Crea los delitos de venta o cesión de menor e inscripción fraudulenta de menor y modifica pena en la trata de personas
Boletín N° 9269-07

En la Época Antigua, la trata de personas con la finalidad de ejercer la prostitución se realizaba con la compra de esclavos y principalmente de esclavas para ese fin. Tal fue el caso del Imperio Romano. Si bien en aquella época también se regulaba la adopción, también ésta se ejercía de manera ilegal mediante compraventa de niños o niñas.

La práctica ha continuado en la Edad media, Post Edad Media y Época Contemporánea. Ha sido en el siglo XX, en que diversas Convenciones y Tratados han dado a conocer este flagelo, y aun cuando se ha reprimido, dicha práctica continúa. De igual manera ha sucedido con la compraventa de niños para establecer una relación análoga a la filiación valiéndose de adopción ilegal.

Fundamentos

De conformidad a la ley n° 20507 de 2011, la legislación chilena tipifica la trata de personas, la que protege una multiplicidad de bienes jurídicos protegidos, esto es la libertad personal, la libertad sexual, la integridad física y psíquica, así como la libertad laboral, además del peligro para la vida. Dicho delito se sanciona cuando la finalidad fuere: la explotación sexual, la explotación laboral, o la extracción de órganos, contemplado en el artículo 411 quater, constituyendo el mayor disvalor ante el derecho en relación a los demás ilícitos penales tipificados en el código penal.

El anterior tiene como delito base la promoción o facilitación de la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o extranjero, contemplado en el artículo 411

ter. No obstante en relación al anterior se refiere a cuando la finalidad es de tipo sexual.

Además se sanciona el tráfico de inmigrantes tipificado como el que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente.

En caso de que los hechores se organizaren o asociaren para cometer algunos de los delitos anteriormente señalados, se les sancionará además como asociación ilícita.

Una conducta que también se también se estima como disvalórica es aquella referida a cuando el hechor vende, cede o entrega a un o una menor de edad, esto es niño, niña o adolescente, de la que generalmente se tiene la finalidad de que dicho menor se incorpore a una nueva familia, sin pasar por los trámites de adopción legal. Si bien puede señalarse que esta sería la finalidad, no necesariamente quien vende, cede o entrega tendría siempre dicha finalidad. Ahora bien de conformidad a la acción de ministerio público el tipo penal aplicable por la legislación chilena es el de usurpación de estado civil por parte del que entrega como del que adquiere por ser ese el resultado de la acción.

Sin embargo, no existe propiamente un tipo penal específico que contemple la venta, cesión o entrega a cualquier título, de un niño, niña o adolescente, dentro o fuera del país a cambio de una retribución en dinero o cualquier otra prestación.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, si bien contempla la utilización de niños en la pornografía y prostitución infantil respecto de los cuales si está legislado en Chille, incluye también la venta de niños de la que no está directamente legislado.

El Protocolo descrito precedentemente fue aprobado por Chile en el año 200 y ratificado en el año 2003, lo que significa que de conformidad a lo señalado por la Convención de los Derechos del Niño dispone en el artículo 35 que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean

necesarias para impedir el secuestro la venta o la trata de niños para cualquier fin o de cualquier forma".

La jurisprudencia interamericana por intermedio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de otra forma de retribución afecta sus derechos fundamentales como la libertad, integridad personal y dignidad.

De conformidad a lo señalado en el derecho comparado, las legislaciones han establecido que la venta o entrega de niño mediante remuneración u otra forma de retribución sea considerado como un delito.

En Estados Unidos; así en California se sanciona a cualquier persona que venda o intente vender a otra o que compre o intente comprar a cualquier otra persona con pena de hasta cuatro años.

En México, quien traslade a un menor de dieciséis años o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fura del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor. Este delito lo puede cometer cualquier persona, pero se especifica que lo cometen también quien ejerza la patria potestad o custodia del menor, ascendientes, parientes colaterales por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado. Las penas a aplicar van de tres a diez años de prisión y multa de cuatrocientos a mil días multa.

En España por su parte sanciona le entrega de un hijo, descendiente o menor aunque no concurra filiación o parentesco eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Las penas a aplicar van de cuatro a diez años de prisión.

En la legislación chilena, el nuevo delito debe estar incorporado en el Título de Crímenes y Simples Delitos contra las Personas, a su vez en el párrafo 5 bis De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas; con el objeto de precisar la conducta ilícita, la que no solo importa la usurpación de estado civil.

