Santiago, treinta de octubre de dos mil catorce.

VISTOS:

Con fecha 8 de enero de 2014, el abogado Miguel Soto Piñeiro, en representación de María Paz Guerra Fuenzalida, solicitó la declaración de inaplicabilidad de la oración "*… cuando lo interpusiere el Ministerio Público…*", contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal; de la oración "*… los objetos, documentos o lugares*", contenida en el artículo 320 del Código Procesal Penal y de la frase "*… o prácticas análogas a ésta…*", contenida en el artículo 411 quáter del Código Penal, por estimar que infringen lo dispuesto en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna.

Las normas que contienen las expresiones cuya inaplicabilidad se solicita disponen:

"***Artículo 277.-*** *Auto de apertura del juicio oral. Al término de la audiencia, el juez de garantía dictará el auto de apertura del juicio oral. Esta resolución deberá indicar:*

a) El tribunal competente para conocer el juicio oral;

b) La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas;

c) La demanda civil;

d) Los hechos que se dieren por acreditados, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 275;

e) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior, y

f) La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral, con mención de los testigos a los que debiere pagarse

anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos.

El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, ***cuando lo interpusiere el ministerio público*** *por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.*

Si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto."

"Artículo 320.- *Instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos. Durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes podrán solicitar del juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar* ***los objetos, documentos o lugares*** *a que se refiriere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. El juez de garantía accederá a la solicitud, a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta."*

Artículo 411 quáter.- *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*

000356
trescientos cincuenta y seis

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 mínimo 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 impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

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

Gestión invocada.

La declaración de inaplicabilidad se solicita para que surta efectos en la gestión pendiente consistente en la causa que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Pichilemu por los supuestos delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, previstos y sancionados en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal, RIT N° 457-2011, RUC N° 1110028038-K. En el referido proceso la requirente se encuentra acusada como una de las autoras del delito, por actos cometidos en su calidad de encargada de recursos humanos del grupo Errázuriz, como comprar directamente o a través de las secretarias del Grupo -a quienes daba instrucciones- los pasajes para el traslado e ingreso al país de un grupo de personas desde

Paraguay, incluyendo menores de edad, bajo la motivación formal de una carta de invitación para conocer las ventajas turísticas, naturales y potencialidades económicas del país, a los efectos que si lo deseaban, pudieran tramitar posteriormente su visa de residencia y trabajo, a fin de ser capacitados para trabajar en Chile, especialmente en labores de reconstrucción posteriores al terremoto de 2010, cuando en realidad -señala la acusación, a fojas 14 y 16- se les destinaba a trabajar en faenas agrícolas y forestales de fundos del grupo Errázuriz en condiciones laborales desmejoradas, forzadas, de servidumbre y esclavitud, agregando que la requirente participó además en la elaboración de declaraciones juradas para que los trabajadores negaran el ingreso ilegal y las condiciones de trabajo y personales en que se encontraban al interior del fundo y, en general, la situación de trabajos forzados, esclavitud y servidumbre que enfrentaron.

En cuanto al estado de la gestión pendiente, al momento de presentarse el requerimiento de inaplicabilidad el proceso penal se encontraba con la audiencia de preparación de juicio oral fijada y pendiente de realizar, la que no se verificó, en razón de haberse decretado la suspensión del procedimiento por la Segunda Sala de esta Magistratura.

Disposiciones constitucionales invocadas.

En lo tocante a la inconstitucionalidad alegada de la oración "*… cuando lo interpusiere el Ministerio Público…*", contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, que impide impugnar la resolución que determina las pruebas que serán conocidas en el juicio oral, sostiene la requirente que su aplicación vulnera las garantías de la igualdad ante la ley y del racional y justo procedimiento, en lo relativo al derecho al recurso, que es uno de los elementos

en este caso no se vislumbra la existencia de un verbo rector que arribe a la descripción del hecho típico y otorgue certeza acerca de la prohibición, lo que en la especie, además, afecta la certidumbre porque hace difícil determinar la pertinencia de la prueba y, por lo tanto, el debate de la prueba a excluir.

Alude en detalle al principio *nullum crimen nulla poena sine legem*, concluyendo que, de acuerdo a la doctrina, no se pueden crear tipos penales por analogía, pues el legislador debe describir cierta y expresamente los elementos objetivos, subjetivos o normativos, agregando que en este caso las penas son especialmente graves, lo que aumenta la necesidad de certeza. Finalmente señala que en el artículo 411 quáter del Código Penal se contiene una serie de hipótesis específicas alternativas, para después incluir la cláusula analógica, lo que dificulta aún más la búsqueda de su sentido, dejando abierta la puerta de la arbitrariedad judicial ante la inexistencia de parámetros de definición.

Admisión a trámite y admisibilidad.

Con fecha 14 de enero de 2014, la Segunda Sala de este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento, decretando la suspensión del procedimiento de la gestión judicial invocada, confiriendo traslado para resolver acerca de su admisibilidad a las partes de la gestión pendiente, declarándolo admisible por resolución de fecha 6 de marzo siguiente, sólo respecto de la oración "*...cuando lo interpusiere el Ministerio Público…*", contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, y de la frase "*…o prácticas análogas a ésta…*", contenida en el artículo 411 quáter del Código Penal.

integrantes del debido proceso, toda vez que al establecer un medio de impugnación sólo en favor del órgano persecutor se establece una diferenciación carente de fundamento, discriminatoria y no razonable, al privar de esa posibilidad a los demás intervinientes, que también pueden verse afectados con la exclusión de pruebas, lo que, indica, resulta particularmente grave, ya que deja al persecutor en una posición de privilegio, en desmedro de los demás litigantes, especialmente tratándose de las defensas, como en este caso, vulnerándose además con ello la igualdad de armas en el proceso y el libre acceso a la justicia, agregando que si se está frente a defensas incompatibles de diversos imputados, la prueba que se excluye puede beneficiar a otro imputado y, sin embargo, se le priva de la posibilidad de impugnar lo resuelto.

En relación a la impugnación parcial del artículo 320 del Código Procesal Penal, atendido que el requerimiento fue declarado inadmisible respecto de esta parte por resolución de la Segunda Sala de esta Magistratura de fecha 6 de marzo del año 2014, no se reproducirán los argumentos relativos a las alegaciones de inconstitucionalidad formuladas.

En cuanto a la frase "*… o prácticas análogas a ésta…*", contenida en el artículo 411 quáter del Código Penal, expone que al tipificarse la trata de personas se establece una cláusula analógica, que por tener tal carácter importa una falta de enunciación de la conducta prohibida, lo que infringe el principio de tipicidad consagrado en el inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, que es un mandato de certidumbre jurídica para el ciudadano, que se cumple describiendo a lo menos el núcleo esencial de la conducta, tal como se hace con los engaños en los artículos 468 y 473 del Código Penal, para concluir que

Traslado sobre el fondo del conflicto de constitucionalidad.

Posteriormente se confirió traslado a las partes de la gestión pendiente y a los órganos constitucionales interesados acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado, el que fue evacuado por el Ministerio del Interior, el Ministerio Público y el Instituto Nacional de Derechos Humanos en los términos que se pasa a consignar:

Evacuando el traslado a fojas 271, el Ministerio del Interior solicitó el rechazo del requerimiento, dando lata cuenta del sentido y alcance del artículo 277 del Código Procesal Penal y su función en la audiencia preparatoria del juicio. Expone que surgen dos recursos, el de apelación en contra del auto de apertura para el Ministerio Público y el de nulidad en contra de la sentencia, teniendo este último causales taxativas. Agrega que en el proceso penal el recurso de apelación es excepcional y que el derecho al recurso no es sinónimo de doble instancia, agregando que la exclusión de prueba, motivo de la apelación del artículo 277, beneficia al imputado al excluir prueba de cargo presentada por el ente persecutor, haciendo suyo lo razonado por este Tribunal en sus sentencias roles N°s 1432 y 2354, aludiendo a lo razonado en la última de ellas, en orden a que no cabe a esta Magistratura crear ni otorgar recursos.

Señala que el estado procesal de la gestión de esta causa es diferente al del proceso Rol N° 1535, en el cual se acogió la solicitud de inaplicabilidad, pues en este caso no se ha verificado la audiencia preparatoria, no se conocen las pruebas a presentar y no hay certeza de la aplicación del precepto, por lo que la inaplicabilidad pasa a ser un control abstracto.

Argumenta que el régimen diferenciado de recursos no constituye una discriminación arbitraria, pues los intervinientes están en distinta posición y el imputado tiene a salvo el recurso de nulidad invocando derechos fundamentales. Da larga cuenta de la estructura del sistema acusatorio vigente para señalar que el persecutor debe presentar la prueba de cargo, que ella puede ser controvertida, gozando el imputado de presunción de inocencia, y que la exclusión de la prueba de cargo es un tema de interés del Ministerio Público, por lo cual el recurso de apelación se le asigna a dicho órgano, bajo reglas especiales, quedando a salvo el recurso de nulidad para los demás intervinientes. Se refiere latamente a la garantía del debido proceso, para concluir que la exclusión de un recurso excepcional y de causal restringida, como es esta apelación, no es un motivo de inconstitucionalidad, reiterando que queda a salvo la nulidad y que el derecho al recurso no es sinónimo de doble instancia.

En cuanto al artículo 411 quáter del Código Penal, expone que dicha norma se introdujo por la Ley N° 20.507, en el marco de la ejecución de tratados internacionales suscritos al amparo de la Organización de Naciones Unidas, asumiendo la moción que la origina que es un hecho la generación de contingentes de personas trabajando bajo régimen de esclavitud, en función de situaciones de vulnerabilidad y riesgo, incluyéndose también otros fines como tráfico de órganos y explotación sexual, todo ello administrado por verdaderas organizaciones dedicadas al tráfico de personas.

Se refiere posteriormente a los elementos del tipo que, ubicado en los delitos en contra de las personas, contempla la existencia de varios verbos rectores, destacando las acciones de captar, trasladar, acoger o recibir personas, y múltiples medios y formas de comisión

del delito, como son violencia, intimidación, engaño, coacción, pagos u otros beneficios y abuso de poder, vulnerabilidad o dependencia respecto de la víctima; combinado con las finalidades de explotación sexual, extracción de órganos, trabajos forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a ésta, para agregar que el bien jurídico protegido oscila entre la dignidad, libertad, autonomía sexual de menores y la integridad física y síquica.

