

El tráfico ilícito de migrantes en Chile

*Cassandra C Avilez Hernández**

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto analizar el delito de tráfico ilícito de migrantes en Chile, cuyos elementos esenciales del tipo delictivo están referidos al traspaso de manera clandestina de fronteras. Para esto, se organiza este trabajo en tres secciones: en la primera parte, se realiza un breve rescate histórico de la migración en Chile, desde su concepto como también su relación con los flujos migratorios que han llegado al país desde los tiempos donde se inicia la población española en América. Luego, se analiza el tráfico ilícito de migrantes desde el ámbito del Derecho Internacional, la legislación que regula este delito transnacional y los diferentes tratados que permiten su persecución penal. En la parte final se profundiza el análisis de los convenios sobre tráfico ilícito de migrantes que Chile está cumpliendo en la actualidad, y que falta en el derecho interno para avanzar hacia una sociedad integradora que garantice a cada uno de sus habitantes sean nacionales o no, el respeto hacia sus derechos humanos.

Palabras-clave: Delito transnacional. Derechos humanos. Derecho migratorio. Derecho Penal Chileno. Tráfico de migrantes.

Introducción

La realidad migratoria de Chile ha ido cambiando con el paso del tiempo, por ello es fundamental que la legislación y normas en vigencia vayan a la par con dicha evolución, ya que es considerado como destino de migración a consecuencia del actual desarrollo económico, social y cultural, pues presenta una

Recibido em: 08/06/2017 | Aprobado em: 15/07/2017

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7372>

* Estudiante del Magíster de Criminología de la Academia de Ciencias Policiales de Carabineros de Chile; Curso sobre detección de Trata de Personas en Pasos Fronterizos, del Ministerio de Seguridad de la República de Argentina (2016); Especialista en “Criminalística”, Investigador Policial (2015); Diplomado en la Función Inteligencia en el Estado Contemporáneo, Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos (ANEPE) del Ministerio de Defensa Nacional (2015); Instructora de Derechos Humanos, Curso del Comité Internacional de la Cruz Roja (2014); Diplomado en Criminología, Pontificia Universidad Católica, Chile (2012); Egresada de la Escuela de Oficiales de Carabineros de Chile General Carlos Ibáñez del Campo (2009–2012). Actualmente es Teniente de Carabineros, en el Departamento de Investigación de Organizaciones Criminales O.S.9. de Carabineros de Chile. E-mail: c.avilezhernandez@gmail.com

gran oportunidad para cumplir sueños de una mejor calidad de vida a muchos extranjeros.

Por lo mismo, el auge de inescrupulosos que ven en esas personas la oportunidad de obtener un beneficio económico ha ido aumentando, existiendo cientos de organizaciones criminales que día a día realizan ofertas de viajes, que incluyen destinos en los que tendrán trabajo con buenos sueldos, a cambio de grandes cifras de dinero.

Ante tentadoras ofertas, son muy pocos los que se resisten, es por ello que hipotecan todos sus bienes y se sobre endeudan, para concretar el anhelado sueño, sin saber que para poder llegar a su destino pasarán por situaciones de extremo peligro para su integridad física y salud, en donde arriesgan sus vidas, reciben tratos denigrantes e inhumanos, para finalmente llegar a su destino y sean considerados en muchos países como infractores a la Ley, más que víctimas en el proceso penal, siendo que migrar es un derecho al cual todas las personas pueden acceder, en caso de sentir la necesidad de hacerlo.

En el último informe emitido por el Sistema de las Naciones Unidas en Chile¹, se da a conocer que, en la región del Cono Sur, Chile se presenta como un país atractivo para la migración internacional, debido a los positivos indicadores de desarrollo económico alcanzados.

Lo anterior queda de manifiesto en las cifras oficiales del Instituto Nacional de Estadísticas², donde hasta ese entonces en Chile se registraba un total de 184.464 migrantes, que correspondía al 1,22% de la población total del país. De acuerdo con lo señalado por el Departamento de Extranjería y Migración (DEM)³ en el año 2010, había un total de 352.344 migrantes, que correspondían al 2,08% de la población total, destacando en esas cifras la población de nacionalidad peruana con una representación en Chile de 37,5% del total de los migrantes, seguido por un 16,7% que correspondían a población de nacionalidad argentina y en tercer lugar se encontraba la población de origen boliviano con un total de 6,8%.

