la nueva conducta incriminada, para así determinar su legitimidad, y una vez realizado lo anterior, debemos adentrarnos en las posibles soluciones dogmáticas y sistemáticas al problema planteado, con el objeto de restablecer, aun cuando sea solo para el caso concreto, el imperio de los principios fundantes e inspiradores de un derecho penal de un estado liberal.

Otra problemática jurídica indispensable a dilucidar, es determinar si la *ratio legis* que subyace a la fundamentación del bien jurídico protegido por la norma en estudio dice relación con la evitación de la explotación del hombre por el hombre, presumiéndose la falta de voluntad o la voluntad viciada por parte de la víctima, aun cuando ella sea una persona adulta plenamente capaz, y acceda voluntariamente a ejercer el comercio sexual como una opción válida de vida, como una manifestación propia del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad sexual imperantes en el territorio nacional, sin importarle tampoco al legislador que el sujeto pasivo salga o entre del país cumpliendo todas y cada una de las normas exigidas por el derecho migratorio.

El presente trabajo se abocará a desenmascarar la ilegitimidad y casi imperceptible presencia de ciertos juicios morales que subyacen en el eventual objeto de tutela jurídica amparado por la figura del artículo 411 ter del Código Penal chileno. Asimismo, El estudio del bien jurídico protegido por el tipo penal contemplado en el artículo 411 ter del Código Penal, nos permitiría dilucidar la interrogante acerca de la legitimidad de la intromisión del derecho penal, como instrumento necesario y apropiado para la regulación, determinación y sanción de las conductas punibles de los ciudadanos en un Estado de pleno respeto a los derechos humanos. Al introducirnos en el estudio de del artículo 411 ter, debemos adentrarnos en la difusa y compleja intención proteccional que hay detrás de la implementación de este tipo penal, razón por la cual se hace urgente un estudio específico en la materia, delimitando el objeto de tutela, y de esta manera colaborar con la dogmática nacional con elementos útiles e indispensables para la correcta interpretación de la norma en comento, pues al preguntarnos por el bien jurídico protegido por un delito, un punto de partida lógico está dado por dilucidar cual es la conducta tipificada y cuales son los objetos relevantes que sufren lesión o peligro mediante el desarrollo de dicha conducta típica.

## **II.- CAPÍTULO PRIMERO: MARCO CONCEPTUAL. LIMITACIONES DEL IUS PUNIENDI ESTATAL, NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD**

En el primer capítulo de la AFET se desarrollarán algunos conceptos e instituciones jurídicas, esenciales para el desarrollo y comprensión del núcleo central del problema jurídico planteado en la presente AFET. Lo anterior permitirá contar con las herramientas y recursos dogmáticos indispensables, que permitan abordar la problemática formulada en este trabajo a la luz del ordenamiento jurídico penal y procesal penal vigente en Chile.

### **2.1.- Los límites del *ius puniendi* en un Estado democrático de Derecho**

El poder sancionador del Estado, que se expresa a través de su facultad exclusiva y excluyente de sancionar con penas y medidas de seguridad los delitos, se legitima en los Estados democráticos de Derecho, bajo fundamentos político-criminales derivados de la necesidad irremplazable de asegurar la paz social y el pleno desarrollo social y humano de sus conciudadanos.

El subsistema de control social que configura el derecho penal, a través de la prevención o contención del delito, y que supone la más grave afectación legítima de los derechos esenciales de los ciudadanos, tales como, su libertad, su honra y en algunos casos su vida, encuentra su origen en el concepto liberal del pacto social, donde esa restricción es legítima en la medida que sea estrictamente indispensable para proteger los derechos y las libertades de todos. Estos derechos y libertades se expresan en los bienes jurídicos, que para los efectos de este trabajo investigativo se entenderán como *“intereses individuales a los cuales el derecho resuelve proteger*

*mediante la aplicación de una pena o una medida de seguridad en caso de su daño o puesta en peligro*<sup>2</sup>.

El principio de Estado de Derecho impone el postulado del sometimiento de la potestad punitiva al ordenamiento jurídico, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. En el derecho comparado, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ser humano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios fundamentales, tales como son los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.<sup>3</sup>

La facultad de sancionar del Estado adquiere legitimidad siempre que se emplee para la protección de la sociedad y en tanto alcance ese objetivo. Para cumplir esa función se limitará a intervenir en cuanto sea estrictamente indispensable y necesario (principio de mínima intervención) y para amparar bienes jurídicos fundamentales (principio de protección o lesividad)<sup>4</sup>. El Estado, al obrar así, cumple, su función tutelar sin subyugar a las personas. Cuando la pena pierde su significación protectora es del todo inútil, siendo inadecuado recurrir al derecho represivo, porque su aplicación no cumplirá la finalidad que lo legitima<sup>5</sup>. Por consiguiente, el derecho penal como recurso del Estado, tiene límites en cuanto a su utilización y esas limitaciones corresponden a los principios de intervención mínima y de protección exclusiva de bienes jurídicos, que desarrollaremos a continuación:

---

<sup>2</sup> NOVOA ALDUNATE, Eduardo, Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal y la expansión del derecho penal, en: Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, año VIII, N° 15, Santiago de Chile, Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, enero 2007, p. 191.

<sup>3</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho penal, parte general, séptima edición, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2007, p. 126.

<sup>4</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al derecho penal, segunda edición, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2007, p. 59.

<sup>5</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal, parte general, tomo primero, segunda edición reimpressa, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 40.

### 2.1.1.- Principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima exige que el Estado emplee el derecho penal únicamente, y de manera excepcional, cuando los demás recursos que posee para preservar el orden social han sido insuficientes y la sanción penal se presenta como un medio adecuado para esa preservación (principio de utilidad de la pena)<sup>6</sup>.

El Estado tiene la obligación ética de aplicar una política social positiva, en el sentido de concretar sus fines sin recurrir a medidas represivas. Si esa política no logra los resultados perseguidos, debe echar mano a los recursos y medidas de orden civil y administrativos aconsejables, y sólo cuando estos fracasan, ha de recurrir en última instancia a la sanción penal<sup>7</sup>.

El abandono de estos principios limitadores del derecho a castigar estatal, prefiriéndose la amenaza de la pena y las medidas de seguridad a otros recursos menos intrusivos; es sin duda, el camino más cómodo y menos gravoso para el Estado, pues lo exime de tener que asumir vías alternativas de prevención del delito o de implementar políticas sociales claras dirigidas a su evitación o disminución, que muchas veces requieren gastos en infraestructura que el Estado es renuente a adoptar. Así, el fenómeno denominado “*expansión del derecho penal*”, se presenta como el producto de una especie de perversidad del aparato estatal que busca en el fácil recurso a la legislación penal, una solución expedita y más económica a los problemas sociales que debieran ser abordados por el sistema de administración estatal con políticas públicas distintas del recurso punitivo<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Supra nota al pie Nº 5, p. 43.

<sup>7</sup> SÁINZ CANTERO, José Antonio, Lecciones de derecho penal, parte general, introducción, volumen primero, Barcelona, Editorial Bosch S. A., 1979, p. 37.

<sup>8</sup> NOVOA ALDUNATE, Eduardo, Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal..., Op. cit. 2, p. 196.

Uno de los mayores peligros del fenómeno actual conocido como inflación del derecho penal, lo constituye la paradoja de terminar el derecho penal por no ser obedecido, por la incapacidad del sistema de perseguir todo lo que prohíbe con amenaza de castigo penal<sup>9</sup>.

La intervención mínima del Estado en materia penal se vincula con el principio de utilidad. Desde que la conminación como sanción de una conducta, deja de ser útil para la protección de un bien jurídico, cesa la legitimidad para recurrir al derecho penal, porque su aplicación no cumpliría con su finalidad tutelar, o sea, proteger bienes jurídicos para mantener una coexistencia pacífica entre los seres humanos.

El principio de intervención mínima precisa actualmente de una renovación y profundización conceptual, en la medida en que no cabe ignorar que padece un implícito cuestionamiento, el cual deriva, por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del derecho penal y, por otro, de la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen de manera insuficiente, es precisamente cuando funciona perfectamente el subsistema penal de control<sup>10</sup>.

Se debería examinar de esta manera todo el orden jurídico. Naturalmente, que esto presupone una amplia investigación de la realidad del derecho, así como mucha reflexión sobre las sanciones extrapenales adecuadas, teniendo por evidente que nada favorece tanto la criminalidad, como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad o bagatela<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno, parte general, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 67.

<sup>10</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista, en: Revista de ciencias penales, N° 30, Málaga, Ediciones de la Universidad de Málaga, 1997, pp. 10-19.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus, Problemas básicos del derecho penal, primera edición, traductor LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Madrid, Editorial Reus S. A., 1976, p. 22.

Entra en juego así el principio de subsidiariedad, según el cual el derecho penal ha de ser "*la ultima ratio*", el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos, y también el llamado carácter fragmentario del derecho penal, el cual constituye una exigencia relacionada con la anterior, integrando ambos postulados el llamado principio de intervención mínima<sup>12</sup>.

Todo modelo de intervención penal que se ajuste al principio de intervención mínima, debe respetar los límites que son inherentes a la política criminal, sin pretender desarrollar tareas que sólo competen a una política social en toda su extensión. Mientras ésta pueda asumir legítimamente labores de transformación social, que tenderán a aproximar la estructura y realidad social a aquellos fines superiores eventualmente constitucionalizados que inspiran el concepto social alcanzado, la política criminal debe limitarse a contribuir al control social, que no es más que un aspecto a desarrollar por la política social. En este sentido, carece de legitimación para ir más allá del control de la desviación, resultando preocupantes al respecto los intentos de servirse de la intervención penal para modificar comportamientos socialmente integrados, pero considerados en cierto momento, por los poderes públicos de turno en el poder, como socialmente poco deseados. La utilización del derecho penal para tales fines conduce a soluciones autoritarias, tal como ocurre con la criminalización de la conducta descrita por la figura del artículo 411 ter del Código Penal, toda vez que pretendiendo el legislador solucionar una realidad social moralmente incómoda, estableció una fuerte sanción penal a una conducta que no ampara bien jurídico alguno, aspirando el legislador nacional educar moralmente a los ciudadanos, infringiendo con ello, los límites fundamentales del ejercicio de su *ius puniendi*<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 3, p. 127.

<sup>13</sup> Supra nota al pie N° 12, p. 165.

### **2.1.1.1.- El principio de subsidiariedad**

La protección de bienes jurídicos no significa necesariamente protección a través del derecho penal, toda vez que el concepto de bien jurídico se formuló originariamente más como límite que como exigencia para la intervención del *ius puniendi estatal*; y quizás, si se tuviera en cuenta actualmente en nuestros legisladores esta idea clásica, se evitaría el uso indiscriminado del derecho penal en relación con hechos que pueden ser adecuadamente sancionados o protegidos por otras vías jurídicas no penales, evitando así que el derecho penal se pueda utilizar como pretexto para suplir las deficiencias de regulación o de funcionamiento de otras instituciones jurídicas.<sup>14</sup>

En lo que respecta a la asistencia social, lo señalado tiene vital importancia, por cuanto a las personas gravosas para la comunidad, como mendigos, prostitutas o vagabundos, se las puede integrar de mejor manera con los medios que ella misma contempla, más que con sanciones penales, que a menudo sólo consiguen llevar por el mal camino a tales personas.

### **2.1.1.2.- El carácter fragmentario del derecho penal**

El derecho penal no es creador de la antijuridicidad, sino que son las demás áreas del derecho las que la crean. De este modo, el no cumplir un contrato, no cancelar oportunamente una deuda, son actos contrarios al derecho (antijurídicos o ilícitos) pero no son delitos. Esta forma de ser del derecho penal, esto es, recoger parcelas o fragmentos de lo que es antijurídico, es lo que le da el carácter de un

---

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, Principios inspiradores del nuevo Código Penal, en: Estudios jurídicos, segundo volumen, Valencia, Ediciones del Institut de Criminologia de la Universitat de Valencia, 1997. p. 532.



derecho fragmentario. En consecuencia, si bien todo delito es antijurídico, no todo hecho antijurídico es delito. La determinación de lo antijurídico, es decir, de lo contrario al sistema normativo, no depende del derecho penal, sino de las demás áreas del ordenamiento jurídico. Lo antijurídico es único y lo es para todo el derecho y no es el área penal la que determina esa antijuridicidad, pero sí le corresponde determinar si el bien jurídico necesita ser protegido penalmente contra ciertos atentados que constituyen ataques intolerables en contra de bienes jurídicos cuya subsistencia es capital para la preservación de la convivencia pacífica<sup>15</sup>.

Esto se expresa, en el hecho de que las acciones que se amenazan con pena se hallan descritas por la ley en una forma que delimita sus contornos tan nítidamente como le es posible, y todo lo que yace fuera de esas descripciones se encuentra sustraído a la reacción punitiva. Lo que se castiga, por consiguiente, no son más que fragmentos de lo antijurídico, existiendo una estrecha relación entre dicho carácter y la subsidiariedad del ordenamiento punitivo. Por ese motivo nunca se insistirá bastante en la necesidad de hacer comprender a la sociedad que no todo lo que infringe las normas ha de ser castigado con una pena y, por el contrario, sólo sectores reducidos de lo que es ilícito justifican su empleo<sup>16</sup>.

En virtud del carácter fragmentario del derecho penal, éste no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento furtivo, violento o fraudulento.

---

<sup>15</sup> Con más referencias, MIR PUIG, Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, segunda edición, reimpresa, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2003.

<sup>16</sup> CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal, parte general, séptima edición ampliada, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 57.

### 2.1.2.- El principio de lesividad

Otra limitante del *ius puniendi* en un Estado de Derecho, es el principio de lesividad que condiciona el rol del derecho penal a la protección de bienes jurídicos fundamentales, pues el legislador no es libre para sancionar cualquier conducta; puede hacerlo únicamente cuando tiene motivos que legitiman el ejercicio de esa facultad y ello sucede cuando se dirige a la protección de bienes jurídicos valiosos. En otras palabras, en virtud del principio de lesividad o de nocividad, sólo pueden ser punibles las conductas que lesionen o pongan en peligro intereses jurídicos socialmente importantes; encontrando el ejercicio del *ius puniendi* su legitimación, exclusivamente cuando se sancionen acciones u omisiones que han dañado o puesto en peligro de manera grave valores calificados como fundamentales por la comunidad. Este principio es una noción político criminal que responde al “*nullum crimen sine injuria*”. Así, la pena se presenta como un instrumento que tiene el Estado para amparar bienes jurídicos trascendentes, como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, la indemnidad sexual, siendo su lesión o puesta en peligro lo que se trata de evitar. Queda descartada la posibilidad de sancionar comportamientos meramente inmorales, desagradables o que para alguna creencia constituyan pecado, a menos que coetáneamente afecten a un bien jurídico socialmente apreciado por la comunidad toda<sup>17</sup>.

El principio de lesividad, el cual ha marcado históricamente el paso de una antijuridicidad meramente formal a otra material, y que se suele plasmar en la idea de la dañosidad social, plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales. Será a través de este principio que se logrará una adecuada distinción entre derecho y moral,

---

<sup>17</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 5, p. 44.

y en él encontrarán un importante campo de aplicación las aportaciones de las ciencias sociales<sup>18</sup>.

### **2.1.2.1.- El bien jurídico en el derecho penal**

La misión del derecho penal es la protección de estos bienes y es dicha función la que le da legitimidad para imponer castigos o adoptar medidas de protección, que siempre importan restricciones serias a las libertades individuales de los afectados, ergo, el legislador penal no es libre para sancionar cualquier conducta, sino que sólo puede reprimir aquella que de alguna forma lesiona o pone en peligro uno o varios de esos bienes colectivos o individuales, apreciados como fundamentales por la sociedad en su conjunto.

La noción de bien jurídico es importante para decidir cuándo, con respecto a determinados bienes jurídicos, el derecho penal constituye un instrumento necesario y apropiado, considerando su naturaleza fragmentaria. Tal noción importa, además, como dirección de la política criminal, impugnar toda pretensión del legislador de restringir bienes jurídicos individuales, mediante sus incriminaciones, cuando no se trate de afirmar la enérgica tutela de un bien jurídico preciso.

El concepto de bien jurídico es también un instrumento que orienta de un modo racional y previsible, la interpretación de los tipos penales. Sólo cabe afirmar el juicio de tipicidad de un comportamiento, cuando a éste le es objetivamente imputable el menoscabo del bien jurídico-penal. El concepto de bien jurídico tendría una función interpretativa o dogmática, pues, al interpretar los elementos del tipo penal, debería servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición, determinar luego si existiría una permisibilidad extraordinaria de la afección al bien jurídico ante la

---

<sup>18</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista..., Op. cit. 10, pp. 10-19.

preeminencia de otros intereses sociales (causal de justificación) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena.

Otra importante función del bien jurídico, se da en el ámbito de la resolución del concurso aparente de normas. En el análisis de la intervención o el desplazamiento de una norma penal por la retirada o la aplicación preferente de otras, jugará un importante papel, la determinación de los bienes jurídicos protegidos y de las relaciones entre ellos.

En relación con la cuestión de la ubicación sistemática del consentimiento, una cuidadosa determinación del bien jurídico penal protegido por una norma, pone también de manifiesto cómo ciertos comportamientos que lesionan materialmente un objeto no son comportamientos sujetos a responsabilidad penal, pues, no acompaña a dicha lesión una correlativa afectación desde la perspectiva jurídica: no se produce un menoscabo del bien jurídico penal en cuestión. Se trata de tipos penales que el legislador crea para la protección de la capacidad de disposición de los sujetos sobre determinados objetos y no para la protección de la integridad de los mismos, cuyo detrimento será jurídicamente irrelevante si es consentido por su titular. No estaremos entonces en estos supuestos, ante la lesión justificada de un bien jurídico-penal, sino ante la inexistencia de dicha lesión.<sup>19</sup> Además, la función sistemática del bien jurídico, a partir de los distintos bienes jurídicos protegidos, permite clasificar los diversos crímenes, delitos o faltas de la parte especial. Dentro del margen de discrecionalidad judicial que la ley concede, ello puede servir de base a la concreta determinación de la pena, especialmente cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes o

---

<sup>19</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal, en: Revista chilena de derecho, volumen 22, N° 2, Santiago de Chile, 1995, p. 261.

ambas a la vez, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 67 inciso primero<sup>20</sup> y en el artículo 68 inciso primero<sup>21</sup>, ambos del Código Penal.

A nuestro juicio, si solamente se admitiera que será materia y función del derecho penal la protección de expectativas sociales derivadas de normas vigentes o incremento de eficiencia económica, se perdería la posibilidad de desvelar el porqué de dichas normas y cuestionarlas sobre la base de una concepción anclada en convicciones del deber ser.

En tanto que una política criminal democrática implica que la persona no puede ser objeto de manipulaciones arbitrarias o antojadizas, la selección de los objetos de protección ha de hacerse superando enmascaramientos ideológicos que puedan conducir a algo que encubra otra realidad o cuya protección sea incompatible con el carácter democrático del Estado. En el primer caso lo que se protege no es lo que se dice y en el segundo, lo protegido no resulta deseable protegerlo. La indisolubilidad entre la norma y el bien jurídico, debe seguir siendo la premisa de todo análisis jurídico penal que pretenda no solamente interpretar correctamente la norma, sino tener una orientación de carácter democrático para poder criticarla<sup>22</sup>.

Los bienes jurídicos no han dejado de ser la piedra angular de todo derecho penal que aspire a considerarse como uno propio de un Estado de Derecho. No es raro, entonces, que también en tradiciones jurídicas penales distintas, como la anglosajona, se maneje un principio que cumple similares funciones a la de nuestro bien jurídico. En efecto bajo, la denominación "*harm principle*" (principio del daño o

---

<sup>20</sup> Artículo 67 inciso primero del Código Penal: "*Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla*".

<sup>21</sup> Artículo 68 inciso primero del Código Penal: "*Cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, bien sea que la formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes*".