Expone que la expresión *"prácticas análogas a ésta"* se refiere a los conceptos de esclavitud y explotación, a los cuales alude en detalle, para concluir que son elementos integrantes del tipo y que la expresión impugnada por la parte requirente no es una cláusula analógica, ya que requiere ser interpretada conforme al Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, ratificado por Chile y vigente.

Concluye sosteniendo que no se está en presencia de un tipo penal abierto, ya que los elementos del tipo están claros, puesto que, como ya se ha indicado, la expresión impugnada se refiere a esclavitud y servidumbre, no permitiendo la creación de tipos, por lo que no existe incertidumbre alguna, cumpliéndose con los estándares de descripción del núcleo esencial del tipo fijados por este Tribunal, y que si la requirente estima que existe un conflicto, éste es de mera legalidad e interpretación de ley.

Por su parte, el Ministerio Público formuló sus observaciones a fojas 300, solicitando el rechazo del requerimiento, dando primeramente lata cuenta de los antecedentes de la gestión.

En cuanto a la impugnación del artículo 277 del Código Procesal Penal, expone que en las sentencias roles N°s 1535 y 1502 este Tribunal acogió solicitudes de

inaplicabilidad recaídas en parte en este artículo, agregando que posteriormente en las sentencias roles N°s 2330 y 2354 se han rechazado solicitudes del mismo tenor. Señala que el requerimiento debe rechazarse en esta parte, pues no se aporta elemento de juicio que permita concluir un efecto contrario a la Constitución, que la aplicación de la norma es simplemente hipotética e incierta, lo cual también se da respecto de las eventuales defensas incompatibles. Hace suyo lo razonado en la sentencia Rol N° 2354, en orden a que las hipótesis lejanas e inciertas no habilitan a declarar inaplicable el precepto impugnado del artículo 277 aludido.

En relación al artículo 411 quáter del Código Penal, señala que el tipo incorporado por la Ley N° 20.507 obedece a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos, relativos al Combate al Tráfico de Migrantes por Vía Terrestre, Marítima y Aérea y la Prevención, Represión y Sanción a la Trata de Personas, en Especial de Mujeres y Niños, todos incorporados al derecho chileno. Agrega que en este último se contiene una definición de trata de personas (artículo 3°), entendiendo por tal "*… la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*".

Expone que sobre esa base se ha desarrollado la legislación comparada, citando la de España, Argentina, Colombia y Perú, destacando sus similitudes con la norma chilena, que se estructura sobre los verbos captar, trasladar, acoger o recibir personas, con medios de 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, con fines de explotación sexual, pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o extracción de órganos, todo lo cual, sostiene, permite dar por cumplidos los estándares de tipicidad recogidos en la jurisprudencia de este Tribunal, en especial referencia a prácticas semejantes a la esclavitud, lo cual debe ser determinado por los jueces del fondo.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos, por su parte, formuló sus observaciones a fojas 316, solicitando también el rechazo del requerimiento, a cuyo efecto señala que, en la lógica del actual proceso penal, el artículo 277 del Código del ramo no merece reparos desde el punto de vista de la igualdad y del principio de no discriminación, puesto que está justificada la naturaleza restrictiva del régimen recursivo y porque el rol directivo corresponde al Ministerio Público, de lo cual deriva el régimen de exclusión de pruebas y la excepcional apelación que se consagra, porque el interés implicado en ella es del ente persecutor, quedando a salvo el recurso de nulidad para los demás intervinientes. Hace presente que existe una propuesta de modificación al artículo 277 aludido; sin embargo, el proceso penal invocado se tramita conforme al Código vigente, agregando que los cuestionamientos planteados no obedecen a un conflicto concreto, pues ni siquiera se ha

ofrecido la prueba y no se explica cómo tendría aplicación el precepto, tampoco de qué forma resultaría decisivo, todo lo cual lleva a insistir en que la inaplicabilidad no es un instituto abstracto ni especulativo.

En cuanto al artículo 411 quáter del Código Penal, señala que resulta claro que los verbos rectores son captar, trasladar, recibir o acoger, al igual que los objetivos de explotación sexual, trabajos forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a ésta. Expone que esta norma es parte del deber de adecuación del derecho chileno a normas de tratados internacionales, con los mecanismos preventivos y represivos de este tipo de conductas violatorias de derechos humanos. Reitera las finalidades y objetivos de la Ley N° 20.507, que introdujo este tipo penal, y señala que para el Instituto Nacional de Derechos Humanos es esencial lograr un adecuado equilibrio entre la protección penal para víctimas de estos delitos y las garantías de un derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho.

Argumenta que este Tribunal, en su sentencia Rol N° 1254, señaló que la interpretación extensiva es perfectamente lícita, no debiendo ser confundida con las interpretaciones analógicas, pues en la primera la conducta está incluida pese a las deficiencias de lenguaje, en circunstancias que la analogía parte de la base de que el caso no está contemplado. Añade que tal diferencia es particularmente importante, pues se está en presencia de un tipo nuevo, que operativiza el derecho internacional, y que quizás no emplea el lenguaje más adecuado, pero que sin duda describe el núcleo esencial del tipo.

Expone asimismo que la requirente pretende que existiría una analogía para partir de la base de que su

caso no estaría normado, cosa que no es efectiva, ya que el precepto deja un margen de interpretaciones razonables al juez, sin vulnerar el principio de tipicidad y sin llegar a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llamado *"ambigüedad en la formulación de tipos penales"*.

Finalmente, señala que en el caso concreto el foco no está en la esclavitud y sus prácticas análogas, sino que en el traslado de personas vulnerables de un país a otro, mediante engaño y para realizar trabajos forzados, por lo que no se afecta la legalidad ni la legitimidad de la imputación, para terminar sosteniendo que de existir problemas de aplicación práctica de la norma se trataría de temas de legalidad, ajenos a la competencia de este Tribunal.

Conclusión de la tramitación.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación y su agregación al Rol de Asuntos en Estado de Tabla.

Vista de la causa.

Con fecha 22 de mayo de 2014 se verificó la vista de la causa, alegando por la parte requirente el abogado Miguel Soto Piñeiro; por el Ministerio Público, el abogado Pablo Campos Muñoz; por el querellante Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el abogado Alexandro Álvarez Alarcón y por el querellante Instituto Nacional de Derechos Humanos, el abogado Rodrigo Bustos Bottai, adoptándose el acuerdo con fecha 29 de ese mismo mes y año.

000367
trescientos sesenta y siete

CONSIDERANDO:

I. EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO ANTE ESTA MAGISTRATURA.

PRIMERO: Que la cuestión de inaplicabilidad planteada por la requirente se fundamenta en los efectos inconstitucionales que provocaría - en la gestión sub lite - la aplicación de los preceptos contenidos en la frase "… o prácticas análogas a ésta…", incluida en el artículo 411 quáter del Código Penal, y en la oración "…cuando lo interpusiere el Ministerio Público…", inserta en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal.

La pretensión de inaplicabilidad ha sido ejercida para que surta efectos en una causa penal en la que la requirente detenta la calidad de imputada por los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, previstos y sancionados en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal. La referida causa se encuentra en etapa de preparación del juicio oral, actualmente suspendida por resolución de la Segunda Sala de este Tribunal;

II. SOBRE LA INAPLICABILIDAD DE LA FRASE "… O PRÁCTICAS ANÁLOGAS A ÉSTA…", CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 411 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL.

SEGUNDO: Que, en este capítulo, la requirente reprocha la aplicación de la norma legal referida, en cuanto prohíbe (la esclavitud) "*…o prácticas análogas a ésta…*" (lo destacado es nuestro), sobre la base del predicamento según el cual dicho precepto destacado "*contiene una cláusula analógica, y toda cláusula analógica, precisamente por su carácter analógico, importa una falta de descripción de la conducta*

prohibida, es decir una manifiesta infracción a lo dispuesto en el artículo 19 N°3, inciso final, de nuestra Carta Fundamental."(Fojas 62). Añade que "*… el legislador debe describir el verbo rector, así por ejemplo la cláusula analógica que utilizan los artículos 468 y 473 describe la conducta, debe tratarse de un engaño; en el caso que nos ocupa, en cambio, el legislador ha omitido toda descripción de la conducta. ¿Cuál es el verbo rector? Pura y simplemente no lo dice."*(Fojas 62). Agrega que, en estas condiciones, "*…el ciudadano… [en la especie, la requirente]…no puede moverse en un campo minado, sino que el legislador debe señalarle y describir expresamente cuales (sic) son las conductas que él puede desplegar…"*, lo que no ocurriría con la norma legal señalada. (Fojas 62). Sin embargo, a fojas 63, la requirente reconoce que "*…en la acusación fiscal se ha acusado a mi representada como autora de un supuesto* ***delito de trata de personas bajo las hipótesis de servidumbre o esclavitud****, que es (sic) precisamente las actividades a las cuales se encuentra aparejada la cláusula analógica cuya inaplicabilidad se solicita."* (Lo destacado es nuestro);

TERCERO: Que la figura penal de trata de personas bajo la forma de "*servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta"*, que es el verdadero precepto legal en aplicación (puesto que la mera expresión de "*prácticas análogas a ésta"*, por sí sola, es incomprensible), está clara o expresamente descrita en la ley penal que la tipifica, constituyendo su figura basal, la cual posee un nítido sentido y alcance para efectos de la

subsunción que le corresponda hacer al juez de garantía al formalizar y, ulteriormente, si es el caso, al tribunal de juicio oral en lo penal al pronunciar sentencia definitiva, satisfaciendo con ello la ley penal las exigencias constitucionales;

CUARTO: Que, en efecto, los extremos propuestos por el requerimiento no son efectivos, jurídicamente. Desde luego, existe un verbo rector inequívoco, cual es *"esclavizar"*, sólo que en la construcción gramatical del tipo se enunció bajo la morfología sustantivada de *"esclavitud"* y se utilizó la técnica jurídico-penal descriptora del elemento subjetivo anómalo del tipo doloso, que rige todas las variaciones de conductas orientadas en el sentido de esclavizar. Evidentemente, se tipifica como delito el realizar las conductas allí señaladas, por los medios allí también indicados, sobre otro ser humano o persona, con el fin de o *"…para que sean objeto de…"* esclavitud, independientemente que la misma se verifique o no (elemento subjetivo o ***animus***). No cabe duda alguna que de lo que se trata es de reprimir la práctica de la esclavitud, en todas sus formas, anticipando su punibilidad hasta la realización de una serie de conductas precursoras orientadas inequívocamente a ello, las que serán sancionadas con mayor razón - y menos dificultades probatorias - si la situación de esclavitud se produce efectivamente. Ahora bien, acerca de qué es exactamente esclavitud, la misma redacción del tipo le da una acepción extensiva (pero no por eso integrativa analógica o abierta), en el sentido de abarcar la esclavitud en sentido estricto, más otras

figuras que enuncia (como trabajos o servicios forzados, servidumbre, o prácticas análogas a la esclavitud). En el estado actual de la conciencia jurídica universal, no resulta difícil en modo alguno discernir qué es esclavitud en sentido estricto o en sus formas análogas o - también así llamadas - modernas. Además, existen claros antecedentes histórico-legislativos del artículo 411 quáter del Código Penal, que permiten que el tribunal a quo le dé al tipo un alcance preciso. Sin perjuicio de que la naturaleza de elemento normativo del tipo, que corresponde técnicamente a las expresiones *"trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta"*, remite al conjunto del ordenamiento jurídico que permite interpretar estrictamente la figura penal en comentario. Tales tres aspectos (internacional, histórico-legislativo y dogmático-penal) serán motivados a continuación;

1.- LA ESCLAVITUD Y SUS PRÁCTICAS ANÁLOGAS ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL.