¹ Sistema de las Naciones Unidas en Chile, Migrantes, 2012. Disponible en: <<http://www.onu.cl/onu/migrantes/>>. Acceso en: 17 may. 2017.

² Instituto Nacional de Estadísticas, CENSO, 2012, p. 18. Disponible en: <http://www.ine.cl/docs/default-source/FAQ/s%C3%ADntesis-de-resultados-censo-2002.pdf?sfvrsn=2>>. Acceso en: 22 may.2017

³ CHILE. Departamento de Extranjería y Migración (DEM). *Desarrollo del fenómeno de las Migraciones en Chile*. 2010. Disponible en: <<http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/migraciones.pdf>>. Acceso en: 13 abr. 2017.

Sin embargo, según las cifras oficiales del DEM⁴, hasta el año 2015 el total de migrantes en el país bordeaba los 477.000 migrantes, siendo el 75% de ellos provenientes de América del Sur y América Central. Lo anterior ha generado un crecimiento del asentamiento de extranjeros en Chile, entre los años 2005 y 2014 sobre el 123%, sin considerar que en los últimos tres años estas cifras podrían duplicarse, conforme a los diferentes flujos migratorios que se han detectado principalmente de ciudadanos de nacionalidad dominicana y haitiana⁵.

Por lo mismo se han generado diversos debates a nivel nacional respecto a las políticas de migración que datan del año 1975, las cuales estarían quedando obsoletas, ya que no cumplen con las necesidades de los migrantes en Chile y dejan de lado temas de primera necesidad como acceso a la salud o a la educación, de quienes llegan al país a cumplir sus expectativas de vida.

En este sentido, la Presidenta de la República de Chile Michelle Bachelet Jeria, manifestó que como país hay que: “Ir igualando progresivamente los derechos entre la población y quienes han optado por hacer una nueva vida en Chile, en materias como salud, trabajo, vivienda, educación, cultura y justicia”.⁶ Lo que da a entender que aún queda mucho por hacer como país respecto a la migración, pero sin embargo día a día ingresan al país cientos de extranjeros, que creen en una sociedad que los aceptara y no los discriminará por color de piel, idioma, cultura o creencias.

Considerando este escenario, el presente trabajo tiene como objeto analizar el delito de tráfico ilícito de migrantes en el contexto del ordenamiento jurídico chileno, cuyos elementos esenciales están referidos al traspaso de manera clandestina de fronteras. Para esto, se organiza este trabajo en tres secciones: en la primera parte se realiza un breve rescate histórico de la migración en Chile, desde su concepto como también su relación con los flujos migratorios que han llegado al país desde los tiempos donde se inicia la población española en América. Luego, se analiza el tráfico ilícito de migrantes desde el ámbito del Derecho Internacional, la legislación que regula este delito transnacional y los diferentes tratados que permiten su persecución penal. En la parte final

⁴ CHILE. Departamento de Extranjería y Migración (DEM), 2010.

⁵ ADRIASOLA C., Lucía. Ingreso de turistas extranjeros marca récord histórico con 4,5 millones de visitantes. *El Mercurio*, Nacional, 16 de noviembre de 2016. <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=308759>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

⁶ CHILE. Mensaje de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria. Gabinete Presidencial n.º 5, de 6 de noviembre de 2015. Santiago, 2015. Disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/Inst.%20Pres.%20N%C2%BA5.pdf>>. Acceso en: 10 mar. 2017.

se profundiza el análisis de los convenios sobre tráfico ilícito de migrantes que Chile está cumpliendo en la actualidad, y que falta en el derecho interno para avanzar hacia una sociedad integradora que garantice a cada uno de sus habitantes sean nacionales o no, el respeto hacia sus derechos humanos.

El movimiento migratorio en Chile

La migración es un fenómeno que existe de los tiempos de la antigüedad hasta hoy en día, entendiéndose como el desplazamiento de personas que se produce desde su lugar de origen a otro distinto al que lleva consigo un cambio de la residencia habitual⁷.

Según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), la migración se entiende como “el desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas y sociales”⁸. En cambio, conforme a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con base en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes⁹, asocia a la migración con personas que viven temporal o permanentemente en un país del cual no son nacionales, en cuanto al migrante precisa que se refiere a los casos en los que la decisión de emigrar ha sido tomada libremente por el individuo en cuestión, sin la intervención de factores externos.