<sup>22</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Acerca de la teoría de bienes jurídicos, en: Revista penal, Lima, Ediciones Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1995, p. 41.

perjuicio) se quiere dar a entender que, en principio, solamente debería prohibirse penalmente aquello que causa perjuicio a otros y que atente mediante perjuicios directos o puestas en peligro, contra las condiciones básicas de la coexistencia humana. Con ello, entre otras cosas, se quiere deslegitimar una política criminal que se circunscriba a proteger las buenas costumbres, por ejemplo la penalización del consumo de alcohol, la prostitución y la homosexualidad, discutiéndose las posibilidades del paternalismo legal para limitar la autonomía individual y la falta de legitimidad de los meros atentados contra los sentimientos de otros<sup>23</sup>.

El bien jurídico-penal es el elemento de la teoría del delito que nos permite conocer de manera simple el objeto cuya protección motivó la elaboración de la norma, y alrededor de la cual gira buena parte de los elementos de la misma. La constatación sintética del objeto inmediato de protección, es de radical importancia. En primer lugar, para el estudio de la legitimidad de la norma, puesto que facilita extraordinariamente el análisis de coherencia de su defensa con los principios del modelo de Estado al que el concreto ordenamiento penal sirve y, en general, con las valoraciones ético sociales. Desde una perspectiva del ideal del principio democrático, el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con el estándar mínimo y básico de proteger bienes jurídicos determinados. Ese es el motivo por el cual no deberían perseguirse penalmente, las concepciones morales o éticas de las minorías sexuales, religiosas o políticas, siendo esta la razón por la que actualmente se ha llegado a eliminar de los códigos penales del mundo entero, los delitos de homosexualidad o adulterio<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Supra nota al pie N° 22, pp. 40-41.

<sup>24</sup> Supra nota al pie N° 22, p. 4.

### **2.1.2.2.- Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite al *ius puniendi***

La aplicación del nuevo tipo penal introducido por el artículo 411 ter del código de castigo, al tipificar la conducta del agente que promoviere o facilitare la entrada o salida al territorio nacional, a persona adultas, para que éstas ejerzan la prostitución voluntariamente, claramente infringe este principio limitador del *ius puniendi*, pues al carecer dicha novel figura de un bien jurídico amparado por la conducta incriminada, y no siendo el ejercicio de la prostitución de adultos un delito en nuestro ordenamiento legal, lo que realmente se está sancionando en dicho precepto penal, sería una mera inmoralidad, lo cual está en abierta contradicción con el principio de lesividad, pilar fundamental de un sistema penal de un Estado democrático de Derecho.

*“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público ni perjudiquen a un tercero, incluso las ofensas menores, están exentas de la autoridad de los magistrados”*<sup>25</sup>. El Estado que pretende imponer una moral es inmoral, porque la opción ética es producto de una elección libre frente a la posibilidad de elegir otra cosa: carece de valor el que no pudo hacer algo diferente. Por esta razón el Estado paternalista es inmoral, pues en lugar de pretender imponer una moral determinada, el Estado ético debe reconocer un ámbito de libre albedrío, posibilitando el mérito de sus habitantes, que surge cuando se dispone de la alternativa de lo inmoral. Consecuente con ello, no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, entendido como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse y ser lo que elija ser conforme a su conciencia<sup>26</sup>.

Una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito, la interpretación teleológica podrá excluir del tipo respectivo, las conductas que no lesionen ni pongan

---

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Derecho penal, parte general, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2002, p. 127.

<sup>26</sup> Supra nota al pie Nº 25, p. 127.

en peligro dicho bien jurídico, al faltar a la conducta incriminada la antijuridicidad material<sup>27</sup>.

Estimamos que, el ejercicio del *ius puniendi* a través del Estado, solamente se vería legitimado en el del objetivo de proteger bienes jurídicos; por cuanto, si no se reconocieran o protegieran estos bienes valiosos, el derecho penal carecería de una base sustancial.

El derecho penal es un subsistema más dentro del sistema de control social que, como todos los restantes, persigue los mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, normas, sanciones y procesos. Sin embargo, no podemos pasar por alto, el alto grado de formalización y regulación del derecho penal, notablemente superior al de los otros subsistemas de control, que refleja su estrecha vinculación a postulados propios del liberalismo político y que en este caso, se pueden resumir en el temor de que la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos termine siendo arbitraria, tiránica o despótica, algo que se presenta al alcance de la mano de los poderes públicos dados los conflictos especialmente graves a resolver y la consecuente trascendencia de las sanciones a imponer en este ámbito específico de control <sup>28</sup>.

En el plano de la realidad fáctica, no cabe duda que el derecho penal ejerce una función ético social denominada función creadora o configuradora de costumbres. Resulta difícil negar el hecho de tal influencia, el problema es si en una sociedad plural y multicultural, corresponde precisamente al derecho penal llevar a cabo dicha función, y si solo un cometido moralizador y pedagógico de esta naturaleza, legitima la intervención punitiva. ¿Es misión del derecho penal garantizar la inviolabilidad de las normas elementales de la ética social, los mandatos y prohibiciones que constituyen el

---

<sup>27</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 3, p. 169.

<sup>28</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista..., Op. cit. 10, pp. 10-19.



“*mínimo ético*”?<sup>29</sup> No parece corresponder al derecho penal dicha función, ni tampoco cabe legitimar la intervención penal con la sola llamada a la ética social. Al derecho penal incumbe exclusivamente la protección de bienes jurídicos, no la moralización de sus ciudadanos ni la mejora ética de la sociedad, que interesa a otras instancias. Carece de fundamento, pues, la función ético-social del derecho penal, incluso cuando se pone al servicio de una protección más eficaz de los bienes jurídicos, dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios.

En la presente época, como todo poder estatal procede del pueblo, ya no se puede ver su función en la realización de fines divinos o trascendentes de cualquier otro tipo. Y si cada individuo participa en el poder estatal con igualdad de derechos, tampoco puede estribar en corregir moralmente por medio de la autoridad a personas adultas, plenamente capaces, por lo que la función pública se limita más bien a crear y asegurar a un grupo reunido en el Estado, exterior e interiormente, las condiciones de una existencia pacífica que satisfaga sus necesidades vitales.

En una sociedad plural y democrática no puede ser cometido del derecho penal incidir en la esfera interna del individuo modificando su esquema de valores personales. Tal injerencia es abusiva e impropia del derecho. Nada más peligroso, por otra parte, que confundir las fronteras del derecho y la moral, pretendiendo que el primero se convierta en reclamo de actitudes de adhesión y fidelidad a la segunda.

La función ético-social, referida al derecho penal, lejos de limitar la intervención de éste, la potencia. Sugiere una ampliación de las esferas de actuación del *ius puniendi* más allá de la estricta protección de bienes jurídicos. Y deviene mucho más ambiciosa, al perseguir no ya la evitación del resultado, sino la modificación de las actitudes anímicas del ciudadano hacia los valores del derecho. Atribuir al derecho penal una función ético-social perjudica el necesario surgimiento autónomo de una ética civil y conduce a la confusión, pues existe entonces el peligro que la sociedad

---

<sup>29</sup> CORTINA, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, decimoquinta edición, Madrid, Tecnos, 2010.

malinterprete los procesos de despenalización o la no tipificación de ciertas conductas, considerando éstas, ético socialmente correctas sólo porque no se castigan con una sanción punitiva. La función ético-social no es sino una manifestación más de la llamada función promocional que sin fundamento alguno se ha asignado al derecho penal. Sin fundamento, porque el derecho penal no está llamado a ser el motor del cambio social ni el baluarte de la moral de la sociedad, si bien es imprescindible mejorar los niveles éticos de nuestra sociedad, pues una mejora cualitativa de ésta se traducirá sin duda, en el correlativo descenso de las cotas de criminalidad, pero no corresponde de ninguna manera al derecho penal dicha función<sup>30</sup>.

## **2.2.- La protección constitucional de los límites del *ius puniendi***

Actualmente, existe una estrecha relación entre el derecho penal y el derecho constitucional, aun cuando todavía falta desarrollar reglas vinculantes para la tarea penal del legislador en materia constitucional. A nuestro juicio, no basta solamente con el concepto de bienes jurídicos ni con principios limitadores aislados, si ello no va aunado a reglas específicas y a consecuencias jurídicas claras en caso de su inobservancia, mediante normas positivas constitucionales o en la legislación nacional que consagren los principios coartadores del *ius puniendi*, y asimismo establezcan las consecuencias jurídicas precisas, respecto la legitimidad y aplicabilidad de una norma legal que establezca delitos sin pretender amparar ningún bien jurídico determinado. Es aquello donde la doctrina constitucional debiera poner énfasis, para armonizar la función legislativa con las necesidades de un derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho. Por ello, cada vez más, se impone la convicción que se hace necesario desarrollar una teoría de control de la actividad penal del legislador, en la cual se integre la teoría de los bienes jurídicos, los principios limitadores del *ius*

---

<sup>30</sup> GARCIA-PABLOS, Antonio, Derecho penal, introducción, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1995, p. 49.

*puniendi* y otros parámetros de control de la actividad legislativa, anterior y posterior a la emisión de las leyes.

Desde la perspectiva constitucional, la figura del artículo 411 ter del Código Penal en análisis, merece una clara censura, existiendo incompatibilidad con la Constitución Política de la República, por cuanto, con la introducción de este precepto legal en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 20.507, se corre el riesgo de una eventual vulneración del principio de igualdad, pues, tanto el común de los mortales, como las personas que ejercen la prostitución sin violencia, intimidación, engaño o coacción, pueden ejercer el trabajo remuneratorio que deseen, sin injerencias de los poderes públicos. Suscribimos en el presente trabajo, la opinión, conforme a la cual, subyace a la introducción del artículo 411 ter, la idea que la prostitución es una actividad degradante para la persona que la ejerce que la convierte en un mero objeto de satisfacción sexual y, por consiguiente, debe castigarse penalmente a quien coopere con ella, sin considerar que es una perversión del derecho penal imponer principios morales.

### **2.2.1.- Infracción del artículo 411 ter del Código Penal al artículo 1° inciso tercero de la Constitución Política de la República**

Sostenemos que la figura típica del artículo 411 ter es contraria a la Constitución Política nacional, por cuanto no protege bien jurídico alguno, sino que con su utilización se pretende imponer a la población una moral predeterminada, utilizándose al derecho penal y a los seres humanos como medios de un Estado totalitario, vulnerándose de este modo, el artículo 1° inciso tercero de la Ley Fundamental, que dispone que el Estado está *“al servicio de la persona humana”* y no a la inversa.

Sin bien es cierto, que no existe en nuestra tradición jurídica nacional, consenso respecto de la eventual consagración constitucional del principio de lesividad, el cual, como ocurre con la generalidad de los ordenamientos jurídicos del derecho extranjero,

no aparece mencionado expresamente en nuestra Constitución Política de la República; cabe afirmar que aquél cuenta con pleno reconocimiento constitucional, precisamente a raíz del papel que desempeñan las normas constitucionales que consagran el valor de la dignidad de la persona humana.

Si bien estimamos que la dignidad personal no es un derecho, ello de modo alguno importa desconocer que ella es, en términos jurídicos, un principio fundamental y como tal proyecta un mandato genérico de respeto, que compromete tanto al Estado como al propio individuo. No existe inconveniente para atribuir a la dignidad humana la condición de auténtico principio, sobre todo en cuanto involucra para los poderes estatales el deber de ajustar sus actuaciones a la consideración que merece el ser humano en su dignidad y de favorecer las condiciones, para que cada cual se desarrolle y exista como individuo dotado de dignidad. Precisamente de este razonamiento, arranca la idea fuerza que los preceptos constitucionales que consagran la idea de dignidad humana no son meras declaraciones, sino que resultan ser fuente directa de prescripciones normativas, cuya contravención indudablemente puede acarrear, como consecuencia jurídica, la inconstitucionalidad del acto o norma legal en que tal contravención se materializa. En términos generales, la doctrina nacional no pone en duda que la norma constitucional que consagra el principio de dignidad puede ser invocada para decidir sobre la constitucionalidad de los preceptos legales o de las actuaciones de cualquier órgano estatal, siendo dicho precepto directamente aplicable y que ha de ser utilizado para restringir o impedir la vigencia de cualquier acto de autoridad estatal que lo contravenga<sup>31</sup>.

El ordenamiento jurídico chileno, en el artículo 1° de la Carta Fundamental reconoce valor a la dignidad humana y lo hace dentro del capítulo denominado “*Bases de la Institucionalidad*”, situando la Carta Magna a la dignidad humana como un principio básico y esencial del ordenamiento jurídico penal y como fuente de

---

<sup>31</sup> En este sentido se han pronunciado, entre varios otros, en España, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 1986, p. 88; y en Chile, SOTO KLOSS, Eduardo, *La dignidad de la persona humana*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1996, p. 12.

legitimidad, pero al mismo tiempo, como un límite de la actuación de los poderes públicos y particularmente del *ius puniendi* estatal. El inciso 4º del artículo 1º de la Constitución establece la concepción instrumentalista del Estado y su orientación a la finalidad del bien común, consagrándose el principio que el Estado no es un fin en sí mismo, sino que es un medio, un instrumento que tiene como fundamento favorecer el desarrollo integral de todos los seres humanos. Esta concepción está indisolublemente unida a la meta que el Estado debe lograr, que no es otro que el bien común. El concepto de bien común es de carácter personalista, en cuanto está relacionado con la naturaleza humana, teniendo como base la dignidad y los derechos de la persona humana, buscando hacer efectiva la realización integral de cada persona en todas sus dimensiones, y de todas y cada una de las personas que componen la sociedad nacional<sup>32</sup>.

Concordante con el reconocimiento del principio de la dignidad del ser humano, la Constitución Política de la República establece que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana, lo que implica un reconocimiento explícito de la situación preferente que ocupa la persona en nuestra institucionalidad, vale decir, en palabras de Eduardo Soto Kloss, se incorpora la noción de *“primacía de la persona”* dentro de nuestro ordenamiento constitucional<sup>33</sup>. O como lo manifiesta Rolando Pantoja: *“la razón de ser del Estado es estar al servicio de la persona humana, dentro de una concepción filosófica que se asienta en el valor del ser humano concreto, y su finalidad es promover el bien común, apuntando a un objetivo social de desarrollo espiritual, con todos los supuestos implícitos que esa finalidad conlleva”*<sup>34</sup>. De esta forma, debemos entender, que cualquier situación que realicen los órganos del Estado

---

<sup>32</sup> VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Derecho constitucional, tomo primero, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 213.

<sup>33</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, La dignidad de la persona humana, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1996, p. 12.

<sup>34</sup> PANTOJA, Rolando, Derecho Administrativo, apuntes de clases, Central de apuntes de la facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1969.

debe estar enfocada, directa o indirectamente a servir a las personas. Por el contrario, si el órgano estatal actúa sin atender a dicha finalidad, estaríamos en presencia de una conducta inconstitucional. Este principio constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo humanista, con un aparato estatal que se dirige y justifica por el servicio permanente a favor del individuo humano, siendo el cumplimiento de este principio la base que permite legitimar al Estado en general y a sus autoridades en especial, en todas y cada una de sus actuaciones, por lo que sirve de estándar continuo de valoración de las mismas, y en especial, del actuar del poder legislativo nacional.

La inclusión del concepto de dignidad humana en preceptos autónomos y estrechamente vinculados con la noción de Estado de Derecho, constituye una base normativa que se proyecta sobre todo el orden legal y no puede ser ignorada por el poder legislativo al momento de formular las leyes; ni por el órgano jurisdiccional al interpretar y aplicar el derecho positivo; ni tampoco, por la doctrina al momento de formular las elaboraciones dogmáticas. Si lo anterior es válido respecto de todos los sectores del ordenamiento jurídico, lo es especialmente en relación con el derecho penal, cuyo contenido es el que más estrechamente se vincula con el ámbito de protección inherente a la dignidad de la persona.<sup>35</sup>

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional de Chile ya ha resuelto que: *“el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en el ejercicio, de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que*

---

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos sexuales, primera edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 111.

*además a protegerlos y promoverlos*<sup>36</sup>. Este mismo tribunal, en un casi ya mítico pronunciamiento estableció: *“los titulares e integrantes de los órganos del Estado deben realizar estas funciones básicas a fin de alcanzar la finalidad suprema, el bien común; que en el cumplimiento de su misión debe actuar con la debida prudencia, equidad y mesura que las circunstancias aconsejen, lo cual resulta indubitable; pero que bajo su amparo se pretenda crear inhabilidades que el constituyente no ha establecido, directa o indirectamente, resulta inaceptable, porque con ello no solo se infringe el sentido de la norma en estudio, sino, además, se altera el sistema de responsabilidad de dichos titulares e integrantes de los órganos del Estado estructurado en la Constitución*<sup>37</sup>.

La idea de dignidad humana también se manifiesta en el proceso de selección de los intereses que se consideran dignos de tutela y en la forma en que el legislador penal asume dicha protección. La plena vigencia del valor de la dignidad humana exige, en efecto, que sólo se eleven a la categoría de bienes jurídicos aquellos intereses que sean inherentes a la persona o que resulten necesarios para su pleno desarrollo espiritual y material, incluyendo por cierto, sus posibilidades de actuación en la vida social. Limita, también la libertad del legislador, en cuanto este sólo puede considerar aquellas alternativas de lesión del individuo que se concreten en hechos externamente apreciables<sup>38</sup>.

La dimensión constitucional del derecho penal se refleja en la subordinación de la normativa criminal al mayor respeto de los derechos fundamentales de la persona, que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos adquieren rango constitucional. Los derechos humanos se alzan así como barreras que no pueden ser sobrepasadas por el legislador ni por los jueces. Han dejado de ser declaraciones de índole meramente programática, para transformarse en garantías individuales, porque las constituciones y

---

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional de Chile, ROL 1218, 07 de julio de 2009, considerando décimo octavo.

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional de Chile, ROL 19, 27 de octubre de 1983, considerando décimo noveno.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos sexuales..., Op. cit. 35, p. 112.

las leyes han creado acciones y recurso procesales específicos ante los órganos jurisdiccionales para hacerlos respetar, tales como los recursos de protección, de amparo y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. De esta manera se ha ido formando una variada jurisprudencia que ilumina la aplicación e interpretación constitucional de la ley penal, de gran utilidad en la praxis judicial<sup>39</sup>. Una función esencial del derecho penal está dada por su misión tutelar, esto es, su finalidad de protección a las personas en sus derechos básicos frente al ejercicio por el Estado del *ius puniendi*<sup>40</sup>. El derecho penal cumple su función tutelar al favorecer una convivencia pacífica, amparando los intereses jurídicos fundamentales predeterminados por una sociedad libremente organizada dentro de un categórico respeto a los derechos humanos en lo esencial. El estricto cumplimiento de esa misión es lo que legitima la existencia del derecho penal; de no ser así, constituiría una normativa impuesta arbitrariamente, transformándose la ley punitiva en un instrumento de dominio de un Estado soberbio, vulnerándose esta rama del derecho en su esencia, convirtiéndose en un medio de coaccionar ilegítimamente a la sociedad con formas de convivencia sin justificación ética, social, política o jurídica<sup>41</sup>.

### **2.2.2.- Infracción del artículo 411 ter del Código Penal al artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República**

Se vulnera además, por medio del artículo 411 ter del Código Penal, el derecho constitucional al trabajo, consagrado en el artículo 19 N° 16 de la Carta Magna nacional, el cual asegura a todas las personas *“la libertad de trabajo y su protección”*, consagrando el derecho del trabajador a elegir con quien contratar o a que actividad dedicarse. El reconocimiento a la libertad de trabajo no obsta a que la Constitución pueda prohibir ciertas actividades a fin de proteger valores de jerarquía superior, tales

---

<sup>39</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 5, p. 18.

<sup>40</sup> Supra nota al pie N° 39, p. 20.