QUINTO: Que, como es sabido, la prohibición internacional de la esclavitud, en sentido estricto, ha evolucionado hacia la prohibición conjunta de las prácticas análogas a la esclavitud. Originalmente, bajo los auspicios de la Liga de las Naciones, se celebró la Convención sobre la Esclavitud (Ginebra, 1926), modificada ulteriormente (Nueva York, 1953). En ella (artículo 1.1), se definió que: *"La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o*

algunos de ellos." Añadiéndose que (artículo 1.2)*: "La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos."* Se agrega, en el artículo 2 b), que las Altas Partes se obligan: *"A procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas.";*

SEXTO: Que, ulteriormente, en el año 1956 (Ginebra) se celebró la *"Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud"* (lo destacado es nuestro), otorgada en atención a que *"…la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud no han sido aún suprimidas en todas las partes del mundo…"*, habiéndose decidido precisamente por ello que el convenio sobre la esclavitud *"…debe ser ampliado ahora por una convención suplementaria destinada a intensificar los esfuerzos nacionales e internacionales encaminados a abolir la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud."* Dichas convenciones sobre la esclavitud y formas análogas, fueron promulgadas como ley de la República mediante Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1097, de 24 de agosto de 1995, publicado legalmente el 7 de noviembre de ese mismo año;

SÉPTIMO: Que, específicamente, esa convención suplementaria, vigente en Chile, define las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud en su artículo 1, según el cual:

"Cada uno de los Estados Partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra el 25 de septiembre de 1926:

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual,

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.";

OCTAVO: Que la anterior conceptualización y definición formal de las prácticas análogas a la esclavitud - o, lo que es lo mismo, de las otras formas o modos modernos de la esclavitud - es el resultado de años de trabajo y maduración en diversos foros y organismos internacionales, especialmente bajo el sistema de la Organización de Naciones Unidas. En efecto, se creó un Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en 1975, en cuyo informe se propuso la creación de un Relator Especial para la materia. Luego, en 2002, la Oficina

del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos elaboró el informe *"La Abolición de la Esclavitud y sus Formas Contemporáneas"*. En el año 2007, se unificó la Relatoría sobre formas contemporáneas de esclavitud, suprimiendo una serie de relatorías especiales sobre temas atingentes.

Paralelamente, a nivel de convenciones y declaraciones, en el seno de la OIT se otorgó el Convenio N° 29 de 1930, sobre Trabajo Forzoso, complementado por el Protocolo de 2014, relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930. Además, en la Declaración y Programa de Acción de Durban, se condenó enérgicamente el hecho de que subsistieran aún en ciertas partes del mundo la esclavitud y prácticas similares a la esclavitud;

NOVENO: Que, todavía más, la sumisión a esclavitud, en cualquiera de sus formas, dadas ciertas circunstancias calificantes, puede llegar a configurar un crimen de lesa humanidad, de competencia subsidiaria y no retroactiva -para Chile- de la Corte Penal Internacional. Efectivamente, previa la reforma constitucional que introdujo la nueva Disposición Transitoria Vigesimocuarta, operada en virtud de la Ley N° 20.352, de 30 de mayo de 2009, el Congreso Nacional aprobó sin reservas posibles el llamado Estatuto de Roma, el que fue promulgado mediante Decreto Supremo N° 104, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 6 de julio de 2009, publicado legalmente el 1° de agosto de ese año. En su artículo 7.1. se señala que:

"Artículo 7
Crímenes de lesa humanidad

1. *A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad"*

cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:…C) Esclavitud;".

En el párrafo 2. siguiente, se señala a los efectos del párrafo 1 que:

"c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;";

DÉCIMO: Que, como puede verse, la prohibición de la esclavitud, en todas sus formas, llega a constituir una norma de ***ius cogens***, es decir, un precepto imperativo o perentorio inderogable de Derecho Internacional Público, que no admite ni exclusión ni alteración de su contenido por fuente alguna de Derecho Internacional, ni mucho menos por fuente de derecho interno o acto de autoridad nacional. Por consiguiente, en esas condiciones, es virtualmente imposible sostener seriamente que se desconoce lo que es esclavitud, o sus prácticas análogas modernas, sobre todo en el contexto de una ley penal nacional, toda vez que ya en la clásica Convención sobre la Esclavitud de 1926, complementada por su Convención suplementaria de 1956, se estableció en su artículo 6 que *"Las Altas Partes contratantes, cuya legislación no fuere en la actualidad suficiente para reprimir las infracciones de las Leyes y Reglamentos dictados con objeto de hacer efectivos los fines de la presente Convención, se obligan a adoptar las medidas necesarias para que estas infracciones sean castigadas con penas severas.";*

000376
trescientos setenta y seis

DECIMOPRIMERO: Que la doctrina más autorizada concibe al *ius cogens* como una derivación del principio de solidaridad internacional, de manera que *"[L]a función social primordial de este principio es establecer restricciones objetivas a la voluntad particular de los Estados, esto es, al libre desenvolvimiento de la estructura relacional, mediante normas de derecho imperativo o perentorio (ius cogens) que pretenden reflejar la protección jurídica de intereses colectivos esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, centrados en la prohibición de la agresión y en la defensa del principio de libre determinación de los pueblos y de ciertos derechos y libertades fundamentales para la salvaguarda de la persona y el medio humano (prohibición del genocidio, **la esclavitud**, la discriminación racial y la contaminación masiva del medio ambiente). La protección de estos intereses colectivos concierne ya a todos los Estados porque creemos que son obligaciones erga omnes, y puede llevarse a cabo a priori tanto en el plano relacional (tutela colectiva descentralizada)como en el plano institucional (tutela colectiva organizada), aunque sea mucho más idóneo este último."* (Las negritas y subrayado son nuestros. Cfr. DIEZ DE VELASCO, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid, 2009, Tecnos, Decimoséptima edición, p. 82);

DECIMOSEGUNDO: Que, en ese mismo orden de ideas, no está de más recordar las siguientes normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos:

- Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

> *"Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre. La esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas";*

- Artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU:

"1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo:

i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia;

iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;

iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales."

- Artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

"1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio para los efectos de este artículo:

a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales."

- Artículos 10 y 11 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares:

"Artículo 10

Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes."

"Artículo 11

1. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre.

2. No se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzosos u obligatorios.

3. El párrafo 2 del presente artículo no obstará para que los Estados cuya legislación admita para ciertos delitos penas de prisión con trabajos forzosos puedan imponer éstos en cumplimiento de sentencia dictada por un tribunal competente.

4. A los efectos de este artículo, la expresión "trabajos forzosos u obligatorios" no incluirá:

a) Ningún trabajo o servicio, no previsto en el párrafo 3 de este artículo, que normalmente deba realizar una persona que, en virtud de una decisión de la justicia ordinaria, se halle detenida o haya sido puesta ulteriormente en situación de libertad condicional;

b) Ningún servicio exigido en casos de emergencia o de desastre que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad;

c) Ningún trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales, en la

medida en que se imponga también a los ciudadanos del Estado de que se trate.";

DECIMOTERCERO: Que, a partir de ese ***corpus iuris*** internacional sólidamente asentado sobre la materia de esclavitud en todas sus formas, se derivó a otro aspecto específico -aunque nada baladí-, cual es la lucha en contra de las organizaciones criminales dedicadas -entre otros fines ilícitos, tales como el tráfico de estupefacientes o de armas- a la trata de personas (virtuales esclavos modernos), sea con fines de explotación sexual de cualquiera especie (prostitución o pornografía, *inter alia*), extracción de órganos o explotación laboral. En ese contexto, entonces, las formas análogas a la esclavitud, también llamadas formas modernas de la misma, no son una figura residual o extendida, sino la figura basal (¡la esclavitud del presente!), ya que la esclavitud clásica - verbigracia, al modo romano, o propia de la mita o encomienda, o afroamericana - es jurídicamente imposible actualmente, desde que todos los seres humanos han sido declarados formalmente libres e iguales, por normas internacionales y constitucionales. Hoy la infracción a la prohibición de la esclavitud no radica en declarar a alguien formalmente esclavo o manumitirlo benévolamente para eludirla, sino en tratarlo de facto como tal;

DECIMOCUARTO: Que, consecuentemente, la llamada Convención de Palermo (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos, uno contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y otro para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, del año 2000, todos promulgados en Chile mediante Decreto Supremo de Relaciones Exteriores N° 342, de 20 de diciembre de 2004, publicado legalmente el 16 de febrero de 2005), constituyen un esfuerzo de

relaciones internacionales bajo el paradigma de la cooperación en la lucha contra la criminalidad organizada, para equiparar el poder transfronterizo que ésta ha adquirido, particularmente en el ámbito específico del tráfico de seres humanos, observándose que dicho fenómeno puede ocurrir bajo condiciones extremas de abuso y explotación. Como ha señalado algún autor, *"[L]a convención compromete a los países firmantes a tomar ciertas medidas orientadas a reforzar la cooperación internacional en materia de lucha contra la delincuencia organizada y, por otro lado, a impedir que continúen existiendo territorios que sirvan de santuario a tales grupos."* (http://mrpotros.blogspot.com/2011/07/la-convencion-de-palermo-contra-la.thml].RUBIO, Mauricio). Para lograr aquello se utilizan múltiples herramientas, una de las cuales es la coordinación legislativa para incriminar mediante tipos penales los mismos hechos en todos los países signatarios, de modo de hacer posible la extradición o la sanción vicarial. Es decir, la coordinación se traduce en que los mismos tipos penales se construyen legislativamente en todos los Estados Parte;