Es un tanto paradójico que si bien ambos textos dan una definición conceptual de la migración, cada uno le da un significado distinto, ya que la RAE señala que generalmente el desplazamiento geográfico es debido a causas económicas y sociales, es decir, existen circunstancias las que influyen en la decisión de salir de su lugar de origen y optar por oportunidades nuevas; en cambio la UNESCO hace referencia a una decisión independiente, sin la intervención de causas externas, es decir cualquier persona podría migrar sin tener un motivo para ello.

⁷ CHILE, DEM, 2010.

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23 ed. 2017. Disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=PE38JXc>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

⁹ UNESCO - Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*: Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Entrada en vigor el 1º de julio de 2003. UNESCO, 2005. Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001435/143557s.pdf>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

Sin embargo, se cree que el origen de la migración va más allá que una definición, ya que muchos autores consideran que la migración fue parte fundamental para constituir el mundo de hoy, tal como es señalado por Moya en el texto “Migración africana y formación social en las Américas, 1500-2000”, donde se asocia la historiografía de la esclavitud como parte de las migraciones y formaciones socio-raciales en el nuevo mundo, predominando por sobre todo la influencia cultural africana en las colonias españolas¹⁰.

De hecho, se cree que el descubrimiento de las Indias, a fines del Siglo XV generó cambios trascendentales a nivel mundial, ya que fue la génesis del tráfico internacional de seres humanos, existiendo un comercio interno de esclavos en África hacia Europa y América, de ahí comenzó a existir el concepto de “negro”, que años más tarde se asoció a la palabra “esclavo”¹¹.

En cuanto a la realidad chilena, de acuerdo con Schewcik Tapia¹², se estima que se inició con gran apogeo en el periodo de la independencia de Chile con España, cercana al año 1800, debido a que comenzó un proceso de migración de colonos de diferentes nacionalidades principalmente alemanes, italianos y croatas, quienes se encargaron de fundar los primeros poblados y ciudades, aplicando técnicas que permitieron el desarrollo de Chile hasta lo que es hoy.

No obstante, conforme a las diferentes investigaciones realizadas por Memoria Chilena de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile¹³, en el país la esclavitud negra se mantuvo aproximadamente tres siglos, desde el año 1536 hasta alrededores del año 1823, arribando los primeros esclavos como integrantes de las tropas de los colonizadores españoles Diego de Almagro y Pedro de Valdivia, siendo su misión principal como sirvientes domésticos y soldados.

¹⁰ MOYA, J. Migración africana y formación social en las Américas. *Revista de Indias*, LXXII, n. 255, 2012, p. 321-348. Disponible en: <<http://revistadeindias.revistas.csic.es/index.php/revistadeindias/article/download/895/968>>. Acceso en 15 abr. 2017.

¹¹ MELLAFFE, R. *La introducción de la Esclavitud Negra en Chile: tráfico y rutas*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1959, v. 2. Disponible en: <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-8422.html>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

¹² SCHEWCNIK TAPIA, S. *Problemas y desafíos en la implementación de una nueva Ley de Migración y Extranjería en Chile: Estudio de derecho comparado sobre la migración en EE.UU. y Canadá*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2016. Disponible en: <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142556/Problemas-y-desaf%C3%ADos-en-la-implementaci%C3%B3n-de-una-nueva-ley-de-migraci%C3%B3n-y-extranjer%C3%ADa-en-Chile.pdf?sequence=1>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

¹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Chile y la migración: los extranjeros en Chile*. 2016. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/siit/actualidad-territorial/chile-y-la-migracion-los-extranjeros-en-chile>>. Acceso en: 20 abr. 2017.

Los estudios historiográficos de la esclavitud en Chile¹⁴, determinaron que el 23 de junio del año 1823, gracias a la iniciativa del Procurador del Cabildo de Santiago Don José Miguel Infante, se llevó a cabo la abolición legal de la esclavitud en Chile, idea influenciada por el político e intelectual chileno Manuel de Salas, que ya en el año 1811 promulgó la Ley de la Libertad de Vientres, debido a que hasta ese entonces la esclavitud era una condición jurídica que se heredaba por el “vientre materno”, sin embargo desde ese momento todos los hijos nacidos de madres esclavas serían libres desde ese momento, logrando esta medida incluso beneficiar a aquellas esclavas que eran vendidas al extranjero.