<sup>41</sup> Supra nota al pie N° 39, p. 22.



como la moral, la seguridad, la salubridad pública o el interés nacional, pero en todo caso, y sólo por esta última causal, la prohibición laboral debe ser establecida a priori por el legislador<sup>42</sup>. En este sentido, el inciso cuarto del artículo 19 N° 16 señala en su primera parte: *“Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, o a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”*. La Constitución Política de la República consagra una prohibición general que afecta tanto al legislador, como al Estado administrador y a los privados. Esta prohibición consiste en que no se puede restringir ningún trabajo, tanto dependiente como independiente, tratándose además, de una garantía individual que se encuentra resguardada por el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Ley fundamental. Si bien la norma es amplia, la reserva de ley sólo se refiere al interés nacional. Es decir, sólo en este caso se requiere ley para prohibir un trabajo de manera general y previa. En razón de ello, es posible sostener que será el Estado administrador o el juez, el que podrá determinar si se prohíbe o no un trabajo por ser contrario a la moral, a la seguridad o la salubridad pública, pero en ningún caso, se puede prohibir a priori y por ley expresa, un trabajo por razones que excedan exclusivamente del interés nacional. La solución constitucional de no entregar la materia a la reserva legal, salvo en el caso señalado, permite una mayor capacidad de reacción de la autoridad frente a nuevas formas de trabajo improcedentes y, en todo caso, deja a salvo la posibilidad de quienes estimen que se han visto afectados en sus derechos esenciales de recurrir a los tribunales de justicia. Sin embargo, es precisamente este imperativo constitucional, el que se ha vulnerado a nuestro juicio, con la introducción en el ordenamiento jurídico de la figura típica del artículo 411 ter del Código Penal, pues, como ya hemos señalado en los capítulos anteriores, al no existir un bien jurídico específico tutelado, más que la moral pública en el delito en comento, por esta vía el legislador penal está vulnerando el principio de reserva legal consagrado en el numeral 16 del artículo 19 de la Carta Magna, lo que puede conllevar

---

<sup>42</sup> VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Derecho constitucional..., Op. cit. 32, p. 289.

un castigo penal para un trabajo no prohibido por ley, por considerarlo atentatorio a la moral o a la salubridad pública, excediendo el marco constitucional fijado, siendo por ende, totalmente contrario al ordenamiento constitucional la figura típica del artículo 411 ter, introducido por la Ley N° 20.507, la cual en el fondo, prohíbe legalmente una determinada forma de trabajo por estimarla inmoral.

En este mismo sentido, han resuelto nuestros tribunales superiores de justicia, fallando la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso al respecto, *“que esta garantía asegura que a ninguna persona le será impuesto un trabajo, como tampoco se negará el mismo por razones arbitrarias”*<sup>43</sup>.

En definitiva, las restricciones que el ordenamiento constitucional chileno impone a la labor de selección y configuración del objeto de tutela del campo sexual, pueden resumirse en la necesidad de elevar a la condición de bien jurídico únicamente intereses que tengan como titular a la persona y que efectivamente se orienten en el sentido de la capacidad de autorrealización del ser humano; en el imperativo de respetar la autonomía decisional del individuo, en lo que atañe a la forma en que cada cual opta por encauzar su sexualidad; en la prohibición de establecer cualquier forma de trato discriminatorio; y por último, en la necesidad de tipificar penalmente únicamente aquellos comportamientos que efectivamente lesionen o pongan en peligro los intereses esenciales del individuo, y no solo que amparen concepciones éticas o morales<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 25 de julio del año 1990, en: Revista Gaceta jurídica, N° 121, Santiago de Chile, 1990, p. 54.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos sexuales..., Op. cit. 35, p. 113.

## 2.3.- La antijuridicidad

### 2.3.1.- Noción de antijuridicidad

El profesor Cury define la antijuridicidad como *“el disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico”*<sup>45</sup>.

La voz antijuridicidad representa un intento de traducir el vocablo alemán *“Rechtswidrigkeit”*, que significa *“contrariedad a derecho”* y, por lo mismo, algo más que lo puramente ilícito o *“contrario a la ley”*. Por este motivo se consideró preferible construir este neologismo, en lugar de reemplazarlo por la voz ilicitud<sup>46</sup>. La afirmación de la ilicitud es el resultado de un juicio en virtud del cual se declara que la conducta típica es contraria a los valores reconocidos por la norma, de modo que el legislador dicta la ley luego de ejecutar una cuidadosa selección de los bienes o intereses por los que quiere velar y de los modos de atentado contra los cuales quiere protegerlos.

La interpretación no contradictoria de las leyes impone, en primer término, la deducción de las normas prohibitivas, entendiendo en función del principio de reserva, que todo lo que no se halle comprendido en esas normas es lícito o no prohibido. No obstante, la previsión de injerencia del poder punitivo frente a ciertos conflictos generados por la violación de esas normas, no puede menos que ser recortada por las leyes, cuando en determinadas circunstancias, se hace necesario reconocer que la realización de la acción antinormativa es, precisamente, un derecho que no puede negarse al agente como parte de su ejercicio de libertad social que disuelve el conflicto o, al menos, la pretensión de la injerencia punitiva. De allí que de la legislación no sólo se deduzcan normas prohibitivas, sino también preceptos permisivos: la interpretación no contradictoria de las primeras, a que deben responder las decisiones

---

<sup>45</sup> CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 16, p. 347.

<sup>46</sup> Supra nota al pie N° 45, p. 347.

jurisdiccionales, es el orden normativo; la del orden normativo con el juego armónico de los preceptos permisivos, es el orden jurídico<sup>47</sup>.

### **2.3.2.- la antijuridicidad formal y material**

La antijuridicidad material reside en la dañosidad social de la conducta desplegada, esto es, la lesión o peligro efectivo en que se ha puesto el bien jurídico protegido por cada norma en particular. En sentido formal en cambio, la antijuridicidad representa la relación de contradicción de la conducta con los mandatos y prohibiciones del orden jurídico, o más precisamente, la falta de autorización legal (causal de justificación) para realizar la conducta típica socialmente dañosa<sup>48</sup>. Las consecuencias de esta distinción, que supone la posibilidad de eximir de responsabilidad penal por falta de dañosidad social, a pesar de que no exista una causal de justificación expresa, no es compartida por la doctrina nacional mayoritaria, no obstante, ha encontrado reconocimiento en alguna jurisprudencia extranjera<sup>49</sup>. En este punto, un camino a transitar, sería el de permitir a los intervinientes de un juicio oral, alegar la absolución de los cargos formulados a la luz del artículo 411 ter del Código Penal, por la falta de antijuridicidad material, al no existir bien jurídico protegido por dicho precepto legal, no existiendo una dañosidad social de la conducta, permitiendo a los jueces de la instancia, al conocer de los hechos de la acusación, aplicar al caso concreto de marras, los límites del *ius puniendi* estatal, los cuales están implícitos en la Constitución Política de la República, debiendo, por ende, absolverse al enjuiciado por la figura típica del artículo 411 ter del Código Penal, por falta de antijuridicidad material de la conducta objeto de la litis, siendo la conducta enjuiciada permitida por el ordenamiento jurídico.

---

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 25, p. 589.

<sup>48</sup> CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 16, p. 355.

<sup>49</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno..., Op. cit. 9, p. 210.

Es cierto que el concepto de antijuridicidad material tiene una considerable importancia político-criminal, pero ésta despliega su eficacia mediante la interpretación del tipo, graduación del injusto y ponderación de intereses dentro de los límites del derecho vigente, pudiendo en algunos casos relativizarse el tenor literal de las normas escritas mediante el principio de la antijuridicidad material<sup>50</sup>.

### **2.3.3.- Exclusión de la antijuridicidad**

La antijuridicidad está constituida por la disconformidad de la conducta con el derecho y, por consiguiente, falta cuando la conducta, no obstante adaptarse a una descripción típica, guarda conformidad con el derecho. Por lo tanto, cada vez que una determinada conducta típica se ajusta al ordenamiento jurídico, está ausente la antijuridicidad, como precisamente sucedería en la figura típica introducida por el novel artículo 411 ter del Código Penal. A partir de esta premisa debiéramos deducir, que no es preciso señalar expresamente cuales son las causas que justifican una conducta determinada y que, menos aún, debieran consignarse en forma taxativa las causales de justificación, por cuanto una enumeración limitativa de las mismas, pone trabas a un juicio de valor que requiere la más amplia consideración conjunta de todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la ley, que quiere constituirse en una guía práctica de las decisiones judiciales, ha optado por señalar precisamente cuales son las causales de justificación. Y esto ocurre no solamente en nuestro país, sino que en la mayoría de las legislaciones penales del derecho extranjero. Afortunadamente la legislación nacional, no obstante enumerar las causales de justificación en el Código Penal, ha consignado una que tiene tal amplitud, que permite al intérprete acudir a todos los principios jurídicos vigentes para determinar si una conducta guarda o no

---

<sup>50</sup> ROXIN, Claus, Derecho penal, parte general, tomo primero, primera edición, reimpresión, Madrid, Editorial Cuadernos Civitas, 2000, p. 562.

conformidad con ellos, tal es la señalada en el numeral 10 del artículo 10 del Código Penal<sup>51</sup>.

#### **2.4.- Conclusiones parciales**

Los principios limitadores del *ius puniendi* estatal analizados, esto es, el principio de intervención mínima y el principio de lesividad o protección, deben regular y orientar la correcta actuación del legislador penal, en miras de la creación de un ordenamiento jurídico penal, propio de un Estado democrático de Derecho, y donde la noción de bien jurídico protegido se ha constituido en una barrera insoslayable de toda nueva creación penal, pues, si un tipo penal careciere de bienes jurídicos relevantes, amparados por medio de la sanción penal, se estaría sancionando criminalmente solo inmoralidades sin relevancia jurídica alguna, por lo que las conductas subsumibles en dicha figura típica adolecerían de una falta de antijuridicidad material al vulnerarse así el principio de lesividad, el cual lo podemos encontrar implícito en el capítulo de Bases de la Institucionalidad de la Constitución Política de la República.

En el próximo capítulo, engarzaremos las herramientas conceptuales ya desarrolladas, con la estructura típica establecida en el artículo 411 ter del Código Penal chileno, realizando un examen crítico de dicha figura a la luz de los principios de intervención mínima y lesividad, para afectos de determinar su legitimidad y aplicabilidad en el ordenamiento jurídico nacional y las eventuales soluciones sistemáticas aplicables a los problemas prácticos que se presenten.

---

<sup>51</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de derecho penal chileno, parte general, tomo primero, tercera edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 339.

### III.- CAPÍTULO SEGUNDO: LA FIGURA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 411 TER DEL CÓDIGO PENAL Y LA (IN)EXISTENCIA DE UN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el presente capítulo, nos introduciremos en el estudio de la problemática de la existencia o inexistencia del bien jurídico protegido en la figura típica del artículo 411 ter del Código Penal<sup>52</sup>, lo cual nos permitirá indagar en la real justificación y legitimidad del legislador de la Ley N° 20.507<sup>53</sup>, al sancionar al agente que, sin que en su actuar concurren los requisitos típicos del artículo 411 bis o 411 quáter del código punitivo, facilite o promueva la entrada o salida del país de personas adultas, para que ejerzan la prostitución libre y voluntariamente en el territorio nacional o en el extranjero.

En el presente trabajo sostenemos que el tipo penal previsto y sancionado en el artículo 411 ter del Código Penal no busca la protección de ningún bien jurídico, sino que por medio de su introducción, se pretende orientar la conducta de los ciudadanos a través de ideas morales, que se alejan totalmente de los fundamentos de un derecho penal de un Estado democrático de Derecho, vulnerando entre otros, el principio de lesividad y a la postre, instrumentalizándose la política criminal para fines totalmente ajenos a los que pueden legitimar la intervención del derecho de castigar en un Estado democrático moderno.

A nuestro juicio, como lo fundamentaremos a continuación, la correcta es esta última postura, esto es, que la figura del artículo 411 ter del Código Penal no tiene

---

<sup>52</sup> Artículo 411 ter del Código Penal chileno: *“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.”*

<sup>53</sup> 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”*, promulgada el día 01 de abril del año 2011 y publicada en el Diario Oficial el día 08 de abril del año 2011.

ningún bien jurídico concreto y determinado que proteger ni amparar, sólo cuestiones morales, ajenas al derecho penal moderno, presentándose una situación de falta de antijuridicidad material, por falta del principio de lesividad, por lo que al no ser antijurídica la conducta, la hipótesis de actuación prevista en dicho precepto legal no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico nacional, no constituyendo dicha figura delito alguno, por falta de uno de los elementos esenciales del delito, que es precisamente la antijuridicidad.

### **3.1.- Génesis de la Ley N° 20.507 y particularmente del artículo 411 ter del Código Penal**

Con el objeto de determinar el campo de aplicación de la figura contemplada en el artículo 411 ter del Código Penal, se hace necesario indagar en la historia de la Ley N° 20.507, con el propósito de descubrir cuáles fueron las motivaciones o razones que tuvo el legislador nacional para establecer el precepto legal en comento, y si tuvo la precaución de hacer compatible esta innovación legal con los límites del *ius puniendi* estatal.

Con fecha 8 de abril del año 2011, entró en vigor la Ley N° 20.507<sup>54</sup>, tipificando en Chile el tráfico de migrantes y trata de personas, estableciendo normas para su prevención y efectiva persecución criminal, pretendiendo configurar una normativa acorde con los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile, especialmente, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (en lo sucesivo “Protocolo de Palermo contra la trata de

---

<sup>54</sup> Esta ley tuvo su origen en una moción presentada por la diputada María Antonieta Saa y los diputados Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes, José Antonio Galilea Vidaurre, María Eugenia Mella Gajardo, Adriana Muñoz D’Albora, Alejandro Navarro Brain, Osvaldo Palma Flores, Jaime Quintana Leal, María Antonieta Saa Díaz. Cfr. el documento “Historia de la ley”, p. 4, accesible en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20507&anio=2012](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012), consultado el 25 de noviembre de 2013.



personas”)<sup>55</sup>; y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (en lo sucesivo “Protocolo de Palermo contra el tráfico de migrantes”)<sup>56</sup>, ratificados por Chile el año 2004, ambos complementarios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. De manera pretérita, solo existía sobre la materia el ya derogado artículo 367 bis del Código Penal, el cual regulaba de una manera muy rudimentaria, escueta e insuficiente, el tráfico de personas para ejercer el comercio sexual, dejando desamparadas a las víctimas de la trata de personas, cuando esta tenía finalidades diversas, tales como, la explotación laboral, extracción de órganos o la esclavitud humana, entre otras hipótesis delictivas. Por último, y en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, se hizo referencia en el proyecto de ley, al Convenio N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, aprobado en la conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo el día 1 de junio del año 1999<sup>57</sup>.

El proyecto de la Ley N° 20.507, cuya discusión se extendió por más de seis años, pretendía que el Estado de Chile diera cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos, haciendo desde ya presente, que en el texto original de este proyecto legal, no se consignaba el actual artículo 411 ter del Código Penal, (objeto de

---

<sup>55</sup> 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, adoptado el 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 25 de diciembre de 2003. A la fecha cuenta con 124 Estados Partes, incluyendo Chile desde noviembre de 2004 (vid. <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/countrylist-traffickingprotocol.html>, consultado el 25 de noviembre de 2013).

<sup>56</sup> Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado el 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 18 de enero de 2004. A la fecha cuenta con 135 Estados partes, entre los que se cuenta Chile desde noviembre de 2004 (vid. [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en), consultado el 25 noviembre 2013).

<sup>57</sup> Historia de 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, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 13.

la presente AFET) sino que esta figura delictual se agregó posteriormente, durante el desarrollo del proceso legislativo y de una manera muy deficiente, como se analizará.

Llama poderosamente la atención que, en particular respecto de la figura típica del artículo 411 ter del Código Penal, no exista ningún pronunciamiento en la discusión parlamentaria que se consigne en la historia fidedigna del establecimiento de la ley en comento, que haya recaído sobre la naturaleza del bien jurídico amparado por dicha figura, su compatibilidad con los principios fundantes de derecho penal de un Estado social, democrático y de Derecho o al menos, sobre las razones técnicas tenidas a la vista por el legislador para la imposición de este nuevo tipo penal. Esta deficiente técnica legislativa, evidenciada por el culpable silencio guardado por el legislador al pronunciarse sobre la creación de nuevas manifestaciones del *ius puniendi* en materia de delitos sexuales; no es novedosa, sino una práctica más o menos habitual de nuestros legisladores, pues ya en la discusión parlamentaria en nuestro Congreso Nacional de la Ley N° 19.927, sobre la tipificación del delito de obtención de servicios sexuales respecto de menores de edad, algunos parlamentarios señalaron en la discusión en sala en la Cámara de Diputados, lo siguiente: *“En el caso de la sanción al cliente en la prostitución infantil, no hay bien jurídico alguno que proteger, pues se trata de actos consentidos, libres y voluntarios de dos personas, existiendo un precio de por medio. En definitiva se sanciona la conducta por considerarla socialmente reprobable, pero no hay ningún interés o bien jurídico que amparar”*<sup>58</sup>.

En la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.507, en particular sobre las razones técnicas tenidas a la vista por el legislador para la creación del tipo penal del artículo 411 ter del Código Penal, solo en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, con fecha 8 de noviembre del año 2010, se reabrió el debate sobre la materia, y en cumplimiento del encargo hecho por los miembros de la Comisión referida, los representantes del Ministerio

---

<sup>58</sup> Historia de la Ley N° 19.927, publicada en el Diario Oficial el día 14 de enero del año 2004, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, Legislatura 347, Sesión 41, de fecha 11 de septiembre del año 2002, Discusión General.

Público, conjuntamente con el profesor Juan Domingo Acosta, propusieron un nuevo texto del artículo 411 ter, totalmente distinto del texto del proyecto original, que estableció: *“El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que estas ejerzan la prostitución en el territorio o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales”*. En dicha comisión legislativa, se sostuvo que la norma del artículo 411 ter del Código Penal sólo repite lo dispuesto en el inciso primero del artículo 367 bis del Código Penal, que originariamente en Chile tipificaba el delito de trata de personas y que el proyecto derogó; pero que no se vuelve a reponer con claridad en las nuevas disposiciones penales que se proponen, sosteniendo asimismo, que debido a la entidad del delito y la importancia que tiene su tipificación para la persecución del tráfico de personas, es esencial que esta conducta, esté expresamente sancionada. La Comisión finalmente consideró, que el nuevo artículo 411 ter propuesto, daba una señal clara de repudio a una de las formas tradicionales de tráfico ilícito de personas, que es precisamente el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, evitando así un posible vacío de punibilidad. En otras palabras, por medio de la creación del artículo 411 ter se mantuvo la figura simple del derogado artículo 367 bis del Código Penal, creándose un tipo penal en que el sujeto pasivo es una persona mayor de 18 años, pero desprovisto de las circunstancias comisivas y fines de explotación del delito de trata de personas, y solo para el caso en que la hipótesis de explotación sea el ejercicio de la prostitución, manteniéndose la exigencia de que el sujeto pasivo debe traspasar las fronteras del país para verificar la ocurrencia del tipo penal. Esta enmienda del texto original propuesto a la comisión parlamentaria no fue objeto de un profundo análisis por parte de ella, siendo prácticamente soslayada en las posteriores instancias de tramitación<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> SOTO DONOSO, Francisco Javier, La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la Ley N° 20.507, actividad formativa equivalente a tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en derecho penal de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2013, p. 31, accesible en [http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/2250/113954/de\\_soto\\_f.pdf](http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/2250/113954/de_soto_f.pdf), consultado el 16 de enero de 2014.

Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 121 del Reglamento del Senado, fue sometida a votación la proposición enmendada que reemplazó al artículo 411 ter originario, siendo aprobada dicha enmienda por unanimidad; dándose así lugar a la redacción actual del artículo 411 ter del Código Penal, sin ningún filtro técnico e infringiendo la Constitución y los principios de lesividad, subsidiariedad y última ratio del derecho penal, límites del *ius puniendi* esperables en un Estado que dice ser democrático y de Derecho<sup>60</sup>.