DECIMOQUINTO: Que, en el sentido expuesto, el principio fundamental que inspira a la Convención de Palermo (sin perjuicio de la coordinación de legislaciones penales internas y de la múltiple incriminación del hecho de la trata de personas en todos los Estados Parte) es el establecido en el artículo 11.6 de la referida Convención, conforme al cual:

> *"Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la* ***descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella*** *y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la*

legalidad de una conducta ***queda reservada al derecho interno de los Estados Parte*** *y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho."*(Los destacados son nuestros);

DECIMOSEXTO: Que, como se ve, existe una obligación internacional en el sentido de tipificar las conductas de trata de personas, "**con arreglo**" a la Convención (y sus protocolos), lo que significa que el Estado de Chile, siendo parte de la Convención, no es libre para incriminar legislativamente el hecho como lo estime pertinente, y tampoco para inaplicar esa misma ley por razones constitucionales internas, sino que debe proceder de la manera que lo hacen la Convención y los protocolos que aceptó. No obstante ello, el ***ius puniendi*** propiamente dicho continúa reservado y radicado en el derecho interno de los Estados. En otras palabras, las fuentes internacionales en comentario configuran una suerte de pre-tipificación, a la cual deben ceñirse los Estados Parte por la vía de sus leyes nacionales, por existir una obligación internacional en ese sentido. A ello obedece la coincidencia de tipos legales que ha destacado en autos el Ministerio Público;

DECIMOSÉPTIMO: Que, a su vez, el artículo 5.1 del Protocolo en contra de la Trata de Personas establece que: *"Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente."* Y ya antes, en su artículo 1, el mencionado Protocolo ha dejado dicho que el mismo complementa la Convención, cuyas disposiciones se aplican *mutatis mutandis* al aludido Protocolo, entendiéndose que en la tipificación de los delitos conforme al Protocolo (artículo 5) "*se*

considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención";

DECIMOCTAVO: Que, consecuentemente, conviene resaltar ahora cómo conceptualiza la trata de personas dicho Protocolo, en su artículo 3, letra a):

> *"Por 'trata' de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos";*

DECIMONOVENO: Que, como puede observarse, existe una clara identidad entre la norma internacional sobre trata de personas y el tipo penal abstracto configurado en el artículo 411 quáter del Código Penal chileno, norma parcialmente reprochada en autos, siendo dable comprobar que en ambas disposiciones se contiene la expresión *"…la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud…"* (Protocolo) o *"… servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta…"*(Código Penal);

VIGÉSIMO: Que lo anterior es así por cuanto la doctrina señala que *"[E]n realidad, el concepto clásico de esclavitud (incluido el concepto ampliado por la Convención de 1956) ha sido superado en la actualidad.*

Ello no significa, sin embargo, que la esclavitud haya desaparecido y que los Convenios antes analizados carezcan de validez. Por el contrario, ha de tenerse en cuenta que a aquella concepción han venido a sumarse con posterioridad un conjunto importante de prácticas que han sido identificadas por el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, creado por las Naciones Unidas en 1974. Dichas formas van desde el apartheid y el colonialismo hasta la pertenencia a sectas, pasando por la explotación sexual y para fines pornográficos de las personas, las distintas formas de prisión por deudas, la cesión de personas como herencia o mediante regímenes dotales abusivos, la venta de niños, la situación de dependencia de mujeres o niñas por razón del matrimonio o las relaciones paterno-filiales, así como algunas de las prácticas tradicionales que afectan a la vida y la salud de niñas y mujeres, la explotación laboral de menores, la recluta forzada de menores, o la esclavitud en tiempo de guerra…"(Cfr. DIEZ DE VELASCO, Manuel, op. cit., p. 641). Todo lo cual se resume en Derecho Internacional bajo la expresión sinónima de *"prácticas odiosas"*;

VIGESIMOPRIMERO: Que, a mayor abundamiento, cabe destacar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su 11° período de sesiones, formuló observaciones respecto del informe periódico de cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos por parte de Chile, resaltando como aspecto positivo la adopción de la Ley N° 20.507 (2011), sobre tráfico ilícito de inmigrantes y la trata de personas, pero apuntando que: " *[E]l Estado parte debe intensificar sus esfuerzos para poner fin a la trata de personas, incluyendo la trata interna de personas. El Estado parte debe velar por la aplicación efectiva del marco jurídico en vigor contra la trata y tráfico de personas en todos*

los niveles del Estado y debe seguir formando a los funcionarios de las fuerzas de orden y de los servicios de inmigración, y ofrecer protección, rehabilitación y reparación a las víctimas. ***El Estado debe, asimismo, garantizar que las denuncias de esas prácticas sean investigadas, que los responsables comparezcan ante la justicia y sean castigados con penas adecuadas.***" (Lo destacado es nuestro. Cfr. RR.EE.CIRCULAR PUB. N° 201/2014). En ese orden de ideas, censurar los tipos penales configurados con arreglo a instrumentos internacionales por razones constitucionales, puede alejarse del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de derechos humanos y comprometer con ello su responsabilidad internacional;

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS FIDEDIGNOS DEL ARTÍCULO 411 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, en este aspecto, conviene resaltar que la iniciativa de ley -que finalmente culminó en la Ley N° 20.507, de 8 de abril de 2011, en virtud de la cual se introdujo el artículo 411 quáter al Código Penal, entre otras normas- tuvo su origen en una moción parlamentaria presentada por la Diputada señora María Antonieta Saa Díaz (Boletín 3778-18), correspondiendo su texto en su mayor parte a las normas consideradas en la Convención de Palermo, siendo destacable la distinción entre el tráfico ilícito de migrantes (que importa entrada o salida ilegal de personas al territorio del Estado) y la trata de personas (que implica el traslado de personas -extranjeros o no- dentro del país, que comienza con el reclutamiento y termina con la explotación de la víctima), situación esta última que no estaba prevista

en la legislación migratoria y en ninguna otra legislación aplicable;

VIGESIMOTERCERO: Que, a petición de los integrantes de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, el Ejecutivo presentó una serie de indicaciones *"para, por una parte, dar cumplimiento formal a las obligaciones contraídas en el ámbito internacional y, por la otra, armonizar el texto presentado por la autora de la moción con las distintas observaciones vertidas en el debate…"*. Junto a esa indicación, se presentaron diversas indicaciones parlamentarias adicionales, entre otras, de la propia Diputada señora Saa (proponiendo un texto del artículo 411 quáter muy cercano al finalmente aprobado) y de los Diputados señores Díaz y Jarpa y señoras Allende, Cubillos, Muñoz y [señor] Valcarce, para enfatizar en la tipificación de la trata de personas la finalidad de que éstas *"…sean objeto de alguna forma de explotación laboral o sexual"* (Historia de la Ley N° 20.507, p. 73. www.bcn.cl);

VIGESIMOCUARTO: Que, en la discusión en Sala del proyecto, el Diputado señor Bustos (que también fue un destacado profesor de Derecho Penal) expresó: *"…el proyecto en debate es sumamente relevante para el país, porque además de tipificar los delitos de tráfico y trata de personas, nos pone a tono con los convenios internacionales sobre la materia." Y luego agrega: "…[S]e trata de un muy buen proyecto y hay que apoyarlo, por los diferentes tipos penales que crea y por las medidas que adopta para dar mayor eficacia a la ley y acción de protección; pero también porque considera a la víctima"*(Historia de la Ley N° 20.507, cit., p. 117);

VIGESIMOQUINTO: Que, en segundo trámite constitucional, el Senador señor Naranjo caracteriza con mayor precisión el delito, al señalar que *"…la víctima*

resulta privada de libertad – o ésta se ve severamente limitada – para ser objeto de explotación, ***lo cual se considera una forma de esclavitud*** *y una flagrante violación a los derechos humanos"* (Lo destacado es nuestro. Historia de la Ley N° 20.507, p. 174).

Que, en el mismo segundo trámite constitucional, se plantearon tres indicaciones sustitutivas del artículo 411 quáter (Senador señor Naranjo, Senador señor Ominami y S.E. la Presidenta de la República), prosperando en definitiva la de esta última, en donde se contiene la tipificación de *"esclavitud o prácticas análogas a ésta"* (Historia de la Ley N° 20.507, p. 183), lo mismo que en la indicación de la Diputada señora Saa.

Que resulta del máximo interés consignar *in integrum* los antecedentes históricos fidedignos del establecimiento legal de la figura de *"…esclavitud o prácticas análogas a ésta…"*, que se contienen en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que a la letra señala:

"La indicación N° 8, de la señora ex Presidente de la República, *reemplaza el inciso primero del artículo 411 quáter aprobado en general, que regula la forma de ejecución del delito de trata de personas (uso de violencia, intimidación, coacción, engaño o abuso de poder) y los propósitos penados (explotación laboral o sexual, incluyendo la pornografía, o extracción de órganos). La nueva disposición agrega, en la forma de ejecución penada, el abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima y la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre ella; y en los propósitos penados, la destinación de la víctima a la esclavitud o prácticas análogas.*

La señora asesora del Departamento de Reformas Legales del SERNAM explicó que el artículo 411 quáter tipifica y sanciona la trata de personas, entendida como cualquier forma de explotación laboral o sexual, y que la indicación amplía estos supuestos a las especificaciones que sobre el punto hace el Protocolo de Palermo, agregando, además, el concepto de abuso de poder o de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

El señor Jefe del Departamento de Reformas Legales del SERNAM resaltó que los elementos básicos del tipo son el traslado de personas, la voluntad viciada de la víctima o engaño y, en tercer lugar, un ánimo de explotación o aprovechamiento indebido de la víctima por parte de quién ejecuta el tipo.

Sobre el particular, el Honorable Senador señor Gómez consultó cuál es el sentido que ha de darse al concepto de explotación laboral que contiene la indicación, haciendo presente el Honorable Senador señor Prokuriça que dicho concepto resulta muy vago y general, lo que podría determinar que se entiendan incorporados al mismo diversos incumplimientos laborales que, aunque jurídica o éticamente son reprochables, no constituyen, por sí mismos, ilícitos que deban ser perseguidos criminalmente.