En la práctica, la abolición legal de la esclavitud no influyó que los esclavos dejaran sus labores, que les permitiera ser autónomos o que incluso dejaran de traer extranjeros a Chile. A este respecto, el escritor francés Gabriel Lafond du Lucy¹⁵ señaló:

La servidumbre se componía de muchos esclavos blancos y negros, porque en Chile hay esclavos blancos lo mismo que los europeos, viniendo estos de la mezcla continua de las razas mezcladas de los blancos. Aunque la esclavitud esté hoy abolida, han quedado algunos esclavos en las casas patricias, donde han sido educados con tanto cuidado que llegaba a mirárseles como perteneciendo a la familia.

Si bien, hasta entonces en Chile no se conocía lo que era el Tráfico Ilícito de Migrantes, ya en el año 1942, Guillermo Feliú¹⁶, conocido historiador chileno, señaló en su texto la abolición de la Esclavitud en Chile, que a pesar de que la abolición de la esclavitud fue prioridad en la época del siglo XIX y se implementaron diferentes medidas para poder erradicarlo, “el tráfico de esclavos” y “la trata de negros”, continuaron por décadas, debido a los múltiples beneficios que les traía a la aristocracia chilena utilizarlos para realizar diferentes labores, no teniendo a la fecha la cantidad de víctimas que trajo consigo esas prácticas análogas en el país.

¹⁴ Mellafe, 1959.

¹⁵ LAFOND DU LUCY, G. *Viaje a Chile*. Santiago: Universitaria, 1911, p. 35. Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-9519.html>. Acceso en: 10 abr. 2017.

¹⁶ FELIÚ, G. *La abolición de la Esclavitud en Chile: estudio histórico y social*. Santiago: Universitaria, 1942. Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-8140.html>. Acceso en: 10 abr. 2017.

El tráfico ilícito de migrantes en el plan internacional

Las Naciones Unidas define tráfico y traficantes, basada en lo estipulado en la “Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional”¹⁷, entendiendo el tráfico de personas como:

El reclutamiento, transporte, encubrimiento o recepción de personas, por medio del uso de amenazas o el uso de la fuerza u otra forma de coacción o engaño para la explotación¹⁸.

En cuanto al concepto traficantes, se señala que:

Aquellos que transportan migrantes y se benefician económicamente o de alguna otra manera del desplazamiento de personas, siendo el tráfico de seres humanos reconocido como una violación grave de los Derechos Humanos¹⁹.

Con fecha 15 de noviembre del año 2000, en la ciudad de Palermo, Italia se adoptó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en donde se incluían dos protocolos que señalaban las directrices a desarrollar por los países miembros, uno de ellos era el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños; y Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, en el cual se define y sanciona el Delito de Tráfico Ilícito de Migrantes²⁰.

Lo estipulado en la Convención fue ratificado por países como Argentina, España y Perú en el año 2002, mientras que en Chile fue ratificada en el año 2004, mediante el Decreto N° 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores (2005) y en República Dominicana durante el año 2007. Bolivia, firmó la Convención en el año 2000, la cual a la fecha aún no ratifica, decisión que repercute en todos los países del Conosur, ya que si no existe un “compromiso jurídico” por parte del vecino país de atacar a aquellas Organizaciones Criminales que se dedican a lucrar con los sueños de cientos de personas, no siendo posible realizar esfuerzos en conjunto de erradicar el delito analizado.

¹⁷ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto n.º 342 del 16 de febrero de 2005*. Promulga la convención internacional de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 16 de febrero de 2005. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?%20org=&idNorma=235583>. Acceso en: 10 abr. 2017.

¹⁸ UNESCO, 2005, p. 28.

¹⁹ UNESCO, 2005, p. 28.

²⁰ CHILE, Decreto n° 342, 3005.

El Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, conforme al Derecho Internacional, deja en claro que si bien los delitos de Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas tienen muchas similitudes debido a que ambos son considerados como delitos que atentan contra los Derechos Humanos, ellos tienen diferencias significativas.²¹

Con relación al tráfico ilícito de migrantes, el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire define este delito como:

ARTICULO 3

Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material²².

Conforme a su definición, se pueden apreciar los elementos que configuran el delito tales como:

- La facilitación involucra hacer que las personas migrantes traspasen las fronteras de un Estado.
- Necesariamente debe ser una entrada ilegal, el que conforme a su definición es “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente al Estado receptor.”²³
- La persona cuya entrada ilegal se facilita no debe tener la calidad de residente permanente del Estado al cual ingresa.
- Esta facilitación debe realizarse con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Cuanto a la trata de personas, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, define este delito como:

²¹ CHILE, Decreto n° 342, 3005; UNESCO, 2005.