### **3.2.- Análisis dogmático de la figura contemplada en el artículo 411 ter del Código Penal**

#### **3.2.1.- Sujetos del delito**

El sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona con independencia de su sexo y nacionalidad. Incluso, nuestra ley penal, en el artículo 411 octies inciso segundo, contempla la hipótesis que este delito sea cometido no sólo por personas naturales, sino que también podrían ser sujeto activo, las organizaciones criminales, pero en la práctica, esta posibilidad no es viable en la realidad jurídica nacional, en primer lugar, porque la expresión organización criminal, no es sinónimo de personas jurídicas para efectos de lo dispuesto en la Ley N° 20.393<sup>61</sup>, y en segundo lugar, los delitos introducidos por la Ley N° 20.507, no permiten perseguir en Chile la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al no estar contemplados en la enumeración taxativa de delitos contemplada en el artículo 1° de la Ley N° 20.393.

---

<sup>60</sup> Historia de 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, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 202.

<sup>61</sup> Ley N° 20.393, que "establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica", promulgada el día 25 de noviembre del año 2009 y publicada en el Diario Oficial el día 02 de diciembre del año 2009.

El sujeto pasivo puede ser una o más personas. El Tribunal Oral de Calama, pronunciándose sobre una causa seguida por el antiguo artículo 367 bis del Código Penal, para justificar esta postura, ha señalado que el hecho que el tipo penal hable de personas, en plural, en nada obsta a que se pueda cometer el delito en relación con un solo sujeto pasivo, pues se entiende que el concepto utilizado por el legislador fue precisamente omnicomprensivo y no restringido específicamente a un grupo de personas, ya que no tendría sentido que sólo se sancionara la acción enunciada cuando se tratara de más de una persona ofendida, sin dejar de castigar la conducta del actor cuando se refiera a un solo afectado<sup>62</sup>. Con todo, estimamos, que dada la ausencia de bien jurídico protegido, el hecho que la conducta descrita en el artículo 411 ter se cometa respecto de dos o más personas, no constituye por ese solo hecho dos o más delitos.

### **3.2.2.- Faz objetiva. Conducta y objeto típicos**

La acción prohibida es promover o facilitar la entrada o salida del país de personas.

Por medio de la figura del artículo 411 ter del Código Penal, se sanciona al agente que promueva o facilite la entrada o salida de personas del territorio nacional o al extranjero, para que ejerzan el comercio sexual.

Los verbos rectores en el artículo 411 ter son “facilitar” y “promover”, por lo que tratándose de un delito de hipótesis múltiple, basta que se realice una sola de las conductas o bien pueden concurrir ambas, e igualmente se incurriría en un solo delito, siempre y cuando se trate de un mismo sujeto pasivo en un mismo contexto temporo espacial. Para la Real Academia Española, en el uso corriente del término, “*promover*”

---

<sup>62</sup> Tribunal Oral de Calama, 25 de noviembre de 2009, RIT 127-2009.

significa “*tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo*”<sup>63</sup>. Tomar la iniciativa en determinar a otro, esto es, instigar o incitar a otro a cruzar las fronteras con el fin de ejercer el comercio sexual. La promoción, debe entenderse como la ejecución de cualquier conducta que tienda a impulsar, inducir, impeler o inclinar a una persona para que ejerza la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero. Por su parte el verbo “*facilitar*” significa hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin<sup>64</sup>, esto es, auxiliar, posibilitar, ayudar o contribuir a que una persona entre o salga del país para prostituirse, lo cual supone una resolución ya tomada por el sujeto pasivo de la acción típica. En otras palabras, entendemos la facilitación como dar auxilio, colaboración, ayuda, contribución o el hecho de procurar los medios necesarios para que alguien cruce las fronteras y comercie sexualmente en el territorio nacional o en el extranjero.

El objeto de la conducta incriminada es la entrada o salida del país de personas, para que estas ejerzan el comercio sexual. En este sentido, la Real Academia define prostitución, como “*la actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero*”<sup>65</sup>. Esto es, el ejercicio de actos sexuales a cambio de un precio, lo cual requiere de una pluralidad de contactos interpersonales del que ejerce la prostitución y la entrega de favores sexuales en forma indiscriminada a cambio de un precio.

Se trata de un delito formal o de mera actividad, que exige para su consumación la sola realización de la conducta típica, sin exigir un resultado posterior, aceptando por ello, sólo la tentativa cuando se principie a su ejecución por hechos

---

<sup>63</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, tomo segundo, vigésima segunda edición, Madrid, Editorial Espasa Calpe S. A., 2001, p. 1844.

<sup>64</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, tomo primero, vigésima segunda edición, Madrid, Editorial Espasa Calpe S. A., 2001, p. 1031.

<sup>65</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, tomo segundo..., Op. cit. 63, p. 1849.

directos, faltando uno o más para su complemento<sup>66</sup>, debido a lo cual, para que el delito se encuentre consumado, no se requiere que la persona efectivamente entre al país o salga de él,<sup>67</sup> pues dicha entrada o salida no está exigida como resultado típico separado de las conductas de facilitar y promover, siendo irrelevante para la tipicidad de la conducta, que la entrada o salida sea lícita o ilícita, por lo que en ambos casos, la conducta siempre será típica.

La opinión de Rodríguez Collao cuando examina el *iter criminis* en la figura básica del derogado artículo 367 bis inciso primero del Código Penal, es que aquí: *“no se requiere que la víctima haya alcanzado a prostituirse, como lo deja de manifiesto el empleo de la proposición “para”, que indudablemente alude a la simple motivación que ha de presidir la actuación del sujeto activo”*<sup>68</sup>.

### 3.2.3.- Faz subjetiva

El delito contemplado en el artículo 411 ter del Código Penal se satisface sólo con dolo directo, requiriéndose además de un elemento subjetivo del tipo, consistente en la finalidad del agente para que las personas objeto de la acción típica entren o salgan del país para ejercer la prostitución, pero no se requiere que se realicen actividades efectivas de prostitución para la consumación del delito. Por consiguiente, basta que el sujeto activo desarrolle la conducta típica con miras de cumplir esta

---

<sup>66</sup> Suazo Schwencke, Carolina, *Iter criminis en los delitos sexuales, análisis dogmático y jurisprudencial*, tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal de la Universidad de Chile, 2012, p. 10 (apartado); y Aguilar Aranela, Cristian. *Delitos sexuales*, segunda edición, Editorial Metropolitana, 2012, p. 209.

<sup>67</sup> GONZÁLEZ JARA, Manuel Ángel, *Regulación penal del meretricio*, primera edición, Santiago de Chile, Editorial Librotecnia, 2009, p. 160.

<sup>68</sup> RODRIGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales...*, Op. cit. 35, p. 236.

finalidad<sup>69</sup>, siendo por ende, un tipo penal que exige una tendencia interna trascendente.

Este tipo penal exige dolo directo, no resultando posible su punición a título de dolo eventual o culpa, por cuanto el tratante debe actuar deliberadamente promoviendo o facilitando el ingreso o salida del país de los afectados, con el objeto que se dediquen a ejercer el comercio sexual. Cabe señalar que en el tipo penal del artículo 411 ter, de ninguna manera se exige algún medio de comisión en unión copulativa con un objetivo de explotación, lo que lo diferencia del delito de trata de personas.

#### **3.2.4. Pena principal aplicable**

La figura contemplada en el artículo 411 ter del Código Penal se encuentra sancionada con una pena de tres años y un día a cinco años de reclusión menor en su grado máximo y con una multa de veinte unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las accesorias del artículo 29 del Código Penal.

### **3.3.- Delimitación del ámbito de aplicabilidad de la figura del artículo 411 ter del Código Penal.**

Los delitos contemplados en la Ley N° 20.507, se enmarcan en el amplio ámbito de las conductas declaradas como delitos de trascendencia internacional<sup>70</sup>, de acuerdo a los tratados suscritos al amparo de las Naciones Unidas y que presentan un incontable abanico de tipos penales de la más diversa caracterización.

---

<sup>69</sup> Supra nota al pie N° 68, p. 161.

<sup>70</sup> CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas, Santiago de Chile, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2013, p. 42, accesible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924bfd1051ff5.pdf>, consultado el 19 de diciembre de 2013.



Resulta importante destacar que en el nuevo ordenamiento legal establecido por la Ley N° 20.507, se haya mantenido la figura penal del artículo 411 ter, la cual se ubica geográficamente entre la tipificación del delito de tráfico de migrantes y el delito de trata de personas con fines de explotación, lo que es un claro indicio del contenido de la norma legal en estudio, poseyendo ésta elementos de ambas figuras, lo que origina de manera inmediata, cuestionamientos respecto del ámbito de aplicabilidad efectiva del artículo 411 ter en los casos concretos de la vida diaria y respecto de los bienes jurídicos amparados por los referidos artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal.

### **3.3.1.- Los concursos aparentes de leyes penales**

El concurso aparente es aquella situación que se presenta *“cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas”*<sup>71</sup>.

La procedencia de un concurso aparente de leyes penales se encuentra condicionada por la presencia o no de los diversos requisitos de aplicabilidad de los principios de solución del concurso aparente creados por la doctrina y la dogmática jurídica, entre los cuales encontramos los principios de especialidad, subsidiariedad, alternatividad o consunción<sup>72</sup>.

Así pues, al hablar del concurso aparente de leyes penales, estamos hablando en realidad de un dilema de interpretación, pues a la postre, lo que se plantea es un conflicto entre varias disposiciones legales, cada una de las cuales parece adecuada en principio para normar el hecho, no obstante lo cual es preciso, mediante la aplicación de los recursos hermenéuticos, determinar cuál es la que de veras se acomoda precisamente a todas sus particularidades fácticas y aprehende por

---

<sup>71</sup> CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 16, p. 667.

<sup>72</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno..., Op. cit. 9, p. 457.

completo su significado de valor. Sin embargo, esta cuestión interpretativa de encuentra entrelazada en forma estrecha con la teoría del concurso de delitos. Pues, en efecto, la decisión relativa a cual de los tipos penales recibirá aplicación en el caso de que se trata, está precedida por la de si en realidad éste ha ser regido por una sola de ellas o si, más bien, nos hallamos frente a una autentica pluralidad de delitos con unidad de hecho, esto es, ante un concurso ideal<sup>73</sup>.

El principio de especialidad, si bien no se encuentra expresamente consagrado en la ley penal, está formulado de manera amplia, para regular las relaciones del ordenamiento jurídico en general, en los artículos 4, 13 y 20 del Código Civil, poseyendo una fuerza de aplicación supletoria general en todas las ramas del derecho<sup>74</sup>.

Concorre una relación de especialidad entre dos preceptos penales en pugna, cuando en la descripción de los elementos típicos de uno de ellos, la figura especial, se contienen todos los elementos del otro, la figura general, más uno o varios elementos especializantes, como el caso de parricidio frente al homicidio (especialidad por extensión o adición); o bien cuando la descripción de uno o varios elementos del supuesto de hecho de la ley especial suponen conceptual y necesariamente la de todos los de la ley general, por que es una parte de un todo o una especie de un genero conceptual, como en el caso de la relación entre la estafa y la falsificación de documentos privados (especialidad por comprensión o especificación), evitando así una infracción al principio de *non bis in idem*, cuando en la concurrencia de dos o más normas, la estimación conjunta de ambas suponga una relación lógica entre ellas que lleve necesariamente a tomar en cuenta dos o más veces un mismo elemento del hecho jurídico penalmente relevante y común a todas las normas concurrentes.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 16, p. 668.

<sup>74</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, El concurso aparente de leyes penales, primera edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1957, pp. 59 y ss.

<sup>75</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno..., Op. cit. 9, p. 458.

Se entiende que existe subsidiariedad entre dos leyes penales cuando una de ellas solo quiere tener aplicación en caso que la otra no sea aplicable<sup>76</sup>, exigiéndose además que ambas leyes penales estén destinadas a la protección del mismo bien jurídico en distintos estadios de ataque<sup>77</sup>. Así, existe subsidiariedad en materia de concurso aparente de leyes penales, si concurren dos o más figuras calificadas de una misma básica, como en el caso de las relaciones entre las lesiones graves-gravísimas y las mutilaciones, en cuyo caso, ha de ser preferente y principal la que contenga la calificación o penalidad más grave<sup>78</sup>.

Por otro lado, si el sustrato fáctico es perfectamente encuadrable en dos disposiciones legales, es posible dar lugar al principio de alternatividad para su tratamiento penal, prefiriendo, en el caso concreto, la ley más severa, debiendo aplicarse al caso específico la figura que se encuentre sancionada con la pena más grave<sup>79</sup>. La relación de alternatividad se produce entre aquellas disposiciones legales que, en atención a la protección de un mismo bien jurídico, se relacionan entre sí como distintos medios para alcanzar la misma meta<sup>80</sup>.

En los casos de aplicación de los principios de consunción o absorción, no estamos ante relaciones lógicas, sino ante valoraciones del sentido de cada una de las normas en juego, según su forma de realización concreta en los hechos enjuiciados, y por tanto, se incluyen en él todos aquellos supuestos en que, no siendo apreciable una relación de especialidad, subsidiariedad o alternatividad, debe rechazarse no obstante el tratamiento concursal común, porque uno de los preceptos en pugna regula un

---

<sup>76</sup> MATUS A. Jean Pierre, El concurso aparente de leyes, primera edición, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008, p. 56.

<sup>77</sup> Supra nota al pie N° 76, p. 58.

<sup>78</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno..., Op. cit. 9, p. 459.

<sup>79</sup> Supra nota al pie N° 78, p. 461.

<sup>80</sup> MATUS A. Jean Pierre, El concurso aparente de leyes..., Op. cit. 76, p. 66.

hecho que solo puede considerarse como accesorio o meramente acompañante, en sentido amplio, del que regula el precepto principal y desplazante: los llamados actos anteriores, propiamente acompañantes y posteriores copenados, como por ejemplo ocurre en el delito de daños del artículo 488 del Código Penal, al disponer dicha norma que solo se castigará cuando el hecho no pueda considerarse constitutivo de otro delito que merezca mayor pena<sup>81</sup>. En otras palabras, como sostiene Cury Urzúa: *“de conformidad al principio de consunción o absorción, hay también un concurso aparente de leyes penales, y no un concurso ideal de delitos, cuando –existiendo identidad del bien jurídico protegido-, el hecho parece ser captado por dos o más tipos; pero como el disvalor delictivo que implica la ejecución de uno de ellos contiene al que supone la realización del otro u otros, aquél consume o absorbe a éstos, desplazándolos<sup>82</sup>”*.

Los casos de consunción, se encuentran regidos por el principio de insignificancia, en los cuales no tienen lugar las relaciones lógicas existentes entre los preceptos en juego, sino que existen ciertas relaciones empíricas entre hechos susceptibles de ser calificados por dos o más preceptos, en el que la realización de uno de ellos se presenta como insignificante frente a la del otro, cuya intensidad criminal lo absorbe<sup>83</sup>.

Para la apreciación relativa a si un tipo de los concurrentes contiene el disvalor delictivo del otro u otros, es indispensable la consideración de los bienes jurídicos protegidos por cada uno de ellos, su magnitud y su conexión, así como del modo que asume el ataque en las distintas figuras en conflicto. La severidad comparativa de las

---

<sup>81</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno..., Op. cit. 9, p. 463.

<sup>82</sup> CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 16, p. 669.

<sup>83</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno..., Op. cit. 9, p. 458.

distintas penas amenazadas constituye un criterio de referencia, pero sería engañoso dejarse guiar únicamente por él<sup>84</sup>.

### **3.3.2.- Ámbito de aplicabilidad del artículo 411 ter en relación a la figura del artículo 411 bis del Código Penal**

En primer lugar, respecto del delito de tráfico ilícito de migrantes, previsto y sancionado en el artículo 411 bis del Código Penal<sup>85</sup>, debemos distinguir dos posturas respecto del bien jurídico protegido por dicha conducta, pues para algunos autores esta figura legal implica una infracción a la legislación migratoria de un país, una forma de facilitación de la migración irregular, asistida por terceras personas. En otras palabras, el delito de tráfico ilícito de migrantes es un delito contra el orden socioeconómico institucionalizado, de carácter supraindividual y de carácter material, en que se tutela uno de los aspectos del mismo (el fenómeno migratorio). Esta es la postura adoptada por Aguilar Aranela, para quien el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilícito de migrantes, es precisamente la política migratoria del Estado chileno, puesto que constituye una infracción a la legislación migratoria, una forma de facilitación de la

---

<sup>84</sup> CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal, parte general..., Op. cit. 16, p. 670.

<sup>85</sup> Artículo 411 bis del Código Penal: *“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 o máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*

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

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

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

migración irregular asistida por terceras personas con ánimo de lucro<sup>86</sup>. Con todo, postulamos que esta posición es perfectamente aplicable a la realidad española donde la figura de tráfico ilícito de migrantes en dicho Estado no exige ánimo de lucro en el agente<sup>87</sup>, cuestión que sí es exigida típicamente por el artículo 411 bis chileno, razón por la cual esta postura doctrinaria es poco plausible en Chile, además que tampoco explica dicha postura el hecho de que los migrantes ilegales no son castigados por medio de la figura del artículo 411 bis, el cual solo sanciona al traficante ilegal, debilitándose seriamente la tesis de que el bien jurídico protegido por esta figura sea solamente el orden migratorio estatal y no algo más.

Por el contrario, para Cárdenas Aravena *“la posición que identifica a la integridad moral de los migrantes como bien jurídico protegido por esta norma (artículo*

---

<sup>86</sup> AGUILAR ARANELA, Cristián, Delitos sexuales, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2012, p. 187.

<sup>87</sup> Artículo 318 bis del Código Penal español: *“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. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión. 3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prestando su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 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. Cuando 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. En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código. 6. 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 las respectivamente señaladas”.*

*411 bis) 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, lleva derechamente a referirse a un comercio cuyo objeto material es el migrante<sup>88</sup>. Siendo esta última postura doctrinal la que apoyamos en el presente trabajo, por ser más acorde al tenor literal del artículo en comento.*

Entrando derechamente a la delimitación del ámbito de aplicabilidad de la figura del artículo 411 ter en concurso con el del delito de tráfico ilícito de migrantes, previsto y sancionado en el artículo 411 bis, esto es, la determinación de la norma penal específica aplicable al caso concreto de un agente que, con ánimo de lucro, facilite o promueva la entrada ilegal de una persona adulta que no sea nacional o residente, para que dicha persona ejerza el comercio sexual en el territorio nacional; debemos analizar en primer lugar si estamos en presencia de un concurso ideal o aparente de leyes penales.

Al analizar detalladamente la estructura y exigencias de ambas figuras típicas, podemos observar que las dos comparten aspectos relevantes, pero tienen otros que las diferencian profundamente, de modo que ninguna de las dos figuras en juego será subsumible completamente en la otra figura, ya que, en la descripción del supuesto de hecho del referido artículo 411 ter, no se contienen íntegramente todos los elementos del tipo penal del artículo 411 bis, tales como el ánimo de lucro, la entrada ilegal al país o la exigencia que se trate de personas extranjeras no residentes, requisitos no exigidos por el claro tenor del artículo 411 ter, el que es aplicable a casos concretos adicionales no subsumibles dentro del supuesto típico del primero. A modo de ejemplo, podemos señalar la conducta de un agente que, sin ánimo de lucro, facilitare o promoviere la salida del país de forma legal de una persona que sea nacional o extranjera residente en Chile, con el objeto que esta ejerza voluntariamente el

---

<sup>88</sup> CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, El delito de tráfico de migrantes con especial referencia a la legislación chilena, en Congreso internacional homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, tomo cuarto, Valparaíso, 2011, p. 453.

comercio sexual en un país foráneo, caso que de ninguna manera se encuentra subsumido en la norma del artículo 411 bis del Código Penal, pero que es perfectamente punible a la luz de lo dispuesto en la figura del artículo 411 ter del código de castigo, todo esto, sin perjuicio de la legitimidad de la punición de dicha conducta prevista en el artículo 411 ter, como se verá más adelante.