El abogado de la Organización Internacional para las Migraciones, señor Francisco Furlani, explicó que la explotación más común en Chile es de índole laboral. Indicó que en el país se han detectado casos de ciudadanos chinos, por ejemplo, que han sido ingresados legalmente y, con posterioridad, han sido en la práctica recluidos e incomunicados en dependencias fabriles administradas por chilenos.

Ante la consulta, realizada por el Honorable Senador señor Larraín, respecto de qué entiende la Organización Internacional para las Migraciones por explotación laboral, indicó que ella emplea estándares

internacionales que consideran que hay explotación laboral cuando existen tratos abusivos o trabajos forzados, entendiendo por tales las labores por las cuales el trabajador no recibe una contraprestación remuneracional justa.

Indicó que el abuso laboral, en este caso, se da en el contexto de la trata de personas, que requiere, previamente, el traslado y la coerción de las víctimas.

La Gerente de la División de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público, señora Marcela Neira, explicó que en estos casos el engaño es la pieza fundamental, y que el abuso laboral posterior se expresa cuando la víctima llega al lugar de trabajo sin entender el idioma, privado de sus documentos de identidad, sin poder comunicarse con el exterior, resultando aislado o recluido, contexto que ubica a la víctima en una situación absolutamente más desventajosa que la del común de los trabajadores.

La Honorable Senadora señora Alvear estimó necesario buscar una fórmula que permita distinguir entre las situaciones extremas de abuso laboral propias de una verdadera explotación, de las propias derivadas de infracciones laborales propiamente tales, que deben juzgarse por la justicia laboral.

El Honorable Senador señor Gómez expresó que tal como está planteado el tipo en esta indicación, ella podría resultar aplicable a los casos de traslado, dentro de Chile, de ciudadanos chilenos por motivos laborales, haciendo presente que resultará una tarea muy difícil el deslindar entre las conductas que se encuentran incorporadas en este tipo penal y los abusos de índole exclusivamente laboral, lo que se hace evidente, por ejemplo, si se considera lo que ocurriría cuando una empresa que trasladó a trabajadores entra en cesación de pagos o desaparece definitivamente por motivos de índole comercial, caso en el cual alguien

incluso podría sostener que su traslado fue, en definitiva, un delito, todo lo cual excede el propósito del proyecto en estudio.

Sobre la materia, el Honorable Senador señor Prokuriça estimó que hay casos extremos en los que debe recurrirse a la penalización, como ocurriría si se traslada al país a un extranjero para que trabaje sin que hable nuestro idioma y se le encierra, se le quitan los documentos de identidad apenas arriba al país en forma ilegal, se le niega la posibilidad de comunicarse, se le obliga a trabajar sin pausa y no se le paga.

En ese contexto, agregó, se está cometiendo un delito, pero que cuando sólo se da una de estas circunstancias, en forma aislada o por motivos equívocos, el problema debería quedar circunscrito al conocimiento de la judicatura laboral por infracciones de esa índole.

El Honorable Senador señor Larraín observó que el tipo propuesto es bastante preciso, porque se refiere a las personas que son transportadas para ser objeto de abuso laboral, o sea, se requiere de una intencionalidad previa, y no un mero incumplimiento de obligaciones laborales.

El dolo requerido en el tipo es la intención positiva de abusar de la persona, y si no hay tal intención no hay delito, por mucho que haya incumplimiento de obligaciones laborales por problemas financieros del empleador.

El señor Jefe del Departamento de Reformas Legales del SERNAM explicó que no es la intención del Gobierno el penalizar meros incumplimientos laborales, subrayando que el Protocolo de Palermo se refiere a trabajos o servicios forzados y que el Ejecutivo está de acuerdo con sustituir la noción de explotación laboral que emplea la indicación, por los conceptos utilizados por el Protocolo antes señalado.

El Honorable Senador señor Larraín concordó con tal propósito, haciendo presente que de esa forma se precisarán los conceptos y permitirá aclarar el sentido de la disposición en atención a que, de otra forma, el concepto de "explotación laboral" podría generar problemas interpretativos que involucren en investigaciones criminales a empleadores inocentes y, además, que las organizaciones criminales dedicadas a la trata de personas busquen subterfugios legales para evadir u ocultar sus responsabilidades. Una buena solución, agregó, es eliminar el concepto de explotación laboral y, a continuación, incluir los términos utilizados por el referido Protocolo para aclarar que el propósito del delincuente es someter a sus víctimas a trabajos forzados.

La señora Gerente de la División de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público explicó que en un oficio enviado al Presidente de la Comisión, el Ministerio Público observó que la descripción de los verbos rectores de este tipo deja sin penalización efectiva a los que financian o lideran la organización superior de estas actividades delictivas, sobre todo teniendo en consideración que en la mayoría de estos casos se está en presencia de organizaciones criminales bien montadas. Por ello, la funcionaria sugirió agregar los verbos rectores "promover", "favorecer", "facilitar" y "financiar" a las actividades criminales descritas en la indicación.

Además, propuso hacer alguna distinción entre la asociación ilícita para cometer delitos de trata, que debería tener una penalidad especial, con el delito de trata propiamente tal, y diferenciar también entre el transporte de personas para ser objeto de los abusos sexuales o laborales que describe el tipo, de los abusos sexuales o laborales propiamente tales, para evitar que las reglas de concurso dejen sin penalización a los

destinatarios que abusaran de las personas ingresadas ilegalmente.

El señor Jefe del Departamento de Reformas Legales del SERNAM observó que la inclusión del verbo facilitar, que propone la funcionaria del Ministerio Público, puede llevar a la penalización de conductas de cooperación, que en el sistema penal general se encasillan dentro de la penalidad de los cómplices o los encubridores, pero no de los autores.

La Honorable Senadora señora Alvear indicó que es importante esclarecer si los tipos penales actuales que sancionan la asociación ilícita son suficientes para la persecución de las organizaciones criminales que se dedican a la trata de personas, o si es necesario algún tipo de penalización especial.

El Honorable Senador señor Larraín explicó que el ánimo de la Comisión es agregar los verbos rectores que correspondan para facilitar la persecución de las organizaciones criminales que se dedican a la trata de personas."(Cfr. Historia de la Ley N° 20.507, pp. 205-208);

VIGESIMOSEXTO: Que, pues bien, como es posible apreciar, el concepto de *"práctica análoga a la esclavitud"* fue utilizado deliberadamente a partir de su fuente internacional, por considerarlo más preciso jurídicamente que el concepto de *"explotación laboral"*, porque permite diferenciarlo de las infracciones laborales sancionables conforme a la legislación del trabajo, reservando la reacción penal para las formas más extremas y dolosas de abuso laboral, con una severa disminución de libertad -entre otros aspectos-, que configuran una situación de cuasi esclavitud, o una forma de explotación similar o análoga a ésta. Por lo que el concepto, históricamente, lejos de ser impreciso, se escogió justamente por su certeza;

3.- FUNDAMENTOS Y ALCANCES CONSTITUCIONALES DE LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA EN DERECHO PENAL.

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, como es sabido, la doctrina de esta Magistratura Constitucional en materia de tipicidad penal y analogía fue claramente fijada en el voto de prevención de la sentencia Rol N° 1441-09, dictada con ocasión de figuras penales analógicas en delito tributario, cuyo marco analítico es útil también para el presente caso. En efecto, allí se expresó que *"… es necesario partir por señalar la doctrina constante de este Tribunal en materia de tipicidad penal. Esta puede sintetizarse como sigue. Primero, la Constitución recoge el principio de legalidad penal en el artículo 19 N° 3°, inciso octavo. Conforme a dicha disposición, se establece, "por una parte, un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona;"* (STC Rol N° 1352, considerando 23°; Rol N° 1351, considerando 23°; Rol N° 1432, considerando 26°; Rol N° 1443, considerando 23°). De la génesis de dicha disposición, que adoptó distintas redacciones en la Comisión de Estudios, el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno, se infiere que se mantuvo la voz *"expresamente"* y se eliminó la voz *"completamente"*, como condiciones de la exigencia de tipicidad. De ello puede concluirse que es suficiente que la ley tipifique en lo esencial la conducta delictual (STC Rol 468, considerando 4°; Rol 559, considerando 5°; Rol 1352, considerando 26°; Rol 1432,

considerando 28°; Rol 1443, considerando 25°);" (Considerando Tercero, prevención). Luego agrega: "*…en definitiva, lo que la Constitución exige es que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley (STC Rol 24, considerando 4°); que la ley establezca la caracterización suficiente del núcleo central de la conducta punible, es decir, que la descripción del núcleo esencial de la conducta punible, junto con la sanción prevista, se encuentre establecida (STC Rol N° 1432, considerando 30°; Rol N° 1443, considerando 27°);*"(Considerando sexto, prevención). Enseguida, señala "*… no obstante, el legislador no está obligado a determinar detalladamente, en su totalidad, la conducta típica. Como lo ha sostenido esta Magistratura, "el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible. La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida -como lo ha declarado esta Magistratura (sentencia Rol N° 24, de 4 de diciembre de 1984)- cuando "la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales". El carácter expreso -claro, patente, especificado- que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus*