²² Art. 3, a), del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (CHILE, Decreto n° 342, 3005).

²³ Art. 3 b), del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (CHILE, Decreto n° 342, 3005).

ARTICULO 3

Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o 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 de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos²⁴.

Conforme a lo señalado anteriormente, si bien ambos delitos tienen similitudes, sus diferencias radican en factores principalmente: el consentimiento, la explotación y la transnacionalidad.

En el caso de Tráfico Ilícito de Migrantes, que suele realizarse en condiciones peligrosas o degradantes, los migrantes consienten en ese tráfico; en cuando a las víctimas de la Trata de Personas, por el contrario, ellas nunca han consentido o, si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento ha perdido todo su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los traficantes²⁵.

El Tráfico Ilícito finalizada con la llegada de los migrantes a su destino, en tanto que la trata implica la explotación persistente de las víctimas de alguna manera para generar ganancias ilegales para los traficantes. Las víctimas de la trata también suelen resultar más gravemente afectadas y tener más necesidad de protección frente a una nueva victimización y otras formas de abuso que los migrantes clandestinos²⁶.

De acuerdo con lo señalado por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito²⁷, el Tráfico Ilícito es siempre de carácter transnacional, mientras que la trata puede no serlo, ya que tener lugar independientemente de si las víctimas son trasladadas a otro Estado o sólo desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado.

²⁴ Art. 3 a), del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (CHILE, Decreto nº 342, 3005).

²⁵ UNODC, 2017, p. 3. Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/HT_GPATleaflet07_es.pdf>. Acceso en: 15 abr. 2017.

²⁶ UNODC, 2017. Disponible en: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/index.html>>. Acceso en: 15 abr. 2017.

²⁷ UNODC, 2004, p. 57. Disponible en: <<https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>>. Acceso en: 12 abr. 2017.

Aún en este marco, señalase la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares²⁸, que prohíbe la aplicación de torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a los trabajadores extranjeros, así como su sometimiento a esclavitud o servidumbre, con énfasis en trabajadores migrantes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), estamento especializado de las Naciones Unidas que se encarga de velar por el resguardo de las relaciones laborales y que se cumplan las condiciones necesarias para de un trabajo digno con respeto a los Derechos Humanos de los trabajadores. Colombia fue uno de los primeros países de América latina en ratificar este tratado, en el año 1995, Bolivia fue pionero en América del Sur en el año 2000, en cambio Chile y Perú recién en año 2005 lo ratificaron, posteriormente en el año 2007 Argentina ratificaría dicho tratado²⁹.

Esta Convención fue ratificada en Chile a través del Decreto n.º 84 del Ministerio de Relaciones Exteriores en 2005. Este es el principal instrumento en materia del Derecho Internacional referido a las migraciones por motivos laborales, y recoge los diversos acuerdos internacionales y aplicación de derechos humanos a los procesos migratorios; aunque no se trata propiamente de la regulación del delito, sí establece normas que pretenden garantizar un trato humano y digno a los trabajadores extranjeros³⁰.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares dispone que los Estados partes deben respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares dentro de su territorio, los derechos previstos en la misma, lo que queda en manifiesto en los Artículo 10 y 11, donde señalan que:

Artículo 10.

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

²⁸ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto n.º 84 de 8 de junio de 2005*. Promulga la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 08 de junio de 2005. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=238928>. Acceso en 10 abr. 2017.

²⁹ PICUM, 2012.

³⁰ CHILE, Decreto n.º 84, 2005.

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. (...) ³¹

Lo anterior, deja en manifiesto el interés de Naciones Unidas en garantizar a migrantes y sus familias sus derechos que les pertenecen por el sólo hecho de ser personas, aunque es una lucha constante, ya que día a día a nivel mundial aumentan las cifras de migrantes los cuales son captados por organizaciones que ven en ellos una oportunidad de lucro, haciendo caso omiso a las políticas públicas y cientos de campañas en las que se le da al migrante su calidad de persona.

Análisis del delito de tráfico de migrantes actualmente en Chile

Los Convenios, Protocolos y otras normas internacionales han contribuido a que los países legislen a favor de los derechos de las personas basados en la igual, sean residentes o no. Chile no es la excepción, tal como se señala en el segundo párrafo del Artículo n.º 5 de la Constitución Política de la República, donde estipula que:

Artículo 5º (...)