Cárdenas Aravena, sostiene que entre las figuras del artículo 411 bis y 411 ter, podría darse un concurso aparente de leyes penales, el cual no es solucionable por la vía del principio de especialidad, pues ninguna de las dos figuras está enteramente comprendida en la otra, sino que a su juicio, es remediable por la vía que Politof, Matus, y Ramírez han denominado de subsidiariedad o alternatividad<sup>89</sup>, pues a su juicio, ambas figuras comparten aspectos relevantes, pero tiene otros que las diferencian, de modo que algunos casos concretos serían subsumibles en ambas figuras, y otros solamente en una, siendo indispensable determinar cuál es la sanción más severa en el caso de estas dos figuras penales en concurso, debiendo en este caso aplicarse el artículo que sancione la conducta incriminada con una penalidad mayor, y que corresponde a la del artículo 411 ter del código punitivo<sup>90</sup>.

Por nuestra parte, sostenemos en el presente trabajo, que no se da entre estas dos figuras un concurso aparente de leyes penales, puesto no asiste respecto de ambas, el principio de especialidad, al no estar ninguna de las dos figuras analizadas en este acápite íntegramente contenida en la otra, poseyendo además algún elemento que opere como factor especializante, ni tampoco concurren los principios de subsidiariedad, alternatividad o consunción, al no existir entre el artículo 411 ter y 411 bis del Código Penal, identidad del bien jurídico protegido.

---

<sup>89</sup> POLITOFF L., Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno..., Op. cit. 9, p. 460.

<sup>90</sup> CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, Sobre ciertos problemas..., Op. cit. 70, p. 34, accesible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924bfd1051ff5.pdf>, consultado el 19 de diciembre de 2013.



### 3.3.3.- Ámbito de aplicabilidad del artículo 411 ter en relación a la figura del artículo 411 quáter del Código Penal

Podemos señalar que el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas con fines de explotación, contemplado en el artículo 411 quáter del Código Penal<sup>91</sup>, es múltiple, tratándose de un delito pluriofensivo, que cautela diversos bienes jurídicos de carácter personalísimo, como la vida e integridad física y psíquica, libertad y seguridad personal, libertad sexual individual, indemnidad o intangibilidad sexual, libertad de tránsito y de residencia, libertad de trabajo, vida privada y honra<sup>92</sup>.

Dentro de la estructura del delito de trata de personas, podemos distinguir, diversos medios, fines típicos y conductas. Los medios comisivos que consagra el artículo 411 *quáter* del Código Penal son “violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”. Son muchas las posibilidades, pero es suficiente que se concrete una sola de ellas como vehículo de comisión de las acciones de los verbos rectores, realizadas con las finalidades de

---

<sup>91</sup> Artículo 411 quáter del Código Penal: “*El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimos a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*”

*Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrá las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta unidades tributarias mensuales.*

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

<sup>92</sup> SOTO DONOSO, Francisco, Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo, en: Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 39, Santiago de Chile, junio 2009, p. 174.

explotación exigidas en la norma penal, para que, de concurrir los demás elementos típicos, estimemos como perpetrado el delito de trata de personas. Si concurre más de uno de los medios de comisión a la vez, por ejemplo se actúe mediando violencia y abuso de poder, solo se producirá como efecto jurídico el reforzamiento del tipo penal, siendo suficiente probar uno solo de los medios comisivos establecido en el artículo 411 quáter para acreditar la comisión del hecho delictual en comento, siendo los medios comisivos de la trata circunstancias fácticas que apuntan a viciar el consentimiento del sujeto pasivo<sup>93</sup>.

La realización de los verbos rectores del tipo penal de trata de personas del artículo 411 quáter está condicionada por ciertas circunstancias comisivas que dan cuenta de la falta o vicio del consentimiento de la víctima para la práctica de las actividades que en definitiva implican explotación. La introducción de estas circunstancias es importante desde la perspectiva del principio de lesividad, pues con ellas se puede concluir que el delito no puede cometerse si no hay un atentado a la libertad de la persona<sup>94</sup>. Al referirnos a los medios comisivos de la trata de personas, nos debemos abocar a aquellas modalidades necesarias para obtener o explotar una relación que, en los hechos, permita ejercer un control sobre la persona objeto de trata, cosificándola o mercantilizándola.

Pero, dada la estructura de la figura del artículo 411 quáter, no basta con la concurrencia de los verbos rectores, que en el tipo penal chileno son captar, trasladar, acoger o recibir personas, y promover, facilitar o financiar dichas actividades ilícitas y la afluencia de los medios comisivos y fines de explotación anteriormente descritos, sino que es indispensable para la consumación de las conductas punibles, que dicha conductas se realicen por los medios comisivos típicos con alguna de las finalidades específica de explotar al sujeto pasivo previstas en la ley, lo que quiere decir que en el

---

<sup>93</sup> Sobre este punto, detalladamente, CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas..., Op. cit. 70, pp. 13-19.

<sup>94</sup> SOTO DONOSO, Francisco Javier, La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la Ley N° 20.507..., Op. cit. 59, p. 38.

aspecto subjetivo, el delito de trata de personas requiere de dolo respecto de todos los elementos objetivos del tipo, y, también, se exige una tendencia interna trascendente, que consiste en realizar las acciones del inciso primero del artículo 411 quáter con alguna de las siguientes finalidades respecto de las personas sobre las que se ha llevado adelante la actividad: “que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, de trabajos o servicios forzados, de servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o de extracción de órganos”. Si bien, todos estos fines típicos tienen en común pretender la explotación de la persona que sufre la trata, en el artículo 411 quáter no se hace referencia a la finalidad de explotación como motivación genérica de la trata de personas<sup>95</sup>.

Lo anterior implica que es indispensable que se pruebe durante el juicio oral respectivo la voluntad de explotar del sujeto activo, por lo que es irrelevante que se acredite un resultado de explotación efectivo.

Respecto de la demarcación del campo de aplicación de la figura del artículo 411 ter del Código Penal en concurso con el delito de trata de personas, previsto y sancionado en el artículo 411 quáter del Código Penal; podemos sostener, que entre ambas figuras podría darse un concurso aparente de leyes penales, donde la concurrencia de alguno de los medios comisivos de la figura del artículo 411 quáter del Código Penal, entre ellas, violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, realizados con la finalidad de explotación contemplados en el mismo artículo, por aplicación del principio de especialidad, desplazaría la figura del artículo 411 ter, por cuanto al concurrir una conducta típica integrada por los verbos rectores promover o facilitar, los cuales son comunes a las figuras del artículo 411 ter y 411 quáter del Código Penal, sumados a las circunstancias comisivas ya enunciadas, junto con los fines de explotación típicos

---

<sup>95</sup> CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas..., Op. cit. 70, pp. 25-32.

anteriormente expuestos, en caso de concurrencia de ambas figuras, la aplicación de la figura del artículo 411 quáter en desmedro del artículo 411 ter, siendo la pena de la primera más severa que la de la segunda.

Todo esto nos demuestra que la única hipótesis de aplicación posible del artículo 411 ter del Código Penal, diría relación con la conducta desplegada por un agente, para promover o facilitar la entrada o salida del territorio nacional de una persona, para que ella ejerza la prostitución, sin que concurra ninguno de los medios comisivos previstos en el artículo 411 quáter con alguna de las finalidades de explotación descritas en el tipo penal, pues la concurrencia de cualquiera de los medios comisivos enunciados, ejecutados con cualquiera de las finalidades de explotación típicas, necesariamente hace preferir la aplicación de la figura del artículo 411 quáter por sobre la figura del artículo 411 ter.

Las conducta típica del artículo 411 ter del Código Penal, no hace referencia a la voluntad contraria del sujeto pasivo de la acción típica, de modo que no puede encontrarse en dicha figura legal otra finalidad que la simplemente moralizante, pudiendo interpretarse extensivamente, cuestión vedada en el derecho penal, que la ley, aunque no lo reconozca expresamente, está exigiendo la voluntad contraria del sujeto pasivo o al menos, una limitación de su libertad, como ocurre en los supuestos de enajenación o disminución de la capacidad física o psíquica de la misma<sup>96</sup>, pero aún bajo esta interpretación extensiva, deberíamos concluir que en virtud del principio de la especialidad, la figura del artículo 411 ter es desplazada por la figura del artículo 411 quáter, norma que engloba dicha disminución de la voluntad de la víctima dentro del concepto amplio de aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad.

Es importante indicar que en este punto podríamos sostener, al menos en teoría, la posibilidad de dar una aplicación residual del artículo 411 ter del Código Penal, respecto de aquellas conductas realizadas por aquellos sujetos activos que faciliten o promuevan la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la

---

<sup>96</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Compendio de derecho penal, parte especial, volumen segundo, Madrid, Editorial centro de estudios Ramón Areces S. A. (CERA), 2003, p. 134.

prostitución, empleando los medios comisivos exigidos por el tipo penal de la trata de personas para ellos, pero en los cuales por defectos de la investigación fiscal o exigencias de convicción judicial, no se pueda acreditar de acuerdo el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, conforme lo dispone el artículo 340 del Código Procesal Penal, la tendencia interna transcendente del agente consistente en realizar las acciones del inciso primero del artículo 411 quáter del Código Penal con algunas de las finalidades de explotación exigidas en el mismo artículo, y dado el carácter subjetivo de este requisito, debe probarse la voluntad de explotar, siendo irrelevante que se pruebe un resultado de explotación concreto en las personas objeto de la trata. La figura del artículo 411 ter podría tener una aplicación práctica, por defecto de la prueba del delito del artículo 411 quáter, aun cuando el problema central del presente trabajo siga plenamente vigente, esto es, la falta de legitimidad de la aplicación de la figura legal del artículo 411 ter del Código Penal, por vulneración del principio de lesividad, al no ceder dicha figura legal en beneficio de la protección de ningún bien jurídico socialmente valioso susceptible de ser amparado penalmente en un Estado democrático de Derecho. De lo dicho se desprende que si no es posible acreditar en el proceso ninguna de las circunstancias comisivas o fines de explotación de la trata de personas la conducta es atípica, no contemplándose en el tipo penal alguna hipótesis simple que permita imponer una pena no obstante la ausencia de dichas circunstancias, salvo aquella situación regulada en el artículo 411 ter del Código Penal<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> SOTO DONOSO, Francisco Javier, La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la Ley N° 20.507..., Op. cit. 59, p. 38.

### 3.4.1.- Regulación legal del meretricio en Chile

Desde el punto de vista etimológico, prostitución viene del latín “*prosto*” que significa sobresalir, lo que representa de forma gráfica la actitud de la mujer ofreciéndose a la pública concupiscencia. En doctrina comparada, se ha definido la prostitución como: *“la situación de una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero. Es así, por lo que quien permite o da acceso carnal, masturbación, felación, etc., a cambio de una prestación de carácter económico, evaluable en dinero, como por ejemplo dinero, droga, la obtención de un puesto de trabajo o las mejoras en las condiciones de éste, o incluso comida o alojamiento, de manera más o menos repetida en el tiempo, decimos que ejerce la prostitución, cualquiera sea la clase de acto o significación sexual que ofrece o tolera”*<sup>98</sup>. Este corresponde a un concepto de prostitución amplio, que abarcaría cualquier clase de prestación con contenido sexual, desde el acceso carnal a la realización de actos de exhibicionismo, pasando por el mantenimiento de conversaciones de contenido sexual a través de las líneas eróticas. La regla general en el derecho comparado, así también como en el derecho nacional, es la circunstancia de la falta de pronunciamiento del legislador penal sobre la licitud o ilicitud de la prostitución, constituyendo esta omisión de regulación jurídica, con independencia que sobre este tema hayan posturas ético jurídicas involucradas, únicamente, una muestra de desprecio a la voluntad de la persona adulta, libre e independiente, para conducir su libertad sexual como le plazca, en nombre de una supuesta moral victoriana, ajena al derecho penal<sup>99</sup>.

Para González Jara, el concepto de prostitución está integrado por tres elementos copulativos, a saber: precio, acceso promiscuo y habitualidad (profesionalidad). El ejercicio de la actividad sexual mediando estos factores y

---

<sup>98</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel, Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal, en: Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N° 07-04, Madrid, 2005, p. 16.

<sup>99</sup> GONZÁLEZ JARA, Manuel Ángel, Regulación penal del meretricio..., Op. cit. 67, p. 95.

realizado habitualmente, es lo que constituye la prostitución. La habitualidad la hace ser oficio y el precio y la disponibilidad a personas en número e identidad indeterminada, le dan su carácter de meretricio, el que conlleva el estar disponible para tener trato sexual con otro, sin mayores exigencias que el pago del precio<sup>100</sup>.

Nuestros tribunales han estimado que el concepto de prostitución está representado por el comercio sexual que se ejerce públicamente con propósito o fin de lucro; siendo de la esencia que exista un precio y la circunstancia de encontrarse la persona que ejerce el oficio, a disposición de los clientes para ese trato sexual remunerado<sup>101</sup>.

Problema desde antiguo discutido, es el relacionado con la utilidad de penar o no a la prostituta por su actividad. En contra se pronuncia Eugenio Gómez: *“el problema no puede resolverse sino negando tal posibilidad. El Estado, carente de facultades para reprimir las infracciones a la moral que, por su magnitud o por su naturaleza, no importen, además, infracciones a las normas de convivencia social, no pueden estatuir sanciones para la prostitución. No se puede coartar la libertad de disponer de su cuerpo, que tiene todo individuo adulto, si su conducta no se traduce en escándalo, y, por tanto en ofensa al pudor público y las buenas costumbres”*<sup>102</sup>. En la práctica, el ejercicio público del meretricio suele ser controlado sólo policialmente. Cuando las meretrices son detenidas, lo son por las faltas penales del artículo 495 N° 5 del Código Penal, esto es, el que ofenda públicamente el pudor con dichos o acciones deshonestas o por el delito del artículo 373 del mismo cuerpo legal, esto es, el delito de atentado a las buenas costumbres. En el primer caso, son detenidas porque se les ha sorprendido incitando a la realización del acto sexual, y en el segundo, porque se les ha sorprendido en el acto sexual mismo.

---

<sup>100</sup> Supra nota al pie N° 99, p. 95.

<sup>101</sup> Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo décimo primero, segunda parte, sección cuatro, Santiago de Chile, 1964, p. 68.

<sup>102</sup> GÓMEZ, Eusebio, Tratado de derecho penal, tomo tercero, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940, p. 172.

Las disposiciones chilenas de carácter administrativo se encuentran en el Código Sanitario y en el Reglamento sobre Enfermedades de Transmisión Sexual, Decreto N° 362 de 1983, modificado por el Decreto N° 294 de 1984, ambos del Ministerio de Salud. El primero de los cuerpos normativos se preocupa tangencialmente del meretricio en el Párrafo II del Título II del Libro I, epígrafe que reza “*de las enfermedades venéreas*”. El artículo 41<sup>103</sup> establece la prohibición de agrupar en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia a las personas que se dedican al comercio sexual. Esta disposición ha sido objeto de críticas, pues la posibilidad de reunir a las prostitutas en casas de tolerancia es lo que facilitaría el control sanitario de las mismas. Al lado de la prohibición, figura la obligación de llevar una estadística de las personas que se dedican al comercio sexual. El cumplimiento de lo ordenado por el artículo en comento, corresponde a las Prefecturas de Carabineros, las que deben proceder a la clausura de los locales en los que funcionan los prostíbulos, sin perjuicio de las sanciones que imponga el Servicio Nacional de Salud.

Por su parte, el Reglamento, en su título tercero, está dedicado a los establecimientos y personas dedicadas al comercio sexual. El artículo 12 dispone: “*toda persona que, a juicio de Carabineros o del personal competente del Servicio Nacional de Salud, ejerza el comercio sexual o actividades relacionadas con este comercio, será obligatoriamente enviada al establecimiento que corresponda de ese Servicio para su examen y demás medidas procedentes*”. El artículo 13, a su vez, repite la disposición del Código Sanitario cuando prohíbe “*el funcionamiento de prostíbulos, casas de cita o tolerancia, destinadas al comercio sexual*”. El inciso

---

<sup>103</sup> Artículo 41 del Código Sanitario de Chile: “*Para las personas que se dedican al comercio sexual, se llevará una estadística sanitaria, no permitiéndose su agrupación en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia.*”

*La vigilancia del cumplimiento de este artículo corresponderá a las Prefecturas de Carabineros, las que deberán ordenar y llevar a efecto la clausura de los locales en que funcionan dichos prostíbulos, sin perjuicio de las sanciones que imponga el Servicio Nacional de Salud.*

*Las clausuras realizadas por el Cuerpo de Carabineros no podrán ser alzadas sino a solicitud del propietario del inmueble y por orden judicial expedida por el Juez Letrado en lo Civil de Mayor Cuantía correspondiente, el que resolverá con conocimiento de causa y previo informe del Servicio Nacional de Salud. Dispuesto el alzamiento de la clausura, el inmueble no podrá ser restituido sino a su propietario”.*



segundo de la disposición prohíbe también toda forma de propaganda tendiente a promover el comercio sexual.

Puede inferirse, que cuando en el ejercicio de la prostitución no se haya coartado la capacidad volitiva del individuo que la practica, y siendo el sujeto que realiza la prostitución mayor de edad, no cabe la calificación de ilicitud o de comportamiento ilícito, estimándose al respecto que estaríamos ante un supuesto de vacío legal, siendo por ende, dichas conductas permitidas por el ordenamiento jurídico nacional.

No es menos cierto, que el derecho no es más que una respuesta a los hechos, debiéndose considerar la circunstancia que la prostitución existe como negocio desde antes que el propio derecho exista, que es un práctica aceptada socialmente y que la configuración de ella como delito, en los ordenamientos en que se sanciona como tal, viene dada por consideraciones de índole social o cultural. Esta reflexión nos da pie para cuestionarnos por qué el legislador se mantiene reacio a legislar en materia de prostitución, bien como consecuencia de las limitaciones que el propio ordenamiento le impone o bien, porque atiende a valoraciones ajenas al derecho. Por lo tanto, y siguiendo con el hilo argumental de la presente AFET, si la prostitución en cualquiera de sus facetas de puesta en práctica, no es contraria al orden público, no es un medio ilícito de ganarse la vida y se acepta como actividad económica válida; no nos quedan más que argumentos de índole moral o ético, que sustenten la ausencia de regularización o su prohibición<sup>104</sup>.

Como es lógico, el debate en torno a la reglamentación legal de la prostitución se centra en la prostitución de adultos, ejercida de forma libre y voluntaria, y es ahí donde entra en juego la reacción opositora, cuyos argumentos, respetables en el terreno humano, pero no contundentes en el plano de las ideas jurídicas, se concentran en unas ideas muy precisas, dejando de lado los razonamientos dominados

---

<sup>104</sup> SALAS PORRAS, María y VILA TIerno, Francisco, El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena, Málaga, Ediciones Universidad de Málaga, 2005, p. 394.

por la tesis irrenunciable que la prostitución es el mal absoluto que nunca puede ser facilitada por el derecho, que la prostitución nunca puede ser libre, que la regulación aumentaría sin freno alguno el número de personas prostituidas y, en fin, que se trata de una cosificación del ser humano que el derecho de un Estado civilizado no puede admitir y, si lo hace, tendrá también que aceptar toda clase de contratos incompatibles con la dignidad humana. Realmente se trata de críticas contundentes; pero todas coinciden en un mismo punto: dejar de lado la voluntad de la persona afectada (prostituta), que se tiene por irrelevante, por no reparar en que la tesis en que se trataría de un fenómeno de vocaciones, no entra en el hecho personal, sino en valoraciones sociales de dudoso rigor. La crítica centrada en la cosificación del ser humano tiene, también, un grado importante de hipocresía en un mundo que ve cómo las personas se transforman en cifras estadísticas para el trabajo, los servicios, las prestaciones públicas, y tantas otras cosas. Sostener que la reglamentación de la prostitución cosifica al ser humano y no, en cambio los controles sobre inmigración, así como también la repatriación de inmigrantes clandestinos, es poco proporcionado.