000395
trescientos noventa y cinco

elementos esenciales." (STC Rol 1443, considerando 28°);" (Considerando séptimo, prevención). Agrega después: "*… en cualquier caso, ante leyes de significado difícil de desentrañar, corresponde al juez del fondo interpretar la ley y aplicarla al caso concreto, usando de sus facultades soberanas. No porque sea necesario interpretar un precepto legal significa que estemos ante una ley vacía de contenido. Por el contrario, "todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo con los conceptos normativos, es decir que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual, como v.gr. "injuria", sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de "hombre"" (Roxin, C.; pág. 148)."* (STC Rol 1281, considerando 21°; Rol 1352, considerando 36°; Rol 1351, considerando 36°). No obstante, se agrega, el tenor literal es un límite para el juez. "*El legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no rige. Por eso, una aplicación del Derecho Penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimidad democrática. Además, el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del*

sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación". Pero el juez, en la interpretación, "dentro del marco de regulación previamente fijado por el tenor literal, decide entre diversas posibilidades interpretativas" (Roxin, C.; ob. cit.; págs. 149-150). (STC Rol 1281, considerando 22°; Rol 1352, considerando 37°; Rol 1351, considerando 37°);" (Considerando Octavo, prevención). E insiste el precedente citado: "*…sin perjuicio que, en su caso, sea posible una interpretación extensiva de la ley penal, en ningún caso es admisible la penalización por analogía. "En aquélla, el caso está comprendido en la ley, pese a las deficiencias de lenguaje. En la analogía, en cambio, se parte de la base que el caso no está contemplado, pero se aplica a la situación porque se asemeja, o el caso es muy similar (Etcheberry, A.; ob. cit.; pág. 113)".* La analogía vulnera la reserva legal, pues implica aplicar una ley a un caso no previsto expresamente: "*en materia penal, el Art. 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución Política impide la aplicación de la analogía. Como las condenas penales sólo pueden fundamentarse en la ley, será preciso que exista una ley y que su interpretación según las reglas legales nos muestre que comprende determinado caso, para que se pueda pronunciar una condena…Cuando no exista ley, no se podrá condenar. Y lo mismo sucederá cuando exista ley, pero no sea aplicable al caso de que se trata. La analogía, en materia penal, es la creación por el juez de una figura delictiva nueva, sin ley preexistente a la*

infracción, con lo cual la decisión judicial pasa a ser fuente de derecho penal, en contravención al principio de reserva" (Etcheberry. A.; ob. cit.; pág. 113)". (STC Rol 1281, considerando 24°; Rol 1352, considerando 39°; Rol 1351, considerando 39°);" (Considerando Décimo, prevención);

VIGESIMOCTAVO: Que, en definitiva, lo que corresponde apreciar en la figura penal impugnada en autos, no es una integración analógica de la ley sino que la ley penal contempla un elemento normativo del tipo (*"esclavitud o prácticas análogas a ésta"*), para cuya definición y conceptualización concreta viene en auxilio del juez todo el ***corpus iuris*** aludido supra. Esa es, precisamente, la diferencia entre elemento normativo del tipo y ley penal en blanco. En esta última hay un reenvío expreso, sujeto a ciertas exigencias constitucionales; en aquél, se trata de un concepto jurídico a cuya precisión y concreción concurre todo el ordenamiento jurídico como unidad, al igual que ocurre con la noción de *"ajenidad de la cosa"*, *"persona"* o *"aguas"*, *inter alia*, como ha señalado este Tribunal Constitucional (Rol N° 1.281-08). Si, para acotar aún más el concepto, la ley precisa algunos casos y refiere otros como similares, que también se incriminan, estos últimos no son una analogía prohibida sino un recurso de técnica legislativa tendiente a acotar un concepto jurídico que es imposible formular en abstracto con mayor precisión, sin dejar fuera casos claramente repudiables, según las valoraciones del legislador (no del juez, como ocurre en la integración analógica). Por lo demás, en esta especie, el juez a quo podría considerar más las figuras de prisión por deudas o servidumbres (personales), claramente definidas en instrumentos internacionales, que una forma análoga a la esclavitud, bajo la cual - por

último - está no una extensión del tipo sino la figura penal rectora.

Que, por las razones expuestas, el requerimiento de autos debe ser rechazado.

III. SOBRE LA INAPLICABILIDAD DE LA FRASE "*...CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO...*", CONTENIDA EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

VIGESIMONOVENO: Que, tal como se ha venido expresando por esta Magistratura Constitucional desde los roles 2354-12 y 2323-12, la norma legal en comentario no puede producir un efecto decisorio en la resolución del asunto pendiente, cuando en el proceso penal pertinente no se ha dictado el auto de apertura del juicio oral, mediante el cual se excluya prueba ilícita (no sólo la impertinente o superabundante), en los términos del artículo 276, inciso tercero, del Código Procesal Penal, en relación al aludido artículo 277 del mismo código;

TRIGÉSIMO: Que, al configurarse esa situación procesal penal en la gestión subyacente, el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que en ella incide, deviene falto de concreción, meramente hipotético o, incluso, de carácter conjetural, lo que hace imposible a este Tribunal anticipar analíticamente los reales efectos que podría producir en el caso el precepto legal impugnado, de modo de estar en situación de mandar su inaplicación, si procediere, por razones de naturaleza constitucional;

TRIGESIMOPRIMERO: Que, además, la situación aludida es patente en el caso *sublite*, toda vez que

ningún imputado ha contestado la acusación fiscal, la audiencia de preparación de juicio oral no se ha realizado todavía y no resulta evidente de manera alguna que se den actualmente o puedan darse previsiblemente, en un futuro escenario procesal, las circunstancias que la requirente refiere, en el sentido de que el juez de garantía a quo vaya a excluir la prueba ofrecida por esa misma parte, por ilícita, y que el Ministerio Público no apele de ello, en razón de ser la suya una defensa incompatible con la del otro acusado (cuyas pruebas no se excluirían o, si se excluyesen, el Ministerio Público apelaría únicamente de ello (¡?)). No hay ningún antecedente en autos que permita dar por establecida una tal situación procesal;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, a mayor abundamiento, dándose tales circunstancias, como ya se ha señalado jurisprudencialmente por esta Magistratura, habría "*…una diferencia radical entre las sentencias invocadas y el presente caso. Estas diferencias del caso concreto justifican una no aplicación automática de dichos precedentes*"; porque "*…es evidente que el requerimiento está construido sobre la base de una hipótesis, consistente en que el requirente va a presentar determinadas pruebas y que éstas van a ser excluidas…Lo anterior, en primer lugar, pugna con la naturaleza concreta del recurso de inaplicabilidad. Éste no está diseñado como una consulta que pueden hacer las partes o el juez en un juicio determinado. La Constitución exige que el precepto "pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto". Ello implica no sólo que el*

precepto reprochado sea pertinente de ser aplicado en la controversia, sino también que se den los supuestos que lo hacen procedente. En este caso, aún no se sabe si se van a presentar o no las pruebas, si van o no a ser excluidas, y si la causal de exclusión es la que habilita al Ministerio Público para apelar. De no existir esta inminencia de la aplicación del precepto, la inaplicabilidad se transforma en un control abstracto e hipotético… En segundo lugar, esta Magistratura ha declarado inadmisibles requerimientos de inaplicabilidad contra el mismo precepto reprochado, sobre la base de que la causal de exclusión de prueba no era de aquellas que permiten apelar al Ministerio Público (STC roles N°s 2239/2012, 2331/2012, 2476/2013 y 2507/2013). Por lo mismo, acoger un recurso de inaplicabilidad obligaría a este Tribunal a ser especulativo, lo que pugna con la naturaleza del recurso de inaplicabilidad." (Rol N° 2354-12, considerandos 14° y 15°).

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en los artículos 1°, 19, numerales 2° y 3°, y 93, incisos primero, N°6°, y decimoprimero, de la Carta Fundamental, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1°. Que SE RECHAZA el requerimiento deducido a fojas 1.

2°. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada por resolución de fojas 204 y siguientes. Ofíciese al efecto al Juzgado de Garantía de Pichilemu.

000401
cuatrocientos uno

3°. Que no se condena en costas por estimar el Tribunal que la requirente ha tenido motivos plausibles para deducir su acción.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la decisión de rechazar el requerimiento en lo que respecta a la impugnación de la frase "*… o prácticas análogas a ésta…*", contenida en el artículo 411 quáter del Código Penal, teniendo presente exclusivamente que la aludida frase se encuentra precisada en el artículo 1 de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud", que forma parte del ordenamiento jurídico chileno desde el año 1995, según dan cuentan los considerandos sexto y séptimo de la sentencia.

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril, quienes estuvieron por acoger el requerimiento en todas sus partes.

I. RESPECTO DE LA ORACIÓN "*…CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO…*", CONTENIDA EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

1°. Que estos Ministros consideran que la aplicación de la oración "*…cuando lo interpusiere el Ministerio Público…*", contenida en el artículo 277 del Código Procesal Penal, resulta contraria al derecho constitucional a un procedimiento racional y justo (artículo 19, N° 3°), así como al derecho constitucional a que la ley no establezca diferencias arbitrarias (artículo 19, N° 2°), en los términos que se pasa a exponer;

000402
cuatrocientos dos

2°. Que, en lo que corresponde analizar a este Tribunal, resulta constitucionalmente inadmisible la diferencia de trato que se introduce por el precepto impugnado entre el Ministerio Público y el imputado, en cuanto se priva al segundo del derecho a impugnar una cuestión tan relevante para el resultado de un proceso como lo es la decisión del Juez de Garantía de excluir una prueba ofrecida con el fin de acreditar su teoría del caso. Ello, específicamente, desde el prisma del derecho a un procedimiento racional y justo (artículo 19, N° 3°) y del derecho a no ser objeto de diferencias arbitrarias por parte del legislador (artículo 19, N° 2°);

3°. Que, en relación al derecho a un procedimiento racional y justo, estos Ministros consideran que la igualdad de armas entre las partes para desplegar la prueba, es un elemento fundamental para la determinación del resultado del juicio y, por tanto, resulta esencial en la configuración de un procedimiento racional y justo.

Por ello, del mismo modo como se justifica que el Ministerio Público tenga el derecho a apelar de la resolución del Juez de Garantía que excluye alguna prueba, por aplicación del inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, se justifica de la misma manera y con la misma fuerza que el imputado tenga igual derecho.

Este Tribunal, en ocasiones anteriores, aludiendo a quienes poseen la calidad de intervinientes según el artículo 12 del Código Procesal Penal, y a propósito del mismo precepto ahora cuestionado, ha precisado que "*el debido proceso penal debe ajustarse a lo dispuesto en el número 3° del artículo 19 de la Constitución, en expresa armonía con su numeral 26°, es decir, lograr la igual*

000403
cuatrocientos tres

protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo que naturalmente se ve violentado cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los dos agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar" (STC roles N°s 1502, considerando octavo, y 1535, considerando vigesimoctavo);

4°. Que, además, tal como se asentó en las disidencias estampadas en las sentencias roles N°s 2354 y 2323, la anterior vulneración al derecho a un procedimiento justo y racional no decae por considerar que, en primer lugar, la apelación sería un recurso de carácter excepcional en el sistema de recursos diseñado por el Código Procesal Penal. Ni tampoco, por cuanto el agravio en cuestión podría corregirse vía recurso de nulidad.