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. ³²

En este contexto, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue determinante a la hora de crear una ley que tipifique los delitos de Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas en cada uno de los países miembros de la Convención. En ese sentido, en Chile, se promulgó la Ley N° 20.507 tipifica los delitos de Tráfico Ilícito de Migrantes

³¹ CHILE, Decreto n.º 84, 2005.

³² CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. *Decreto n.º 100 de 22 de septiembre de 2005*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 17 de septiembre de 2005. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=242302>. Acceso en: 10 abr. 2017.

y Trata de Personas y establece normas para su Prevención y más Efectiva Persecución Criminal³³. Con esa ley se realizaron modificaciones en el Código Penal, agregando al Título VIII, Libro II, el párrafo 5º Bis, denominado “De los Delitos de Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas”,³⁴ donde en el Artículo N° 411 Bis, del Tráfico de Migrantes, señala:

ART. 411 bis.

Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

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

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

Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260³⁵.

En cuanto a los elementos del delito de Tráfico Ilícito de Migrantes, la legislación penal chilena destaca como sujeto activo cualquier persona, sin embargo, el agravamiento es determinado cuando la conducta típica es ejecutada por un funcionario público de acuerdo a lo señalado en la norma; en cuanto al sujeto pasivo, es fundamental que sea una persona no nacional o residente del país.

En relación con los verbos rectores del delito, corresponde a facilitar o promover; facilitar consiste en hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin; mientras que promover, es iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro³⁶.

Por ser un delito, tiene un carácter doloso, ya que requiere para su configuración, un elemento del tipo subjetivo, que es el ánimo de lucro; sin embargo,

³³ CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública; Subsecretaría del Interior. *Ley n.º 20.507*, de 8 de abril de 2011. Tipifica los delitos de Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas y establece normas para su Prevención y más Efectiva Persecución Criminal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 08 de abril del año 2011. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=1024319>. Acceso en: 10 abr. 2017. Ver aún: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.507*. 2011. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/56302/1/HL20507.pdf>>. Acceso en 20 abr. 2017.

³⁴ CHILE. Ministerio de Justicia. *Código Penal*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 12 de noviembre de 1874. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=1984>. Acceso en 10 abr. 2017.

³⁵ Art. 411 Bis, Código Penal (CHILE, 1874).

³⁶ Ver RAE, 2017.

cuando es cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, no es un elemento necesario.

Cuanto a su bien jurídico protegido, es el sistema migratorio del Estado; por eso se ha generado el debate a nivel nacional, ya que se cuestiona que el delito de Tráfico Ilícito de Migrantes, en muchos casos no considera a la víctima como tal, sino como objeto de Tráfico, y paralelo a ello como infractor de la ley migratoria del país, que en este caso recae en el Decreto Ley n.º 1094 que establece normas sobre extranjeros en Chile³⁷.

En cuanto al Artículo n.º 411 Sexies del Código Penal, establece y regula atenuantes de responsabilidad penal en cuanto a prestar cooperación eficaz, la que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados y/o permita la identificación de sus responsables, como también sirva para prevenir o impedir la consumación de un hecho de igual o mayor gravedad³⁸.

En relación con el Código Procesal Penal, el cual también fue modificado por la Ley n.º 20.507, señala en su Artículo N.º 78 Bis, la protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del Tráfico Ilícito de Migrantes y como las víctimas del delito de Trata de Personas durante el proceso penal. En aquellos casos en que las víctimas sean menores de 18 años, los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y la adolescencia deberán facilitar su acceso a los entes especializados que requieran, especialmente, aquellas tendientes a su recuperación integral y a la vinculación familiar, si fuere necesario de acuerdo con el interés superior del menor de edad³⁹.

Sin embargo, ha sido tal el aumento de las migraciones en el país y con ello el acrecentamiento de víctimas de delitos de Tráfico Ilícito de Migrantes, quienes no pueden ejercer sus derechos debido a su situación migratoria irregular, que a contar del 26 de julio del año 2017, se promulgó el Protocolo de Actuación Conjunta del Departamento de Extranjería y Migración y el Ministerio Público, el cual se encargará de salvaguardar el bienestar de quienes ingresan al país

³⁷ CHILE. Ministerio del Interior. *Decreto Ley n.º 1.094, de 19 de julio de 1975*. Establece normas sobre Extranjeros en Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 19 de julio de 1975. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=6483>. Acceso en 10 abr. 2017.

³⁸ Art. 411 Sexies, Código Penal (CHILE, 1874).