El volumen de contradicciones que laten en esos razonamientos es palpable. La manera en que se descarta la vigencia del derecho constitucional a la libertad y a la dignidad de la persona humana es sorprendente. El modo en que estima fuera de la cuestión y del debate, la realización por dinero de espectáculos o películas pornográficas que incluyen relaciones sexuales expresas, también queda descartada. Por supuesto que nadie niega que todo lo que se diga en pro del abolicionismo absoluto no va a alcanzar jamás a la llamada prostitución de lujo o “escorts”<sup>105</sup>.

Así, estimamos que la justificación de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del precepto en análisis en la presente AFET, radica en la idea que la prostitución es una actividad degradante para quien la ejerce, ya que lo convierte en un mero objeto de satisfacción sexual y, por consiguiente, debe castigarse penalmente a

---

<sup>105</sup> QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo, Los intereses y bienes jurídicos concurrentes en la violencia de género y en la prostitución, en: Revista de derecho de Extremadura, Nº 3, Dialnet, Logroño, 2008, p. 278.

quien coopera con ella, sin considerar que las personas adulta puede disponer de su sexualidad como deseen y que es una perversión del derecho penal pretender imponer principios morales, sean los que sean, incluidos los propios de la ideología feminista más radical<sup>106</sup>.

Ciertamente, si la prostitución es consentida entre adultos, no concurre un ataque a la libertad sexual. Ahora bien, la prostitución suele estar unida a la marginación y a la pobreza, de manera que, incluso cuando es aparentemente libre, el consentimiento puede hallarse mediatizado o viciado, y, pese a todo, no concurrir el abuso de la situación de necesidad presumida en el sujeto pasivo<sup>107</sup>.

Es el trasfondo de la prostitución de adultos como una actividad permitida, lo que transforma a la figura del artículo 411 ter en una presunción contra reo que no encuentra justificación sistemática en nuestro ordenamiento jurídico, *“se asume la conducta típica como un acto contrario a la libertad sexual de quien se traslada, sin que deba probarse que hubo engaño, abuso o falta de decisión libre. Establecer por ley que la libertad sexual de personas adultas se ve vulnerada porque alguien facilita o promueve su entrada o salida del país para que se prostituyan (sin que se requiera engaño o abuso) es cuestionable en cuanto, en aras de proteger la libertad, en realidad se está más cerca de restringirla, al prescindir de dar alguna relevancia al consentimiento de los propios titulares de la libertad en cuestión. Siendo la prostitución*

---

<sup>106</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., Los nuevos gestores de la moral colectiva, en: El Mundo, Madrid, 10 de julio de 2004, p. 5.

<sup>107</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes, ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual, en: Revista internacional de derecho penal contemporáneo, N° 17, Bogotá, Editorial Legis, octubre diciembre 2006, p. 191.

*una actividad lícita, no se entiende la razón por la cual otras conductas, también lícitas, debieran pasar a ser punibles por el solo hecho de estar ligadas a ella<sup>108</sup>”.*

En suma, de “*lege ferenda*” podemos postular la ineficacia de un tipo vinculado a la prostitución. Desde luego, la realidad contemporánea del meretricio no es ya coincidente con la que se ha tenido históricamente en vista para sancionar conductas a él vinculadas. Las formas que actualmente asume el ejercicio de la prostitución, revelan un grado de autonomía en el prestador de estos servicios, inimaginable en el pasado. La triste mujer asilada en un prostíbulo, sometida a una forma de esclavitud, es en la actualidad casi una caricatura. El uso de modernas tecnologías de comunicación otorgan a quien ejerce el meretricio un grado de independencia tal, que le permite sustraerse a la explotación de terceros con relativa facilidad, dándole la posibilidad de actuar en una suerte de nueva empresa. No son extraños, en los tiempos que corren, la existencia de portales en la red en los que jóvenes, que distan mucho de ser las poco agraciadas mujeres que describía Robustiano Vera, ofrecen sus servicios, incluso especificando especialidades en la materia.

### **3.4.2.- El bien jurídico protegido por la figura contemplada en el artículo 411 ter del Código Penal**

El estudio del bien jurídico protegido por el tipo penal contemplado en el artículo 411 ter del Código Penal es esencial para dilucidar la interrogante acerca de la intromisión del derecho penal, como instrumento necesario y apropiado para la regulación, determinación y sanción de las conductas punibles de los ciudadanos, en un Estado en que impere el pleno respeto a los derechos humanos y garantías fundamentales de los individuos. Al introducirnos en el análisis del artículo 411 ter, debemos adentrarnos en la difusa y compleja intención proteccional que hay detrás de

---

<sup>108</sup> CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas..., Op. cit. 70, pp. 38-39.

la implementación de este tipo penal, delimitando el objeto de tutela y de esta manera, colaborar con la dogmática nacional con elementos útiles e indispensables para la correcta interpretación de la figura en comento.

La prostitución propiamente dicha, ejercida por adultos, no está explícitamente prohibida en las normas penales nacionales e internacionales. Por consiguiente, la conducta descrita en el artículo 411 ter, efectuada por el agente sin coacción ni amenazas, ha de quedar al margen del derecho penal<sup>109</sup>.

Los profesores Bullemore y Mackinnon, al referirse al delito de promoción o facilitación voluntaria de la prostitución internacional, dispuesto en el artículo 367 bis del Código Penal, derogado por la Ley N° 20.507, raciocinio atingente al objeto del presente trabajo, señala que desde un punto de vista del bien jurídico protegido, se trata de un delito de peligro abstracto, esto es, que no requiere se pruebe el peligro que corre el bien jurídico. Pareciera ser, que el legislador pretendía sancionar, y con las penas más severas, el peligro para la libertad sexual del sujeto pasivo de estos delitos<sup>110</sup>.

Aguilar Aranela postula que el bien jurídico protegido en la figura típica del artículo 411 ter del Código Penal es la libertad sexual individual, por cuanto se afecta la facultad del ofendido de conducir libremente su vida sexual. De la misma postura es Manuel Ángel González Jara en su obra *“La regulación penal del meretricio”*<sup>111</sup>.

Para el profesor Guzmán Dálbora, el objeto de tutela de la figura prevista y sancionada en el artículo 411 ter del Código Penal, sería la persona convertida en víctima de la facilitación o promoción de la prostitución voluntaria, adulta e

---

<sup>109</sup> GERONIMI, Eduardo, Aspectos jurídicos del tráfico y La trata de trabajadores migrantes, en: Perspectivas sobre las migraciones laborales, Ginebra, Publicaciones del programa de migraciones internacionales de la Oficina Internacional del Trabajo O. I. T, 2002, p. 40.

<sup>110</sup> BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R. John, Curso de derecho penal, tomo tercero, parte especial, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2007, p. 173.

<sup>111</sup> GONZÁLEZ JARA, Manuel Ángel, Regulación penal del meretricio..., Op. cit. 67, p. 131.

internacional, es decir, su individualidad y, por ende, la salvaguarda del presupuesto de esta última: la autodeterminación de la libertad sexual, es decir, la facultad del individuo de gobernar y conducir su vida sexual de acuerdo a sus deseos e inclinaciones, ya sea, en lo que respecta al tipo de vinculación o tratos carnales que establezca con otros, ya sea, en lo que concierne al recipiendario o partenaire de aquéllos, y de oponerse a la intervención ajena que pretenda imponerle actuaciones que no quiera libremente realizar, pero, en uno y otro caso, respetando el ejercicio de la paralela libertad de los demás, facultad que aquí se expresa como la libertad del sujeto pasivo de no ejercer la prostitución si no lo desea<sup>112</sup>.

Debido a su reciente aparición, aun cuando resulta relevante destacar que la figura contemplada en el artículo 411 ter no es del todo novedosa, a diferencia de las otras figuras típicas introducidas por la Ley N° 20.507, ni la doctrina ni la jurisprudencia nacional han tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de los bienes jurídicos que se pretende proteger en la figura típica consagrada en el artículo 411 ter del Código Penal, sino que sólo han abordado la problemática de una manera tangencial. Las opiniones expresadas a propósito de este tipo penal, se han basado en la configuración de éste como un ilícito vinculado a la prostitución, conducta que no se encuentra sancionada de manera alguna en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

La “*ratio legis*” que subyace a la fundamentación del bien jurídico protegido de la norma en estudio, dice relación con la evitación de la explotación del hombre por el hombre, presumiéndose la falta de voluntad o la voluntad viciada por parte del sujeto pasivo de la conducta, aun cuando ella sea plenamente capaz, para acceder voluntariamente a ejercer el comercio sexual como una opción válida de vida, como una manifestación propia del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad sexual imperante en el territorio nacional, y sin importar tampoco que el sujeto pasivo

---

<sup>112</sup> GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, La trata de personas y el problema de su bien jurídico, en: Revista procesal penal N° 62, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2011, p. 8.

salga o entre del país cumpliendo todas y cada una de las normas exigidas por el derecho migratorio de cada Estado<sup>113</sup>.

Al afirmar que en esta figura típica está en juego la dignidad humana, fundándose para ello en el dato criminológico que, el fenómeno social que subyace a la figura legal en comento afecta a mujeres u hombres procedentes de países o regiones donde impera la pobreza, la desigualdad y la discriminación, entorno que los convierte en fácil presa de asociaciones ilícitas organizadas. Lo que no se invoca “*expressis verbis*” es la impresentable consideración que la figura del artículo 411 ter del Código Penal sirve, en verdad, como subterfugio para evadir las exigencias de prueba en los juicios, puesto que el Ministerio Público se ahorra la necesidad de establecer el doblegamiento de la voluntad de la víctima y puede confiar en una fácil condena con elementos de no compleja demostración, esto es, el viaje al extranjero y su propósito lúbrico. No obstante, creemos que la dignidad humana no es un bien jurídico amparable penalmente, pues la equivocación proviene de confundir un atributo de la persona con aquellos elementos que posibilitan su conservación en el disfrute de dicha prerrogativa.<sup>114</sup>.

Otra opción teórica es que detrás del artículo 411 ter lo amparado realmente sea la soberanía del Estado, en cuanto a la protección de su sistema de políticas migratorias, el que ciertamente se afecta o pone en peligro con la entrada de personas no deseables socialmente (prostitutas o prostitutos), que se dediquen habitualmente al comercio sexual; lo que a nuestro juicio es vulnerador de los principios de intervención mínima y de “*ultima ratio*” del derecho penal, pues, el orden estatal cuenta con múltiples y diversas herramientas administrativas para delimitar este presunto problema social, de manera que es absolutamente desproporcionado que se utilice el derecho penal, para tales fines, vulnerando los derechos fundamentales de las personas con el único fin de cautelar el orden migratorio estatal; siendo evidentemente

---

<sup>113</sup> Supra nota al pie N° 112, p. 15.

<sup>114</sup> Supra nota al pie N° 112, p. 16.

discutible que las normas administrativas que regulan el fenómeno migratorio de un Estado, posean la entidad suficiente para constituir un bien jurídico relevante amparado penalmente, además nada obstaría o impediría que los sujetos pasivos de la figura del artículo 411 ter del Código Penal salgan del territorio nacional.

La asunción de términos inasibles como si designaran bienes jurídicos, tal como sucede con moral o las buenas costumbres como bienes jurídicos protegidos, y en la tendencia a describir tipos penales desprovistos de un preciso objeto de protección y que, en una mirada más atenta, revelan arrestos moralizantes, tal como ocurre en el novel tipo penal consagrado en el artículo 411 ter en comento. Así, dado que nadie es manipulado como instrumento para fines ajenos si concurre con su libre aquiescencia a la operación y es más, toma parte activa de ella, resulta que bajo el castigo de la figura legal en análisis, se oculta la persecución de la mera inmoralidad. Comprobada dicha situación, resulta menos comprensible la reforma introducida por el artículo 411 ter y su deficiente técnica legislativa, por cuanto el norte de la modificación a los delitos sexuales, desde finales de los años sesenta del siglo XX, fue precisamente pasar de la tutela de la honestidad y de las buenas costumbres, a la protección de la libertad de cada quien en la manifestación del impulso sexual, resultando ser claramente inconstitucionales los tipos delictivos que castigan actos simplemente inmorales o de personalidades reprobadas, pues de ser así, el magisterio penal queda a merced de la arbitrariedad y del despotismo de un Estado tiránico que pretende dar al ciudadano lecciones acerca de cómo conducir su vida privada e íntima.

El criterio de legitimidad democrática se sustenta sobre los valores de libertad y dignidad para todos los hombres. Su plasmación jurídico-organizativa en un modelo estatal, se puede desmenuzar en una serie de condiciones mínimas de convivencia social, que a su vez constituyen condiciones de libertad. El derecho sancionador del Estado democrático, la coerción en libertad, encuentran su justificación y su sentido, por de pronto en la preservación de aquellas condiciones. De este modo, el elenco de las mismas conforma la base sobre la que edificar el catálogo de los objetos protegibles. Cabrá entonces afirmar que una norma coactiva sería ilegítima en cuanto tal, si la norma de comportamiento que prescribe no sirve a la ampliación de los



márgenes propios de un sistema democrático de convivencia social. Debe quedar claro, en todo caso, que no cabe legitimación democrática de los preceptos sancionadores puramente caprichosos, ni de aquellos que se limitan a proteger una determinada concepción moral de la sociedad, ni de los que protegen un objeto incompatible con un derecho o libertad fundamental, ni los que sancionan el ejercicio adecuado de los mismos, sin justificación en la tutela de un derecho o libertad prevalente, tal como ocurre en la figura típica establecida en nuestro ordenamiento penal por el artículo 411 ter del código de castigo.

Compartimos en el presente trabajo la opinión del profesor Rodríguez Collao, al analizar el tipo básico del ex artículo 367 bis del Código Penal, equivalente al actual artículo 411 ter, señalando dicho académico que la figura en estudio era prácticamente inaplicable, porque atendido el amplio espectro de hipótesis que aparecen cubiertas por la forma agravada, los únicos casos que podrían quedar comprendidos en la primera, son aquellos en que la persona consiente en cruzar libre y voluntariamente las fronteras con el propósito de ejercer la prostitución. Lo anterior implica para dicho autor, ya que a su juicio, la libertad sexual es un bien jurídico disponible, que en este caso, la voluntad del sujeto pasivo excluye la ilicitud del hecho incriminado<sup>115</sup>. Este mismo catedrático, sin referirse puntualmente a la figura típica en comento, sino que a la de favorecimiento de la prostitución infantil del artículo 367 del Código Penal<sup>116</sup>, señala que en estos delitos vinculados al ejercicio de la prostitución se “revela que la intención del legislador fue sancionar la inmoralidad que atribuye a la conducta de

---

<sup>115</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos sexuales..., Op. cit. 35, p. 237.

<sup>116</sup> Artículo 367 del Código Penal: “El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.

*Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.”*

quien favorece el comercio sexual, aunque éste se realice en condiciones que carezcan de aptitud para lesionar los intereses de una persona en concreto”<sup>117</sup> .

En este punto el profesor José Luis Guzmán Dalbora en su artículo “*La trata de personas y el problema del bien jurídico*”<sup>118</sup>, haciendo una revisión del panorama del derecho comparado en la materia, destaca la importancia crucial de delimitar el reproche penal del artículo 411 ter en bienes jurídicos individuales concretos y de ninguna manera en conceptos moralizantes y abstractos<sup>119</sup>.

En la dictación de la Ley 20.507, y particularmente del artículo 411 ter del Código Penal, podemos vislumbrar una decisión político criminal que llevó en definitiva a la creación de espacios de punibilidad en que claramente no había ataque a bien jurídico alguno, por lo que estimamos que la introducción en nuestro ordenamiento jurídico nacional del tipo penal de facilitación o promoción de la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución, contemplado en el artículo 411 ter del Código Penal, carece de un objeto específico al cual esté abocada su tutela, protegiéndose solo ideas morales, ajenas al principio de lesividad, justificación última del *ius puniendi estatal* en un Estado democrático. En este punto, adquieren plena validez aquellos cuestionamientos que sostienen que detrás de la figura típica del artículo 411 ter del Código Penal, se estaría consagrando la protección de bienes jurídicos de corte moral. En otras palabras, y siguiendo en este punto al profesor Bascuñán Rodríguez, la problemática planteada por la introducción de la figura típica del artículo 411 ter del Código Penal, constituiría la consagración, en el plano de la

---

<sup>117</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos sexuales..., Op. cit. 35, p. 330.

<sup>118</sup> GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, La trata de personas y el problema de su bien jurídico..., Op. cit. 112, p. 8.

<sup>119</sup> SOTO DONOSO, Francisco, Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo..., Op. cit. 92, p. 174.

trata de personas, de los mismos criterios de orden moral que todavía son parte de la esfera de protección de los delitos sexuales en el ordenamiento jurídico nacional<sup>120</sup>.

En la implementación de la figura típica del artículo 411 ter del Código Penal convergen tanto criterios morales como necesidades probatorias. Los primeros se evidencian claramente por el hecho de que la conducta de promover o favorecer el ingreso o salida del país con el objeto que la persona ejerza la prostitución necesariamente requiere de que el sujeto pasivo consienta plenamente en el acto y que, además, aquella esté destinada simplemente a que ésta última ejerza el comercio sexual, sin que sea necesario acreditar que su destino sean alguna forma abusiva de explotación sexual. Todo ello supone necesariamente la ausencia de un bien jurídico personalísimo, siendo esto consecuencia de una ponderación de intereses político criminales traducidos en la necesidad de otorgar al ente persecutor la posibilidad de contar con un tipo penal residual para el evento de no poder acreditar las circunstancias comisivas o los fines de explotación exigidos en el artículo 411 quáter del Código Penal<sup>121</sup>.

Dentro de las escasas sentencias judiciales dictadas dentro del nuevo proceso penal en Chile y que se pronuncian sobre el delito del ya derogado artículo 367 bis del Código Penal, cabe destacar aquella del Tribunal Oral de San Antonio, el cual refiriéndose a la naturaleza jurídica del bien jurídico protegido en el artículo 367 bis inciso primero del cuerpo legal citado, señala: *“se desprende que el bien jurídico protegido en este tipo penal no sólo es la afectación a la libertad sexual sino que a la integridad sexual de la persona y en definitiva, a la dignidad de la misma, haciendo especial énfasis en que el reproche penal no recae sobre la actividad que puedan desarrollar un grupo de personas que salen del país, sujetos que además son*

---

<sup>120</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, Problemas básicos de los delitos sexuales, en: Revista de Derecho, número especial, Valdivia, Ediciones Universidad Austral de Chile, 1997, p. 10.

<sup>121</sup> SOTO DONOSO, Francisco Javier, La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la Ley N° 20.507..., Op. cit. 59, p. 52.

*considerados víctimas del delito, sino que sobre los individuos que ejecutan las labores de promoción y facilitación de la entrada o salida del territorio nacional de dichos sujetos para ejercer la prostitución*<sup>122</sup>.

Sin embargo, existen algunos parámetros señalados que están ausentes en la argumentación del tribunal y que darían contenido a un tipo penal que en apariencia no ofrece protección a bien jurídico alguno. Por el contrario, el tribunal se limita a establecer que los bienes jurídicos conculcados en la hipótesis del inciso primero del artículo 367 bis serían la libertad y la integridad sexual, afirmando de paso que también se vulneraría la dignidad de la persona, sin decir nada más<sup>123</sup>.

### **3.5.- Conclusiones parciales**

Con fecha 8 de abril del año 2011, se dio comienzo a la vigencia de la Ley N° 20.507, tipificando en Chile el tráfico de migrantes y trata de personas, estableciendo normas para su prevención y efectiva persecución criminal, pretendiendo configurar una normativa acorde con los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile en la materia.