En síntesis, en nada afecta nuestra tesis el hecho de que el recurso de apelación, en general, tenga una procedencia excepcional en el modelo procesal actual que se estableció al dictarse el Código Procesal Penal. Ello, pues lo que importa para el presente caso no es discurrir sobre la procedencia general de la apelación, sino que se circunscribe al ámbito específico delimitado por el precepto impugnado, en el que sí procede la apelación, pero ésta se concede sólo a uno de los sujetos procesales, en desmedro de los demás. Así, consideramos *"no es relevante la constatación global de que el modelo que sustenta el procedimiento penal cuenta con menos posibilidades de apelación"* (motivo 9° disidencia Rol N° 2323; motivo 9°, disidencia Rol N° 2354).

Y, a nuestro juicio, tampoco permite descartar la infracción a la garantía de un justo y racional procedimiento el hecho de que ante la ausencia de

apelación, el imputado no estaría indefenso frente a la decisión del juez de garantía de excluir prueba por cuanto podría interponer, ante el tribunal competente y conforme a las reglas generales, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva. La infracción mencionada subsiste, pues como latamente se expuso en las disidencias señaladas la interpretación que se ha dado al precepto impugnado en la jurisprudencia de los tribunales de justicia no garantiza que exista la posibilidad de impugnación ante una exclusión de prueba. Por el contrario, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema no permite desvirtuar la incertidumbre sobre la procedencia, en este caso, del recurso de nulidad (motivos 11° a 16° de las disidencias en las STC roles N°s 2323 y 2354).

Y, no obstante lo anterior, tal como se asentó en una sentencia previa, *"no corresponde a este Tribunal sopesar otras eventuales vías procesales con que cuente el requirente para obviar la inconstitucionalidad pedida. En efecto, la cuestión concreta sometida a la decisión de esta Magistratura no concierne a la posibilidad de entablar el recurso de nulidad a que alude el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, sino que a la diferencia infundada que –como se declarará– se produce en su artículo 277, inciso segundo, respecto a la titularidad del recurso de apelación"* (STC Rol N° 1502, considerando 16°);

5°. Que, en definitiva, estos Ministros consideran que *"no condice con los parámetros de racionalidad y justicia que la Constitución exige al proceso penal, la circunstancia de que el imputado se vea privado de la posibilidad de apelar contra la resolución que determina lo que será, en la práctica, todo el juicio oral, incidiendo en la prueba y, por consiguiente, en el*

esclarecimiento del hecho punible y las circunstancias que lo rodean" (STC Rol N° 1502, considerando 10°);

6°. Que, en relación a la vulneración del artículo 19, N° 2°, de la Constitución, cabe señalar que, según se ha visto, el precepto impugnado introduce una diferenciación entre el Ministerio Público y el imputado en relación a la posibilidad de apelar respecto de la exclusión de prueba que se produzca por aplicación del inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal.

Según se desprende de lo razonado en los motivos que anteceden, ante una igual situación, la norma impugnada privilegia al Ministerio Público por sobre el imputado, por cuanto sólo al primero se le concede el derecho de apelar. A juicio de estos Ministros, este tratamiento diferenciado entre ambos sujetos procesales resulta arbitrario y, por lo tanto, contrario a la garantía del artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política. Ello, ya que no existe una justificación razonable que sustente o valide la discriminación observada;

7°. Que, tal como se ha sentenciado por esta Magistratura constitucional en numerosas ocasiones, la igualdad ante la ley a que se hace referencia en el artículo 19, N° 2°, de la Constitución consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas (entre otras, STC roles N°s 53, considerando septuagesimosegundo; 755, considerando vigesimoséptimo; 790, considerando vigesimoprimero; 797, considerando decimonoveno, y 1535, considerando trigesimotercero).

También ha asentado que si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales

distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria y tolerable (entre otras, STC roles N°s 790, considerando vigesimosegundo; 1138, considerando trigesimoséptimo, y 1140, considerando trigesimoprimero);

8°. Que, tal como se ha considerado respecto del precepto impugnado, *"no se divisa razón ni proporción en otorgar el recurso de apelación en forma privativa a uno de los intervinientes, como es el ministerio público, mas no al imputado, lo que hiere injustificadamente su derecho a participar con igualdad de oportunidad ante los órganos jurisdiccionales. En efecto, siendo lógico que al amparo del artículo 277, inciso segundo, examinado, el ministerio público pueda apelar, en función de superar la presunción de inocencia que beneficia al imputado, no lo es que a éste se le impida levantar -con iguales posibilidades procesales- una teoría alternativa o colateral al caso, en defensa activa de sus derechos"* (STC Rol N° 1502, considerando 12°). Es por ello que se ha concluido que *"existiendo dos sujetos activos en un mismo proceso penal, toma cuerpo una discriminación arbitraria cuando se entiende que solamente uno puede apelar por exclusión de la prueba, y el otro no"* (STC Rol N° 1502, considerando 13°);

9°. Que se ha tratado de justificar este tratamiento legal diferenciado entre aquellos que se encuentran en igual situación, sobre la base, en primer lugar, de que ambos sujetos procesales no se encontrarían en la misma situación; ello si se atiende al proceso en su globalidad, debido a que los sujetos en cuestión tendrían roles y exigencias diferenciadas. En

segundo lugar, se justificaría la diferencia de trato anotada en virtud de la importancia del valor de la eficiencia en la actividad del Ministerio Público. Ninguna de estas consideraciones, a juicio de estos Ministros, permite estimar que la diferencia introducida por el precepto no sería arbitraria, es decir, justificada;

10°. Así, se afirma que en atención a que las partes en el proceso penal tienen roles distintos, resultaría justificado que ante el evento de una exclusión de pruebas, por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, sólo una de ellas (el Ministerio Público) pueda apelar. La pretendida justificación no es tal, pues en un proceso contradictorio *"es de la esencia que el persecutor y el imputado tengan roles distintos, lo cual en modo alguno justifica quebrantar la necesaria igualdad para impugnar que debe existir frente a un aspecto clave de todo proceso como es la admisibilidad o exclusión de una prueba"* (motivo 19° de la disidencia en el Rol N° 2323; motivo 19° de la Disidencia en el Rol N° 2354).

Tampoco resulta correcto, a juicio de estos Ministros, considerar que la presunción de inocencia establecida en el artículo 4° del Código Procesal Penal compensaría, de alguna forma, la diferencia de trato consagrada en la norma impugnada, lo cual daría lugar a una situación que, desde una perspectiva global, no sería desmedida. Bajo este predicamento se argumenta, incluso, que el tema de la exclusión de prueba no es de relevancia para el imputado que goza de la presunción aludida, en quien no recae la carga de la prueba y, por lo tanto, no tiene que probar nada en el proceso.

Al contrario de lo argumentado precedentemente, es posible sostener, en primer lugar, que la presunción de inocencia, más que un privilegio del imputado susceptible de poder compensarse con un desigual trato en cuanto al recurso en cuestión, es una exigencia mínima de cualquier proceso penal que sea racional y justo. Y, en segundo lugar, la actividad probatoria del imputado que se defiende no puede considerarse inútil en atención a dicha presunción, como lo demuestra una lectura atenta del Código Procesal Penal, especialmente de sus artículos 263 y 278;

11°. Que, respecto de la argumentación de corte formal ventilada por el ente persecutor, en torno a la incerteza e indeterminación de las pruebas a presentar por la defensa, cabe manifestar que se trata de tema ajeno a la órbita de atribuciones de este Tribunal, constituyendo un asunto propio de la preparación del juicio oral y del espacio de disposición del letrado y del imputado en el marco del ejercicio del derecho fundamental a la defensa, que no puede ser censurado ni perturbado por esta vía, lo que inhibe un examen que tenga por consecuencia castigar su ejercicio;

12°. Que, en definitiva, estos Ministros estiman que existen fundamentos suficientes para acoger el requerimiento interpuesto respecto del artículo 277 del Código Procesal Penal, manteniendo los criterios expuestos en las causas roles N° 1502, N° 1535, en el voto por acoger en la causa rol N° 2330 y en las disidencias estampadas en las sentencias roles 2323 y 2354, según se ha visto.

II. RESPECTO DE LA INAPLICABILIDAD DE LA FRASE "... O PRÁCTICAS ANÁLOGAS A ÉSTA...", CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 411 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL.

A) *Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y señora María Luisa Brahm Barril acogen en virtud de las siguientes consideraciones:*

13°. Que el tipo penal es la descripción legal de un hecho, desprovista de valoración. O, en términos ya empleados por esta Magistratura, *"el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible"* (STC Rol N° 549-06, considerando 4°).

En cuanto descripción de una conducta, el tipo penal es el elemento central en la determinación de si una conducta concreta es o no típica, resultando ser el molde que se aplica para tal determinación. Como afirman Muñoz Conde y García Arán, tipo es *"la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal"* y tipicidad *"es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal"* (Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes (2010). Derecho Penal (Parte General). Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 252). Así, sólo es típica aquella conducta que se adecúa a la descripción trazada por el respectivo tipo penal. Sólo en este evento se puede dar por establecida la tipicidad de la conducta. Pero la culpabilidad también debe ceñirse al mismo molde. En definitiva, el tipo resulta ser un elemento central u ordenador, que imprime su forma a la figura delictiva de que se trata. Ésta, a su vez, es el conjunto completo de circunstancias que la ley señala para imponer la pena en cada caso;

14°. Que la Constitución dispone que *"Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se*

000410
cuatrocientos diez

sanciona esté expresamente descrita en ella" (N° 3°, inciso final, del artículo 19), reafirmando el principio de legalidad en su expresión de tipicidad penal.

Está fuera de duda que tal exigencia sólo se satisface con la enunciación cabal, específica y precisa de los elementos esenciales de la figura delictiva. Sobre este particular, este Tribunal ha declarado que "*es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta*" (STC Rol N° 224, considerando 10°). Ambos principios, de legalidad y tipicidad, tienen fundamento en nuestra Constitución, pues como ha establecido esta Magistratura "*se encuentran consagrados en los incisos séptimo y octavo del N° 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, de acuerdo con los cuales "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado", y "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella."*(STC Rol N° 224, considerando 11°).

En un sentido semejante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el considerando 121° de la sentencia de 30 de mayo de 1999, pronunciada en el caso "*Castillo Petruzzi Vs. Perú*", ha entendido que "*en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas*

punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales". La Corte agrega, en la misma sentencia, que "la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad".