³⁹ Artículo N.º 78 Bis, Código Procesal Penal (CHILE. Ministerio de Justicia. *Código Procesal Penal*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 12 de octubre de 2000. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=176595>. Acceso en 10 mar. 2017).

de manera clandestina y, que han visto sus sueños truncados por haber caído en redes de organizaciones criminales dedicadas al comercio de personas⁴⁰.

Conclusión

El delito de Tráfico Ilícito de Migrantes ha tenido una gran evolución a lo largo de la historia, lo que queda en evidencia al tener una Ley especial que se encarga de tipificar y establecer normas para su prevención y persecución criminal, esto influenciado principalmente por las diferentes normativas internacionales que regulan la legislación de cada uno de los países que adquiere compromisos de erradicar delitos tan graves como el analizado.

En cuanto a la normativa que rige el país, falta incluir modificaciones tan significativas como lo es el bien jurídico que protege, ya que en el Tráfico Ilícito de Migrantes se resguarda los intereses del Estado, más que el de aquellas personas que han ingresado al país de manera clandestina; como también el concepto de “persona objeto de tráfico”, debido a que esto influye en las políticas públicas, ya que al no ser considerados como víctimas, no pueden acceder a diferentes beneficios que deberían tener por el hecho de que a lo largo de su viaje se hayan transgredido sus derechos humanos, siendo además víctimas constantes de tratos crueles y degradantes.

Si bien en Chile, día a día se avanza en cuanto a políticas públicas favorables para quienes ingresan de diferentes formas al país, ya sea de manera regular o por un paso no habilitado para tal, siendo labor principal de los organismos del Estado, velar por la igualdad de derecho de todos los habitantes de la nación, aún se mantiene pendiente como sociedad dejar de estigmatizar a alguien por su color de piel o su acento al hablar, no siendo posibles en muchos casos que los extranjeros se sientan parte de ella.

Se debe crear en el país, una educación intercultural que promueva el respeto por todas las culturas, para que con ello se elimine la xenofobia, el racismo y la discriminación, ya que así se avanzaría considerablemente como sociedad, lo que ayudaría a detectar cientos de casos de víctimas de tratos denigrantes e

⁴⁰ CHILE. Ministerio de Interior y Seguridad Pública. Subsecretaría del Interior. Noticias: Presidenta Bachelet: “Queremos que, hayan nacido en Chile o no, todos los niños y niñas tengan los mismos derechos”. Julio 26, 2017. Disponible en: <<http://www.subinterior.gob.cl/noticias/2017/07/26/presidenta-bachelet-queremos-que-hayan-nacido-en-chile-o-no-todos-los-ninos-y-ninas-tengan-los-mismos-derechos/>>. Acceso en 30 jul. 2017.

inhumanos de Tráfico de Migrantes, que se mantienen en silencio por miedo al rechazo o a que sean denunciados por haber creído en personas inescrupulosas que vieron en ellos una oportunidad de lucro.

Illicit trafficking in migrants in Chile

Abstract

This paper analyzes the crime of illicit trafficking in migrants in Chile, whose essential elements of the criminal type are related to the smuggling of frontiers. For this, this work is organized in three sections: in the first part, a brief historical rescue of migration in Chile is presented, considering its concept as well as its relationship with the migratory flows that have arrived at the country from the times of Spanish population in America. Then, in the second part, the illegal trafficking of migrants is analyzed from the scope of International Law, the legislation that regulates this transnational crime and the different treaties that allow its criminal prosecution. In the final part, the analysis of the agreements on illegal smuggling of migrants that Chile is currently fulfilling is deepened, and it lacks in domestic law to move towards an integrating society that guarantees each one of its inhabitants whether national or not, the respect for their human rights.

Keywords: Chilean Criminal Law. Immigration law. Human rights. Trafficking of migrants. Transnational crime.

Referencias

ADRIASOLA C., Lucía. Ingreso de turistas extranjeros marca récord histórico con 4,5 millones de visitantes. *El Mercurio*, Nacional, 16 de noviembre de 2016. <http://www.economiay-negocios.cl/noticias/noticias.asp?id=308759>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Chile y la migración: los extranjeros en Chile*. 2016. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/siit/actualidad-territorial/chile-y-la-migracion-los-extranjeros-en-chile>>. Acceso en: 20 abr. 2017.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.507*. 2011. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/56302/1/HL20507.pdf>>. Acceso en 20 abr. 2017.