Del análisis dogmático en detalle de la figura típica del artículo 411 ter del Código Penal, introducida por la Ley N° 20.507, fluye su manifiesta ausencia de legitimidad, pues la hipótesis de actuación descrita como típica es perfectamente lícita en el orden jurídico nacional; no apareciendo como perceptible que se pronostique para esta conducta, una represión criminal similar a la establecida para el delito de tráfico de migrantes, en que el reproche penal está dado por la ilicitud del traspaso fronterizo, sumado al ánimo de lucro, que es a la postre, el elemento típico que cosifica al sujeto pasivo y tiñe de ilicitud dicha conducta.

---

<sup>122</sup> Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, RUC 0600062854-7, RIT 16-2007, 02 de abril de 2008, considerando vigésimo.

<sup>123</sup> SOTO DONOSO, Francisco, Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo..., Op. cit. 92, p. 193.

Respecto a la delimitación de la figura típica del artículo 411 ter con el delito del artículo 411 bis del Código Penal, aun cuando hay posturas en la doctrina nacional en sentido contrario, estimamos que no existe posibilidad de concurso aparente de leyes penales, por no estar las conductas típicas plenamente englobadas una sobre la otra, pues si bien existen requisitos comunes, como por ejemplo el traslado internacional, también existen otros elementos que las diferencian plenamente como en ánimo de lucro o la finalidad de que el traslado internacional sea para el ejercicio del comercio sexual, no dándose a su respecto el principio de especialidad. Tampoco concurren entre ambas figuras típicas los principios de consunción, subsidiariedad o alternatividad, que también podrían dar lugar a dicha herramienta interpretativa, al carecer ambas figuras de identidad de bien jurídico protegido, razón por la cual el instituto del concurso aparente de leyes penales no se daría en la especie entre el artículo 411 bis y el artículo 411 ter.

Diversa es la situación de la demarcación del campo de aplicación de la figura del artículo 411 ter con el delito de trata de personas previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal, pues, entre ambas figuras podría darse un concurso aparente de leyes penales, donde la concurrencia de alguno de los medios comisivos de la figura del artículo 411 quáter del Código Penal, entre ellas, violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, realizados con la finalidad de explotación contemplados en el mismo artículo, por aplicación del principio de especialidad, desplazaría la figura del artículo 411 ter, aplicándose al caso concreto solo la primera de dichas figuras.

En relación del bien jurídico protegido por la figura jurídica prevista en el artículo 411 ter del Código Penal, estimamos que éste coincide con un objeto tutelado difuso, vago y de acervo colectivo, tal como es la moral pública y las buenas costumbres, lo que se ve refrendado por el hecho de la ausencia de la sanción penal del meretricio en Chile, siendo plenamente aceptado el principio que el simple hecho de la prostitución personal y privada, no pertenece sino a la conciencia del individuo y

en ningún caso puede constituir delito alguno. Así el propósito típico que ha de perseguir el agente de la figura del artículo 411 ter, es que el sujeto pasivo cruce una frontera internacional para dedicarse a la prostitución, el cual si se consigue sin infringir las normativas migratorias del artículo 411 bis del Código Penal, y sin incurrir en las modalidades comisivas y finalidades de explotación humana previstas en el artículo 411 quáter del Código punitivo, no podría ser sancionada a título alguno en nuestro sistema criminal, por carencia de bien jurídico tutelado, compatibilizándose esto con el pleno respeto del principio de lesividad que debe ser la columna vertebral de nuestro ordenamiento jurídico penal. En estos casos, no se observa lesión alguna de un bien jurídico, y el castigar actos carentes de toda lesividad, dirigiendo peligrosamente el aparato punitivo hacia la promoción de un cierto orden moral, supondría exceder los límites garantísticos mínimos que son propios de un Estado democrático de Derecho<sup>124</sup>, sin olvidar jamás que el ejercicio de la prostitución es una actividad lícita en el ordenamiento jurídico chileno, siendo incomprensible por qué se sanciona criminalmente la promoción o facilitación a una persona para cruzar la frontera nacional para que esta ejerza el comercio sexual. Cualquier otra acción de favorecimiento o facilitación reservada a que las personas entren o salgan del territorio nacional con una finalidad laboral distinta al meretricio no supone la realización de tipo penal alguno, ya que dichas acciones no vulneran ningún bien jurídico. Si, en cambio, la finalidad es que las personas desarrollen el comercio sexual la conducta deriva en típica.

Partiendo de la premisa que la prostitución de adultos es una conducta lícita en Chile, el artículo 411 ter del Código Penal, al instituir que la libertad sexual de personas adultas se ve vulnerada, porque alguien facilita o promueve su entrada o salida del país para que se prostituyan, resulta muy controvertible, pues al intentar cautelar la libertad, con la introducción en nuestro derecho de la figura legal en estudio, termina limitándola, al prescindir del propio consentimiento de los sujetos pasivos.

---

<sup>124</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales, Santiago de Chile, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, agosto 2012, p. 12.

Podemos concluir de este modo, que en Chile no obstante ser la prostitución una actividad lícita, existen otras conductas, que pasan a ser sancionables por la única circunstancia fáctica de estar ligadas a la primera, lo cual es abiertamente contradictorio con el ordenamiento jurídico vigente.

En suma, el régimen establecido por la figura del artículo 411 ter del Código Penal, nos plantea un grave dilema, pues podría configurar un grave ataque al Estado de Derecho, al que es ingénito reverenciar la autonomía moral de la persona, autonomía que comprende asimismo el poder decidirse el individuo por lo inmoral, ataque que también va dirigido en contra del liberalismo clásico, siendo una tarea relevante entender que no es labor del derecho penal determinar aquello que es razonable que las personas adultas, libres y plenamente capaces decidan por si mismas.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Dreixler, Markus, *Der Mensch als Ware, Erscheinungsformen modernen Menschenhandels unter strefrechtlicher Sicht*, Peter Lang, 1998, pp. 266 y s., citado por CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, *Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas*, Santiago de Chile, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2013, p. 42, accesible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924bfd1051ff5.pdf>, consultado el 19 de diciembre de 2013.

#### **IV.- CAPÍTULO TERCERO: LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PROCESAL PENAL Y SUS POSIBLES SOLUCIONES FORENSES**

En el presente acápite, y una vez ya esbozadas las herramientas y definiciones conceptuales de las diferentes instituciones jurídicas en juego, así como también, habiendo ya profundizado en el estudio de los posibles bienes jurídicos que se pretenden amparar por medio de la conducta típica del artículo 411 ter del Código Penal, concluyendo en el capítulo anterior, la ausencia de un bien jurídico legítimo que sea la razón fundante de la norma específica en estudio y descubriendo la existencia solo de razones y principios morales en su débil justificación; nos sumergiremos ahora en el modo que la problemática central planteada en esta investigación, se puede desarrollar en la práctica forense nacional.

Se distinguen dos etapas del proceso penal actual, esto es, en primer lugar, la investigación desformalizada y en segundo lugar, la investigación formalizada judicializada y el juicio oral, pues, las diferentes soluciones al grave problema normativo detectado, varían dependiendo de la etapa procesal en que nos situemos, pretendiendo en este breve análisis, brindar instrumentos jurídicos útiles y viables que permitan a los diferentes intervinientes del proceso penal, frente a la ausencia de bienes jurídicos protegidos en la figura típica del artículo 411 ter, restablecer el imperio de los principios fundantes y esenciales del derecho penal clásico, propio de un Estado democrático de Derecho, respetuoso del marco jurídico constitucional vigente en Chile y de los derechos humanos de todos y cada uno de los ciudadanos, sin discriminación alguna por razones de índole moral o ética.



#### 4.1.- Primera etapa: Investigación desformalizada

Adoptándose en este trabajo la tesis formulada de la inexistencia de bien jurídico amparado en la figura típica del artículo 411 ter del Código Penal y que al emplearse la herramienta del *ius puniendi* estatal para cautelar solo razones de índole moral o ética, se estaría socavando las bases mismas del ordenamiento jurídico penal chileno, consagradas a nuestro juicio en el capítulo de Bases de la Institucionalidad de la Constitución Política de la República, al desconocerse todo valor a los principios de lesividad y proporcionalidad, así como también al carácter de subsidiariedad, última ratio y fragmentariedad del derecho penal como herramienta de control social.

Podemos concluir que un operador del sistema, que en esta etapa procesal sólo puede ser el Ministerio Público, actuando a través de sus fiscales adjuntos, enfrentado al dilema de iniciar y seguir una investigación criminal en contra de un imputado o imputados por el hecho de haber promovido o facilitado la entrada o salida del país de personas adultas, para que éstas voluntariamente se dediquen al comercio sexual, sin que medie las modalidades comisivas y los fines de explotación contemplados en el artículo 411 quáter del Código de castigo. Piénsese en el fenómeno social actual de una “escort” o prostituta de lujo, que es una mujer adulta que trabaja independiente, tiene estudios superiores, habla varios idiomas y tiene una cartera de clientes importante, con una remuneración promedio mensual de cinco mil dólares, donde su oficio no tiene restricciones penales o jurídicas salvo algunas normas del Código Sanitario ya esbozadas precedentemente, quien contacta a un agente de trabajo, como por ejemplo la empresa “*laborum.com*”, para que dicho agente de trabajo la coloque en un mercado más atractivo para el ejercicio de su oficio, como puede ser Holanda o Japón, donde tampoco el meretricio es delito, cumpliendo el agente laboral el encargo solicitado, sin engaño, ni coacción a la víctima y sin vulnerar ninguna norma migratoria chilena o extranjera. ¿Debe ser dicho agente colocador de trabajo, imputado, investigado, enjuiciado y condenado como reo del delito del artículo 411 ter de nuestro Código Penal? ¿Debe el Estado, personificado en el Ministerio Público, ejercer el monopolio de la fuerza para sancionar esta conducta en aras de la mantención de un

orden moral o ético impuesto, aún cuando no exista bien jurídico alguno vulnerado por la conducta del agente?

En el Código Procesal Penal se consagran diversos institutos y herramientas procesales, que impedirían un ejercicio inadecuado y abusivo del derecho penal, entre ellas:

#### **4.1.1.- Ejercicio de la facultad privativa del Ministerio Público para no iniciar la investigación<sup>126</sup>**

Este instituto jurídico procede en tanto no se hubiere producido intervención del juez de garantía en el procedimiento, en cuyo caso el fiscal adjunto instructor podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito alguno o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado, siendo esta resolución siempre fundada y sometida a la aprobación del juez de garantía respectivo. Este, es un instituto que permite solucionar el problema planteado y concluir que la conducta del artículo 411 ter incriminada, si bien es típica, no llega a constituir delito, al faltarle el elemento de la antijuridicidad material.

#### **4.1.2.- Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa incoada<sup>127</sup>**

Otra herramienta procesal muy valiosa en este punto, cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito alguno, por las mismas razones expuestas en el apartado anterior, requiriéndose formalmente a la judicatura que lo decrete de una manera fundada. Este derecho puede ser ejercido de oficio por el órgano

---

<sup>126</sup> Artículo 168 del Código Procesal Penal.

<sup>127</sup> Artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal.

persecutor penal en virtud del principio de objetividad de su actuar<sup>128</sup> o por el propio imputado, en cualquier etapa de la investigación, siendo éste uno de los derechos principales del imputado consagrados expresamente en el Código Procesal Penal<sup>129</sup>.

#### **4.1.3.- El archivo provisional de los antecedentes<sup>130</sup>**

El archivo provisional procede en tanto no se hubiere producido intervención del juez de garantía en el procedimiento, pudiendo el Ministerio Público archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. Sancionándose la conducta típica del artículo 411 con pena aflictiva, el fiscal instructor del caso deberá solicitar al fiscal regional respectivo, autorización para archivar provisionalmente la investigación. Si bien, esta solución temprana al problema planteado es una de las formas más expeditas y porcentualmente más utilizada para dar término anticipado a las investigaciones criminales en nuestro país, no es un instituto que aborde el fondo de la cuestión planteada y que dice relación con la falta de antijuridicidad o ilicitud de la conducta típica englobada dentro del artículo 411 ter del Código Penal.

#### **4.2.- Segunda etapa: investigación formalizada y juicio oral**

En esta segunda etapa, que media entre la formalización de la investigación y la dictación de la sentencia definitiva, y en la cual actúan plenamente como intervinientes en el proceso penal, el Ministerio Público, la defensa letrada del imputado y eventualmente el querellante, los institutos jurídicos que pueden utilizar los diversos

---

<sup>128</sup> Artículo 3° del Código Procesal Penal.

<sup>129</sup> Artículo 94 letra f) del Código Procesal Penal.

<sup>130</sup> Artículo 167 del Código Procesal Penal.

actores para obtener el restablecimiento del respeto del principio de lesividad y de *ultima ratio* del derecho penal, están dados por la solicitud de sobreseimiento definitivo, el ejercicio de la facultad de no perseverar en la investigación o en el evento que el Ministerio Público, persista en su afán sancionador de la conducta típica del artículo 411 ter del Código Penal, aun cuando no sea antijurídica ni afecte a bien jurídico alguno; es derechamente, la solicitud por parte de la defensa de la absolución del imputado por ausencia de antijuridicidad material, la cual debe ventilarse durante el desarrollo del juicio oral. Con todo, creemos que otra vía posible de enmienda de la situación planteada por la figura consagrada en el artículo 411 ter del Código Penal, es deducir el respectivo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal en estudio, al infringirse con su aplicación los artículos 1º inciso tercero y 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, acción que debe entablarse directamente ante el Tribunal Constitucional. Así, las posibilidades de actuación que tiene un interviniente del proceso penal, frente a la concurrencia de un caso concreto de la problemática objeto del trabajo que aquí se presenta, son:

#### **4.2.1.- Solicitar el sobreseimiento definitivo de la investigación**

El sobreseimiento definitivo puede ser solicitado fundadamente al tribunal de garantía correspondiente, por cualquier interviniente, y en cualquier etapa del procedimiento, mientras no se haya dictado sentencia de término, al carecer la figura típica de legitimidad y fundamentación legal, por no tener bien jurídico protegido, ya que, por un lado, es una conducta lícita y permitida por nuestro ordenamiento jurídico el facilitar o promover el traslado legal transnacional de una persona, y por otro lado, el ejercicio del comercio sexual no es una figura reprochada criminalmente en Chile, de manera que no se puede pretender que por medio de la introducción de la figura del artículo 411 ter en estudio, se sancionen penalmente dos conductas perfectamente lícitas, pero que en su conjunto se transforman en ilícitas, sin ninguna justificación o legitimidad, más que principios morales ajenos al derecho penal. Estimamos que es deber de todos los intervinientes del proceso penal, y especialmente de la judicatura

criminal, sean jueces de garantía, jueces orales o ministros de corte, el realizar todas aquellas actuaciones necesarias para volver a situar los fundamentos básicos del derecho penal en el lugar que siempre le ha correspondido estar, velando por el respecto irrestricto de las normas penales a los límites del *ius puniendi*, razón por la cual, una herramienta muy eficiente para solucionar la problemática legal detectada en la figura en estudio, sería la de decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, por la causal del artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, al concluirse que la conducta incriminada por el artículo 411 ter no es constitutiva de delito alguno, sancionable en nuestro ordenamiento jurídico penal.

#### **4.2.2.- Comunicar el Ministerio Público su decisión de no perseverar en el procedimiento<sup>131</sup>**

Una vez informado por parte del órgano persecutor penal el cierre de la investigación, fundada en que durante la investigación realizada, no se pudieron reunir probanzas suficientes para deducir una acusación en contra del imputado. Esta herramienta no extingue la acción penal, pero deja sin efecto la formalización de la investigación y la prescripción de la acción penal continuara corriendo como si ésta nunca se hubiere interrumpido. Al igual que el archivo provisional, esta es una solución al problema que no ataca el corazón del mismo, es decir, la falta de antijuridicidad de la conducta y la vulneración a los principios formadores y básicos del derecho penal moderno.

---

<sup>131</sup> Artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal.

#### **4.2.3.- Solicitar la defensa letrada del imputado, durante el desarrollo del juicio oral, la absolución de éste, por falta de antijuridicidad de la conducta**

Debiendo en este caso solicitar la absolución del imputado, fundada en la ausencia de antijuridicidad material del sujeto activo del artículo 411 ter del Código Penal, sosteniendo que su conducta no es atentatoria de bien jurídico alguno, solo amparándose su introducción en nuestro ordenamiento normativo en virtud de concepciones morales o éticas, las cuales resultan ajenas al derecho penal moderno, encontrándose el actuar del agente ajustado al ordenamiento jurídico, sumado a la falta de legitimidad del artículo 411 ter, por las razones ya expuestas precedentemente.

#### **4.2.4.- Deducir ante el Tribunal Constitucional el respectivo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 411 ter del Código Penal**

Esta acción tiene su fundamento en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República y es de competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional. El titular legitimado es la parte o interesado que interviene en un asunto judicial o en un procedimiento judicial no contencioso, en el cual teme que para su resolución se vaya a aplicar un precepto legal contrario a la Carta Magna. Cabe señalar, que incluso el propio juez de la causa, puede promover dicha acción constitucional, en conocimiento de un asunto, sea o no contencioso, y sus requisitos son:

- a)** La existencia de una gestión judicial pendiente ante un tribunal ordinario o especial;
- b)** Que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del conflicto;
- c)** Que la impugnación esté fundada razonablemente;
- d)** Que se cumplan con los demás requisitos señalados en la ley.

### 4.3.- Conclusiones parciales

Existen múltiples soluciones procesales a la problemática planteada que los diversos intervinientes y operadores del sistema procesal penal actualmente vigente en Chile, podrían utilizar para restablecer el imperio de los principios limitadores del *ius puniendi* en esta materia, evitando que el derecho penal se transforme en una herramienta de control social arbitraria e ilegítima, utilizado erróneamente por la mayoría política del momento, para perseguir conductas estimadas como moralmente reprochables, pero sin una afectación verdadera a un bien jurídico socialmente valioso.

Es así, como se alza entre todas las herramientas procesales un recurso muy útil: el ejercicio del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto establecido en el artículo 411 ter del Código Penal, por infracción del artículo 1º inciso tercero y artículo 19 Nº 16 de la Constitución Política de la República, el cual puede ser invocado por la defensa letrada del imputado o bien incluso, de oficio por el propio tribunal que sustancie el procedimiento criminal.

Una segunda posibilidad, es solicitar por la defensa letrada del imputado, durante el desarrollo del procedimiento penal, como alegación de fondo, el sobreseimiento definitivo o la absolución por falta de antijuridicidad material de la conducta, privando a la conducta típica, la posibilidad de ser sancionada como delito, encontrándose el artículo 411 ter en la paradoja que las dos conductas que integran dicha descripción típica, esto es, el promover o trasladar de manera lícita a una persona adulta, para que ingrese o salga del país, para que ejerza libremente las actividades laborales que estime pertinentes, y por otro lado, el ejercicio de la prostitución por personas adultas plenamente capaces, no se encuentran sancionadas penalmente de manera aislada, pero si se castiga fuertemente la conjunción de ambas conductas lícitas, y es precisamente esto lo que permitiría su incriminación a la luz de lo dispuesto en el artículo 411 ter del código de castigo. Lo anterior no resulta lógico y legítimo, puesto que no se puede pretender, que por un solo acto del legislador, se persigan conductas lícitas, sin que los intervinientes y la

judicatura digan algo al respecto, pues son precisamente ellos, quienes están llamados a restablecer el imperio de los principios fundamentales del derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho, al aplicar el derecho al caso concreto sometido a su decisión, evitando de este modo que el Leviatán estatal castigue, sin fundamentación jurídica alguna, conductas lícitas e inofensivas socialmente.