En los dos pronunciamientos citados subyace el entendimiento de que el tipo, en el Derecho Penal, cumple tres importantes funciones. En primer lugar, una *"función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes"*. En segundo lugar, una *"función de garantía"*, en la medida en que *"sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente"*. Y por último, y no menos importante, una función *"motivadora general"*, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida" (Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes (2010). Derecho Penal (Parte General). Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 252);

15°. Que la analogía, conforme se dice en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es *"una relación de semejanzas entre cosas distintas"*. Siendo esto así, una cláusula penal analógica importa sancionar una conducta que no está expresamente y directamente descrita en la ley, sino que se encuentra en una relación de semejanza con ésta. Es decir, por

definición, se está frente a conductas diferentes, sólo una de las cuales se encuentra expresa y directamente descrita en la ley.

Que, en el caso de autos, la existencia de una cláusula de dicha naturaleza no puede negarse ni discutirse, desde que el precepto legal impugnado, esto es, el artículo 411 quáter del Código Penal, recurre a la analogía, toda vez que éste sanciona la ejecución de *"prácticas análogas a ésta"*, siendo la conducta a la cual se procede a analogar estas "prácticas" la esclavitud. Obviamente, no se reprocha la eventual indeterminación del término esclavitud, sino la vaguedad, imprecisión y extensión del precepto contenido en la frase *"prácticas análogas"*;

16°. Que, ciertamente, quedará entregado al juez de la causa establecer qué conducta es análoga o similar a otra, lo que redunda, más que en una interpretación extensiva, en la creación de un elemento del tipo. Lo expuesto se aparta de la atribución jurisdiccional de subsunción del hecho en la norma, para simplemente configurar un supuesto de la misma;

17°. Que, además, carece de relevancia y aplicación en el análisis que nos convoca, detenerse en la supuesta concurrencia de un elemento normativo del tipo. Este, sea por la vía de la descripción o de la valoración *(cosa mueble ajena, documento público, arbitrariamente, sin título legítimo, entre otros términos empleados en el Código Penal)*, califica una conducta, en tanto que, en este caso, la ejecución de un hecho similar o análogo a otro nada califica y, más bien, implica la conducta misma;

18°. Que un simple ejercicio lógico permite concluir que no puede ser una *"práctica análoga a la esclavitud"* alguna otra de las acciones sancionadas en el

precepto, como lo son la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, y por qué fue excluida del tipo, según se testimonia en la historia del establecimiento de la ley, la conducta de mero abuso laboral.

Dicha práctica análoga es, entonces, la que determina el juez, integrando una norma incompleta;

19°. Que, por ende, estos Ministros disidentes estiman que el precepto incluido en la frase "*…o prácticas análogas a ésta…*", contenida en el artículo 411 quáter del Código Penal, es contrario en su aplicación, en el caso sub lite, al mandato del artículo 19 N°3°, en su inciso final, de la Constitución Política;

B) ***El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene*** *que, respecto de la frase pertinente del artículo 411 quáter, acoge en virtud de las siguientes consideraciones:*

1°) Que el tipo del artículo 411 quáter del Código Penal señala: "*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 mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales*". Sin embargo, la acción de inaplicabilidad sólo se interpone respecto a la frase "***o prácticas análogas a ésta***" (énfasis agregado);

El fundamento del mandato de determinación.

2°) Que, como se ha señalado anteriormente por este Tribunal, "*el fundamento de lo que se conoce como mandato de tipicidad o determinación, o principio de legalidad sustantiva, no puede reducirse únicamente a la función de previsibilidad de lo sancionado desde el punto de vista del ciudadano, esto es, la capacidad por parte de aquellos a quienes va dirigida la norma de anticipar lo que será objeto de sanción. De hecho, la posibilidad de que los destinatarios de las normas penales conozcan las prohibiciones penales no es algo que pueda asumirse de manera pura y simple, pudiendo concebirse el problema del conocimiento de las normas como un tema básicamente referido a la culpabilidad. En segundo lugar, el fundamento general de dicho principio dice relación, también, con la legitimación y limitación del derecho del Estado a imponer penas a los ciudadanos. Pero no sólo eso, el principio de tipicidad sirve, en tercer lugar –y de modo más concreto–, de garantía para evitar la arbitrariedad judicial. En efecto, la exclusión del libre arbitrio judicial como directriz interpretativa está en el centro de cualquier evaluación relativa al grado de determinación tolerable en el diseño legislativo de la norma penal impugnada*" (considerando cuarto, STC Rol N° 2530, énfasis agregado);

El tipo del artículo 411 quáter del Código Penal.

3°) Que el delito de trata de personas es un tipo penal complejo que exige, para su configuración, el cumplimiento de diferentes requisitos. Es así como las conductas que componen el proceso de la trata de personas se desenvuelven en diferentes etapas y ámbitos espaciales y requieren, además, para su perfeccionamiento, de la concurrencia de elementos subjetivos o finalidades especiales, es decir, de elementos subjetivos específicos del tipo, diferentes del dolo. Esto último es importante,

ya que los elementos subjetivos cumplen una función constitutiva del tipo, es decir, sin su consideración no puede establecerse la tipicidad correspondiente;

4°) Que en lo referente, específicamente, al objeto o finalidad especial con que debe realizarse la conducta (elemento subjetivo especial del tipo), es posible constatar la existencia de una enumeración casuística, configurándose tantas hipótesis delictivas como casos que se indican. Es decir, existe una fragmentación del precepto en una serie de hipótesis. La conducta dirigida a que la víctima sea objeto de alguna forma de *"prácticas análogas* [a la esclavitud)" constituye una hipótesis delictiva autónoma;

Incumplimiento del estándar de tipicidad exigible constitucionalmente.

5°) Que el hecho de que un tipo penal dé lugar a interpretaciones no lo transforma en uno defectuoso desde el punto de vista del principio de tipicidad; sino que "[l]o importante es que no se dé lugar a cualquier interpretación". Es decir, que el análisis del tipo permita *"arribar a una interpretación razonada de la conducta, es decir, a una en que es posible fijar, fundadamente, un determinado sentido y alcance, aunque existan otros. En efecto, y tal como lo plantea Alex Van Weezel, citando a Erik Wolf, "lo relevante desde el punto de vista del mandato de determinación de los tipos no es si el juez se encuentra ante elementos de índole valorativa, sino en qué medida la valoración subyacente viene realizada o preformada por el legislador o, por el contrario, queda entregada por completo a la apreciación 'subjetiva' del tribunal" (Van Weezel, A.: "La Garantía de Tipicidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Legalpublishing, 2011, p.109)"* (considerando sexto, STC Rol N° 2530);

6°) Que, en este caso concreto, la expresión "*prácticas análogas* [a la esclavitud]" constituye una expresión vaga, elástica y en que no es claro que haga remisión a "*principios valorativos no codificados o pautas extralegales objetivas y convencionales, sin quedar sometidos al mero arbitrio judicial*". (Ossandón Widow, M.: "*La Formulación de Tipos Penales. Valoración Crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*", Editorial Jurídica, 2009, p. 550);

7°) Que la mención en el tipo penal a las hipótesis de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud, o extracción de órganos, "vacía de contenido" a la hipótesis de "*prácticas análogas*" a la esclavitud, al punto de generar gran incertidumbre respecto de qué otras conductas, no catalogadas en el tipo, puedan dar utilidad a una expresión respecto de la cual no puede asumirse que carece de sentido útil, como se señaló por el Ministerio Público en los alegatos;

8°) Que esta situación permite, en consecuencia, que el juez pueda extender la punibilidad careciendo de un criterio orientador suficiente: ¿qué conducta puede subsumirse en la expresión impugnada que, a su vez, no sea constitutiva de las otras hipótesis aludidas? Esta situación implica conceder al juzgador amplios rangos de arbitrio, ausentes de criterios orientativos reales. La esclavitud, dada la construcción del tipo, es un criterio orientativo sólo aparente;

9°) Que la construcción del tipo no es una en que se haga uso del recurso a ejemplos típicos. Utilizando las expresiones de Fiandaca y Musco (Diritto Penale. PG, p.96, citado por Ossandón Widow, M., ob.cit., p.554), el artículo 411 quáter no "*contiene una ejemplificación explicativa de un género de hipótesis ya completamente definido en la ley*". Lo que incluye dicho artículo es

"una lista o registro sustitutivo de la definición legislativa. Mientras la primera constituye una legítima técnica de normación sintética, en la segunda el género de las hipótesis reguladas en la ley quedaría incompletamente representado en el listado ejemplificativo, obligando a individualizar los supuestos típicos a través de un verdadero razonamiento analógico que resulta inconstitucional. Esto último es lo que generalmente sucede cuando se emplean expresiones como en casos similares o análogos, que no se puedan completar por aplicación de un criterio unívoco legislativamente prefijado; entonces estas referencias se configurarían como cláusulas abiertas que extienden excesivamente el marco típico";

10°) Que podría argumentarse, en contrario, que la expresión objetada puede ser determinable o delimitable en su sentido y alcance recurriendo a una serie de convenciones internacionales ratificadas por Chile y que intentan, específicamente, explicitar cuáles son aquellas conductas análogas a la esclavitud. Sin embargo, una revisión de estos instrumentos, en particular la *Convención de Ginebra suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, de 7 de septiembre de 1956, no aporta hipótesis que no puedan subsumirse en las diferentes hipótesis establecidas en el artículo 411 quáter y que tengan algún grado de relación en atención a los hechos del caso concreto;

11°) Que tampoco resulta de gran ayuda orientadora recurrir a la historia de la ley. Si bien se descartó la referencia a "*explotación laboral*", lo cual se hizo en atención a la excesiva indeterminación del término, su exclusión como hipótesis no contribuye a dotar de contenido a la hipótesis típica impugnada;

Que, como se señaló, no existe parámetro orientador

para determinar qué puede significar una práctica análoga a la esclavitud distinta de la lista de comportamientos afines señalados en dicho artículo. Por consiguiente, la utilización de la frase "*o prácticas análogas a ésta*" en el delito contemplado en el artículo 411 quáter del Código Penal infringe el estándar de tipicidad consagrado en el inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza; el voto disidente, la Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y las prevenciones sus autores.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2615-14-INA.

Sr. Carmona

Sra. Peña

Sr. Bertelsen

Sr. Vodanovic

Sr. Fernández

Sr. García

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por sus Ministros, señora Marisol Peña Torres, señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

En Santiago, a 30 de octubre de 2014, notifiqué personalmente al Sr. abogado, Miguel Soto Piñeiro, la sentencia recaída en autos Rol N° 2615-14-INA de 30 de octubre de 2014, a quien entregué copia.

RUT. 6.550.157-0.