CHILE. Departamento de Extranjería y Migración (DEM). *Desarrollo del fenómeno de las Migraciones en Chile*. 2010. Disponible en: <<http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/migraciones.pdf>>. Acceso en: 13 abr. 2017.

CHILE. Instituto Nacional de Estadísticas, CENSO, 2012, p. 18. Disponible en: <http://www.inec.cl/docs/default-source/FAQ/s%C3%ADntesis-de-resultados-censo-2002.pdf?sfvrsn=2>>. Acceso en: 22 may.2017.

CHILE. Mensaje de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria. Gabinete Presidencial n.º 5, de 6 de noviembre de 2015. Santiago, 2015. Disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/Inst.%20Pres.%20N%C2%BA5.pdf>>. Acceso en: 10 mar. 2017.

CHILE. Ministerio de Justicia. *Código Penal*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 12 de noviembre de 1874. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=1984>. Acceso en 10 abr. 2017.

CHILE. Ministerio de Justicia. *Código Procesal Penal*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 12 de octubre de 2000. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=176595>. Acceso en 10 mar. 2017.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto n.º 342 del 16 de febrero de 2005*. Promulga la convención internacional de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 16 de febrero de 2005. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?%20org=&idNorma=235583>. Acceso en: 10 abr. 2017.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto n.º 84 de 8 de junio de 2005*. Promulga la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 08 de junio de 2005. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=238928>. Acceso en 10 abr. 2017.

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública; Subsecretaría del Interior. *Ley n.º 20.507, de 8 de abril de 2011*. Tipifica los delitos de Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas y establece normas para su Prevención y más Efectiva Persecución Criminal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 08 de abril del año 2011. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=1024319>. Acceso en: 10 abr. 2017.

CHILE. Ministerio del Interior. *Decreto Ley n.º 1.094, de 19 de julio de 1975*. Establece normas sobre Extranjeros en Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 19 de julio de 1975. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=6483>. Acceso en 10 abr. 2017.

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. *Decreto n.º 100 de 22 de septiembre de 2005*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 17 de septiembre de 2005. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=242302>. Acceso en: 10 abr. 2017.

CHILE. Sistema de las Naciones Unidas en Chile, *Migrantes*, 2012. Disponible en: <<http://www.onu.cl/onu/migrantes/>>. Acceso en: 17 may. 2017.

FELIÚ, G. *La abolición de la Esclavitud en Chile: estudio histórico y social*. Santiago: Universitaria, 1942. Disponible en: <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-8140.html>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

LAFOND DU LUCY, G. *Viaje a Chile*. Santiago: Universitaria, 1911. Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-9519.html>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

MELLAFE, R. *La introducción de la Esclavitud Negra en Chile: tráfico y rutas*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1959, v. 2. Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-8422.html>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

MOYA, J. Migración africana y formación social en las Américas. *Revista de Indias*, LXXII, n. 255, 2012, p. 321-348. Disponible en: <http://revistadeindias.revistas.csic.es/index.php/revistadeindias/article/download/895/968>>. Acceso en 15 abr. 2017.

PICUM. Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants. Ratificaciones de tratados internacionales sobre los derechos de los/ las migrantes/ migraciones. Picum, 2012. Disponible en: <http://picum.org/picum.org/uploads/attachement/Ratificaciones%20doc%20ES.pdf>>. Acceso en: 15 abr. 2017.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23 ed. 2017. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=PE38JXc>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

SCHEWCIK TAPIA, S. *Problemas y desafíos en la implementación de una nueva Ley de Migración y Extranjería en Chile: Estudio de derecho comparado sobre la migración en EE.UU. y Canadá*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2016. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142556/Problemas-y-desaf%C3%ADos-en-la-implementaci%C3%B3n-de-una-nueva-ley-de-migraci%C3%B3n-y-extranjer%C3%ADa-en-Chile.pdf?sequence=1>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

UNESCO - Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes: Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Entrada en vigor el 1º de julio de 2003. UNESCO, 2005. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001435/143557s.pdf>>. Acceso en: 10 abr. 2017.

UNODC – Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. 57. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>>. Acceso en: 12 abr. 2017.

UNODC – Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Trata de Personas*. UNODC, 2017. Disponible en: http://www.unodc.org/pdf/HT_GPATleaflet07_es.pdf>. Acceso en: 15 abr. 2017.

UNODC – Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes*. UNODC, 2017. Disponible en: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/index.html>>. Acceso en: 15 abr. 2017.