Un actor esencial de esta discusión es el Ministerio Público, quien al tener el ejercicio monopólico de la acción penal pública, posee importantísimos instrumentos jurídicos para enmendar la situación planteada por la falta de legitimidad de la figura del artículo 411 ter del Código Penal, disponiendo el órgano persecutor penal, antes de la intervención del juez de garantía, la posibilidad de archivar provisionalmente los antecedentes o ejercer la facultad de no iniciar la investigación por no ser los hechos denunciados constitutivos de delito alguno; o bien de la posibilidad de solicitar el sobreseimiento definitivo o ejercer la decisión de no perseverar en la investigación, respecto de causas que hayan sido judicializadas o respecto de las cuales haya intervenido la judicatura.



## **V.- CONCLUSIONES GENERALES DE LA ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS**

El estudio del bien jurídico protegido por el tipo penal contemplado en el artículo 411 ter del Código Penal, es esencial para poder dilucidar la interrogante acerca de la legitimidad de la intromisión del derecho penal, como instrumento necesario y apropiado para la regulación, determinación y sanción de las conductas punibles de los ciudadanos en un Estado en que prime el pleno respeto a los derechos humanos.

Creemos que la creación en nuestro ordenamiento jurídico nacional del tipo penal de facilitación de la entrada o salida del país de personas adultas para que ejerzan la prostitución voluntariamente; carece de un objeto específico al cual esté abocada su tutela, protegiéndose de contrabando sólo ideas moralizantes, ajenas al principio de lesividad, justificación última del *ius puniendi* estatal en un Estado democrático, adoleciendo la figura en estudio de absoluta falta de legitimidad, al pretender sancionar conductas perfectamente lícitas y amparadas por el ordenamiento jurídico nacional, no vislumbrándose la razón técnica o jurídica, desde la cual arranca el supuesto disvalor de la conducta del agente de la figura del artículo 411 ter, concluyéndose, por ende, que sólo la motivan razones morales, ajenas al espíritu que debe nutrir al derecho penal moderno.

Es de suma importancia comprender, que no es tarea del derecho penal, determinar aquello que las personas adultas y plenamente capaces pueden decidir por sí mismas, debiendo asegurar el ordenamiento penal sólo un marco mínimo de actuación, en el cual no se presenten dificultades que restrinjan o limiten dicha facultad de decidir libremente. Si por el contrario, se sostuviera que la "*ratio legis*" que subyace a la figura del artículo 411 ter, es la incapacidad de las personas de decidir libremente, aun en los casos en los que no se constatare una voluntad corrompida, se produciría la paradoja que dicha norma legal en estudio, al pretender por una parte, amparar la

libertad y dignidad de la persona humana, limitaría al mismo tiempo la voluntad y la dignidad del individuo, al cual pretende proteger.

Esencial es delimitar correctamente el ámbito de aplicación de las figuras típicas contempladas en los artículos 411 bis, 411 ter, y 411 quáter, pues en razón de los principios de especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad, restando como campo de aplicación posible de la figura del artículo 411 ter, el caso hipotético de la conducta desplegada por un agente, para promover o facilitar la entrada o salida del país de personas adultas, para que ellas ejerzan la prostitución, sin que concurren los medios comisivos de la trata de personas en conjunción con las finalidades de explotación previstas en el artículo 411 quáter, pues la concurrencia de cualquiera de dichos medios de comisión de la trata de personas, realizados bajo la tendencia interna trascendente del agente, consistente en promover o facilitar la entrada o salida de personas del país, bajo los medios comisivos exigidos, con la finalidad subjetiva de explotación exigida en el artículo 411 quáter del código Penal, necesariamente hace preferir la aplicación de esta última, por sobre la norma legal en estudio.

Por otro lado, respecto a la delimitación de la figura típica del artículo 411 ter con el delito del artículo 411 bis del Código Penal, aun cuando hay posturas en la doctrina nacional en sentido contrario, estimamos en el presente trabajo que no existe posibilidad de concurso aparente de leyes penales, por no estar las conductas típicas referidas plenamente englobadas una sobre la otra, no dándose entre ambas figuras ninguno de los principios exigidos por la doctrina nacional para la concurrencia de dicho instrumento de interpretación de la ley penal.

Así, podría darse en la práctica la situación concreta de que el agente, facilite o promueva la entrada o salida de personas del territorio nacional, para que ellas ejerzan la prostitución, conductas realizadas bajo los medios comisivos exigidos por el artículo 411 quáter del Código Penal, pero en los cuales el ministerio público no pueda probar la tendencia interna trascendente del sujeto activo de realizar las acciones antes descritas con las finalidades de explotación exigidas por el tipo penal de la trata de personas, debiendo en este caso aplicarse residualmente la figura del artículo 411 ter del Código Penal, para evitar que la conducta del agente quede impune, aun cuando

esta solución efectiva al problema no soluciona ni explica la problemática central planteada, y que dice relación con la falta de legitimidad de la aplicación concreta del artículo 411 ter del Código Penal por infracción al principio limitador del *ius puniendi* estatal de protección exclusiva de bienes jurídicos.

La promulgación de la Ley N° 20.507, significó una actualización de la legislación patria a las exigencias de derecho internacional sobre la materia, y permitiendo la persecución en Chile de tales delitos de carácter transnacional, los cuales, cada día profesionalizan más su modos de comisión, haciéndose muy difícil su pesquisa y represión, principalmente por la proliferación de las organizaciones criminales internacionales dedicadas a estos delitos y el elevado nivel de la corrupción en la esfera internacional.

Es indispensable que los diversos intervinientes del proceso penal sean los llamados a dar a la figura del artículo 411 ter su verdadero sentido y alcance, desprovisto de bienes jurídicos protegidos, y que a la postre carece de legitimidad para sancionar conductas que son perfectamente válidas, a la luz de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, permitiendo sea la propia aplicación práctica de la norma en análisis, estudiosa del derecho penal y de sus límites constitucionales, la que logre el restablecimiento del respeto por los principios fundantes del derecho penal por parte de las normas contenidas en la Ley N° 20.507, de tal manera que el paso jurídico dado hacia adelante con la regulación correcta y esperada de los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, no se vea eclipsado por tres pasos hacia atrás, por una aplicación no meditada de la figura dispuesta en el artículo 411 ter, demoliendo de paso la estructura básica del ordenamiento punitivo nacional, la cual dice relación principalmente con la naturaleza de sus límites y su legitimación, frente a la sociedad y los derechos de las personas.

Con la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del artículo 411 ter, se han minado los principios fundamentales del derecho penal clásico liberal, siendo una labor de todos los intervinientes del proceso penal, enmendar la situación para cada caso concreto en que se presente la aplicación de la norma cuestionada,

sea por medio de las facultades autónomas del Ministerio Público, como serían el archivo provisional, la decisión de no perseverar o la facultad de no iniciar la investigación por estimarse que la conducta incriminada no constituye delito alguno; o bien, solicitando la defensa letrada del sujeto imputado por la conducta prevista y sancionada en el artículo 411 ter, el sobreseimiento definitivo de la causa, por no constituir la conducta investigada delito alguno, por falta de antijuridicidad material de la conducta típica, o por último, demandar derechamente la absolución del acusado durante el desarrollo del juicio oral, fundada en no constituir los hechos investigados delito alguno, por carecer la conducta típica de antijuridicidad material.

Con todo, estimamos que una de las herramientas más importantes a la cual pueden recurrir los intervinientes para restablecer el imperio de los principios limitadores del *ius puniendi* frente a la problemática planteada, es el ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por infringir el artículo 411 ter del Código Penal, los artículos 1º inciso tercero y 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, aun cuando este instrumento presenta un serio inconveniente, toda vez que de ninguna forma podría traducirse en la inaplicabilidad general de la norma en comento, sino que sólo respecto del caso concreto, en cuyo proceso judicial se hubiere deducido el respectivo requerimiento.

Esperamos, que la discusión jurídica propuesta en la presente AFET, se desarrolle también al interior de nuestros tribunales de justicia de una manera fecunda y fructífera, destacando los verdaderos avances y aciertos de la Ley N° 20.507, e inoculizando sus efectos nocivos, no sancionando como delito la conducta descrita en el artículo 411 ter del Código Penal, desarrollo forense de la norma en estudio que confiamos deberá inspirar su modificación legal, volviendo a un sistema punitivo de plena observancia de los límites del *ius puniendi* del Leviatán estatal, así como también de pleno acatamiento de los derechos de los ciudadanos que lo integran, retomando el derecho penal su rol como instrumento de control social, que haga a la sociedad más justa, solidaria y humanitaria, para aspirar así a la consolidación de la paz social, con pleno respeto de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

## VI.- BIBLIOGRAFÍA

1. **ABANTO VÁSQUEZ, Manuel**, Acerca de la teoría de bienes jurídicos, en: Revista penal, Lima, Ediciones Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1995.
2. **AGUILAR ARANELA, Cristian**, Delitos sexuales, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación, grooming. Doctrina y jurisprudencia, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2012.
3. **ALONSO ÁLAMO, Mercedes**, ¿Protección penal de la dignidad?: a propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual, en: Revista derecho penal contemporáneo, N° 17, Bogotá, Editorial Legis, octubre diciembre 2006.
4. **ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel**, Curso de investigación jurídica, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Lexis- Nexis, 2005.
5. **BACIGALUPO, S. y CANCIO MELIÁ, M. (COORDINADORES)**, Derecho penal y política transnacional, Madrid, Atelier, 2005.
6. **BACIGALUPO, Enrique**, Justicia penal y derechos fundamentales, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.
7. **BAJO FERNÁNDEZ, Miguel**, Compendio de derecho penal, parte especial, volumen segundo, Madrid, Editorial centro de estudios Ramón Areces S. A. (CERA), 2003.
8. **BASCUÑÁN, Aníbal**, Manual de técnica de la investigación jurídica, cuarta edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971.

9. **BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio**, Problemas básicos de los delitos sexuales, en: Revista de Derecho, número especial, Valdivia, Ediciones Universidad Austral de Chile, 1997.
10. **BECCARIA, Cesare**, De los delitos y de las penas, primera edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2008.
11. **BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE**, Historia de 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, Santiago de Chile, Boletín 3778-18, Diario Oficial, 2011.
12. **BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R. John**, Curso de derecho penal, tomo tercero, parte especial, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2007.
13. **BUSTOS RAMÍREZ, Juan**, Obras completas de derecho penal, parte general, tomo segundo, segunda edición, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2004.
14. **CÁRDENAS ARAVENA, Claudia**, El delito de tráfico de migrantes, con especial referencia a la legislación chilena, en: Congreso internacional homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, tomo cuarto, Valparaíso, 2011.
15. **CÁRDENAS ARAVENA, Claudia**, Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas, Santiago de Chile, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2013, accesible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924bfd1051ff5.pdf>, consultado el 19 de diciembre de 2013.
16. **CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl**, Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales, Santiago de Chile, Departamento

de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2012, accesible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/97ae4633876ea502cde924bfd1051ff5.pdf>, consultado el 19 de diciembre de 2013.

17. **CORTINA, Adela**, Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica, decimoquinta edición, Madrid, Tecnos, 2010.
18. **CURY URZÚA, Enrique**, Derecho penal, parte general, séptima edición ampliada, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
19. **CURY URZÚA, Enrique**, Derecho penal, parte general, tomo primero, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
20. **CURY URZÚA, Enrique**, Derecho penal, parte general, tomo segundo, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
21. **CHILE**, 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, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 08 de abril del año 2011.
22. **DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto**, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, en: INDRET, 1/2010, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero 2010.
23. **DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis**, El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, Anuario de derecho penal, N° 1999-2000, Madrid, 2000.
24. **DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis**, La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista, en: Revista de ciencias penales, N° 30, Málaga, Ediciones de la Universidad de Málaga, 1997.
25. **DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis**, La política criminal en la encrucijada, Buenos Aires, Editorial B de F, (S. A), 2007.

26. **ELGUETA ROSAS, María Francisca y PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo**, La Investigación en ciencias sociales y jurídicas, primera edición, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2008.
27. **ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo**, Derecho penal, tomo primero, parte general, tercera edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
28. **ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo**, El concurso aparente de leyes penales, primera edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1957.
29. **GARCÍA PABLOS, Antonio**, Derecho penal, introducción, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1995.
30. **GAJARDO ORELLANA, Tania, y TORES FIGUEROA, Angélica**, Los tipos penales del tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley N° 20.507, en: Revista jurídica del Ministerio Público, N° 47, Santiago de Chile, 2011.
31. **GARRIDO MONTT, Mario**, Derecho penal, parte general, tomo primero, segunda edición reimpressa, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
32. **GERONIMI, Eduardo**, Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes, en: Perspectivas sobre las migraciones laborales, Ginebra, Publicaciones del programa de migraciones internacionales de la Oficina Internacional del Trabajo (O. I. T), 2002.
33. **GIMBERNAT ORDEIG, E.**, Los nuevos gestores de la moral colectiva, en: El Mundo, Madrid, 10 de julio del año 2004.
34. **GÓMEZ, Eusebio**, Tratado de derecho penal, tomo tercero, Buenos Aires, Compañía argentina de editores, 1940.
35. **GÓMEZ TOMILLO, Manuel**, Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal, en: Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N° 07-04, Madrid, 2005.



36. **GONZÁLEZ JARA, Manuel ángel**, La regulación penal del meretricio, primera edición, Santiago de Chile, Editorial Librotecnia, 2009.
37. **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, La dignidad de la persona, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 1986.
38. **JAKOBS, Gunther, (traducción de CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ)**, La pena estatal: significado y finalidad, Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2004.
39. **JÍMENEZ DE AZÚA, Luis**, Libertad de amar y derecho a morir, séptima edición, Buenos Aires, Depalma, 1984.
40. **GUZMÁN DALBORA, José Luis**, La trata de personas y el problema de su bien jurídico, en: Revista procesal penal N° 62, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2011.
41. **HASSEMER, Winfried (traducción de CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo)**, Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada, en: criminalidad organizada en una Europa de fronteras abiertas, Frankfurt am Main, 1994.
42. **HASSEMER, Winfried**, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, en: Doctrina penal, teoría y práctica en las ciencias penales, año 12, N° 46-47, Buenos Aires, septiembre 1989.
43. **HASSEMER, Winfried (traducción de LARRAURI, Elena)**, Rasgos y crisis del derecho penal moderno, en: Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 45, fascículo primero, Bogotá, Editorial centro de publicaciones, 1992.
44. **INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (I. N. D. H.)**, Informe sobre la trata de personas, publicaciones de la unidad jurídica y judicial del Instituto Nacional de Derechos Humanos INDH, Santiago de Chile, 2011.
45. **LABATUT GLENA, Gustavo**, Derecho penal, tomo primero, novena edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

46. **LABATUT GLENA, Gustavo**, Derecho penal, tomo segundo, séptima edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
47. **LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio**, Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal, en: Revista chilena de derecho, volumen 22, N° 2, Santiago de Chile, 1995.
48. **LAURENZO COPELLO, P.**, La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros, en: Revista de derecho penal y criminología, segunda época, N° 12, Logroño, Ediciones Universidad de la Rioja, 2003.
49. **LEÓN VILLALABA, Francisco Javier**, Tráfico de personas e inmigración ilegal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
50. **LUNA OSORIO, Andrés Hernando**, Mujer y justicia penal, en: Revista derecho penal contemporáneo, N° 37, Bogotá, Editorial Legis, 2011.
51. **MALDONADO, Francisco**, Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal, en: Revista de estudios de justicia, Universidad de Chile, N° 7, Santiago de Chile, 2006.
52. **MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.**, ¿Puede utilizarse el derecho penal en contra de la inmigración irregular?, en: Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Granada, Ediciones Universidad de Granada, 2008.
53. **MATUS ACUÑA, Jean Pierre**, El concurso aparente de leyes, primera edición, Santiago de Chile, Ediciones jurídicas de Santiago, 2008.
54. **MIR PUIG, Santiago**, Derecho penal, parte general, séptima edición, cuarta reimpresión, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.
55. **MIR PUIG, Santiago**, Introducción a las bases del derecho penal, segunda edición, reimpresión, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2003.

56. **MUÑOZ CONDE, Francisco**, Principios inspiradores del nuevo Código Penal, en: Estudios jurídicos, segundo volumen, Valencia, Ediciones del Institut de Criminología de la Universitat de Valencia, 1997.
57. **MUÑOZ CONDE, Francisco**, Teoría general del delito, segunda edición, Bogotá, Editorial Temis, 2004.
58. **MUÑOZ CONDE, Francisco**, Introducción al derecho penal, segunda edición, Montevideo- Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.
59. **NOVOA ALDUNATE, Eduardo**, Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal, en: Revista actualidad jurídica, Nº 15, Santiago de Chile, 2007.
60. **NOVOA MONREAL, Eduardo**, Curso de derecho penal chileno, parte general, tomo primero, tercera edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
61. **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Protocolo de Palermo**, instrumento internacional que establece normas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de la ONU contra de delincuencia transnacional.
62. **OROZCO, Rosi**, Trata de personas, primera edición, Ciudad de México, D. F. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011.
63. **PANTOJA, Rolando**, Derecho Administrativo, apuntes de clases, Central de apuntes facultad de Derecho Universidad de Chile, 1969.
64. **POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y RAMIREZ G. María Cecilia**, Lecciones de derecho penal chileno, parte general, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
65. **POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, y ORTIZ QUIROGA, Luis**, Texto y comentario del Código Penal chileno, tomo primero, libro primero, parte general, primera edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

66. **NACIONES UNIDAS (ONU)**, instrumento internacional que establece normas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra de delincuencia transnacional.
67. **QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo**, Los intereses y bienes jurídicos concurrentes en la violencia de género y en la prostitución, en: Revista de derecho de Extremadura, Nº 3, Logroño, 2008.
68. **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Diccionario de la lengua española, tomo primero, vigésima segunda edición, Madrid, Editorial Espasa Calpe S. A., 2001.
69. **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Diccionario de la lengua española, tomo segundo, vigésima segunda edición, Madrid, Editorial Espasa Calpe S. A., 2001.
70. **RODRÍGUEZ COLLAO, Luis**, Delitos sexuales, primera edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
71. **RODRÍGUEZ MESA, M. y RUIZ RODRÍGUEZ, M. (COORDINADORES)**, Inmigración y sistema penal, retos y desafíos para el siglo XXI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
72. **ROXIN, Claus**, Problemas básicos del derecho penal, primera edición, traductor LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Madrid, Editorial Reus S. A, 1976.
73. **ROXIN, Claus**, Derecho penal, parte general, tomo primero, primera edición, reimpresión, traductores LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Madrid, Editorial Cuadernos Civitas, 2000.
74. **SÁINZ CANTERO, José Antonio**, Lecciones de derecho penal, parte general, introducción, volumen primero, Barcelona, Editorial Bosch S. A., 1979.
75. **SALAS PORRAS, María y VILA TIERNO, Francisco**, El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena, Málaga, Ediciones Universidad de Málaga, 2005.

76. **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María**, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2005.
77. **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María**, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, tercera edición, Madrid, Editorial Cuadernos Civitas, 2011.
78. **SOLER, Sebastián**, Derecho penal argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1963.
79. **SOTO DONOSO, Francisco Javier**, Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo, en: Revista jurídica del Ministerio Público, N° 39, Santiago de Chile, junio 2009.
80. **SOTO DONOSO, Francisco Javier**, Comentario de sentencia sobre trata de personas, causa RUC 0600062854-7 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, en: Revista jurídica del Ministerio Público, N° 36, Santiago de Chile, octubre 2008.
81. **SOTO DONOSO, Francisco Javier**, La asistematicidad en el tratamiento jurídico de los delitos vinculados a la trata de personas establecidos en el Código Penal a partir de la Ley N° 20.507, actividad formativa equivalente a tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en derecho penal de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2013.
82. **SOTO KLOSS, Eduardo**, La dignidad de la persona humana, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1996.
83. **SUAZO SCHWENCKE, Carolina**, Iter criminis en los delitos sexuales, análisis dogmático y jurisprudencial, tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en derecho penal de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2012.
84. **VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto**, Derecho constitucional, tomo primero, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

85. **ZAFFARONI, Raúl Eugenio**, Derecho penal, parte general, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2002.