En su aspecto de fondo; el nuevo delito la conducta tipificada debe abarcar las hipótesis de compraventa no cubierta por las figuras penales ya existentes, que sería el caso de la trata de personas con la finalidad de explotación sexual , laboral o de extracción de órganos, en cualquier otro caso debe el solo hecho de la venta, entrega o cesión a cualquier título debe ser sancionado, pudiendo ser el sujeto activo, o sea el hechor cualquier persona y el sujeto pasivo, esto es la víctima un o una menor de edad. Se establece la expresión menor de edad, debido a que las expresiones niño, niña o adolescente son propias de la ley de Tribunales de Familia y otras especiales, en cambio menor de edad es la utilizada en el código penal.

Para considerar la pena debe tenerse en cuenta la aplicada a la trata de personas: reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si fuere menor de edad reclusión menor en sus grados medio a máximo, siendo ésta la pena de referencia en el rango máximo para el nuevo delito y el rango mínimo ser equivalente al de la usurpación de estado civil, esto es reclusión menor en sus grados medio a máximo. En consecuencia, la pena a aplicar sería de reclusión menor en su grado medio a reclusión mayor en su grado mínimo.

Formalmente el nuevo delito debe ser el nuevo artículo 411 quinquies, dado que de esta manera en concordancia con los artículos posteriores se apliquen las disposiciones de asociación ilícita, cuando el acusado prestare cooperación eficaz, determinar las reincidencias y funcionarios encubiertos. De esta manera, formalmente los artículos 411 quinquies, sexies, septies y octies debieran pasar a ser correlativamente desde el nuevo artículo 411 sexies al 411 nonies respectivamente.

Otro aspecto a considerar que merece una conducta de reproche social es aquella en la cual un hombre que con o sin parentesco, las más de las veces no tienen ninguno inscriben un niño o niña como hijo suyo, sin ser efectivamente el padre consanguíneo. Esta es una conducta que se ejerce en fraude del derecho y vulnera los derechos del niño o niña, por cuanto se produce una conducta inescrupulosa de un individuo que nada tiene que ver con el niño o niña, es decir un tercero completamente ajeno aprovechándose de que el niño o niña no ha sido reconocido por el padre adquiere mediante el fraude y el engaño un estado civil de padre que no le corresponde y pasa a

ejercer un derecho indebido. El Servicio de Registro Civil al ser requerido de la inscripción de hijo no realiza mayor indagación si se trata de un verdadero padre o de un falso padre inescrupuloso. Al respecto la jurisprudencia ha señalado para estos casos que no configuran el delito de usurpación de estado civil, por cuanto en algunas sentencias se sostiene que no ha habido dolo y en otras no ha habido apropiación. Sin perjuicio de lo criticable de dichas sentencias, en la práctica ha significado la impunidad para los hechores. En consecuencia, se trata de un hecho reprobable que no se sanciona, respecto del cual se hace urgente la configuración de un tipo penal que sancione tal conducta típica y antijurídica. Es de la naturaleza de la acción que el sujeto activo o hechor sea cualquier individuo, en tanto el sujeto pasivo o víctima un o una menor.

La pena en este caso debe ser equivalente al de la compraventa del menor, por cuanto el resultado importa que el o la menor pasa a tener una filiación obtenida en forma fraudulenta.

En lo que se refiere a la trata de personas, es necesario tener presente la historia de este tipo penal. Al crearse este delito, la pena era de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que solo se refería cuando mediante violencia, intimidación o engaño favoreciere la prostitución de una persona. Resulta un contrasentido, que tratándose de una ampliación del tipo penal a la explotación laboral extracción de órganos, se rebaje la pena en su rango máximo, mas aun cuando se trata de un delito que por su carácter permanente, denota una mayor crueldad por parte del hechor, agregando un mayor disvalor en relación al resto de los delitos en contra de las personas.

El presente proyecto de ley contó con la elaboración del asesor legislativo Leonardo Estradé-Brancoli.

En mérito a lo antes expuesto, venimos a presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo Único: Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

Agrégase los siguientes incisos finales al artículo 354:

"La pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y multa de veinte a setenta unidades tributarias mensuales, al que a sabiendas inscribiere a un menor como hijo suyo, sin ser el padre y sin el consentimiento de la madre.

La misma pena se le impondrá al funcionario público, que teniendo conocimiento del hecho, procediere a la inscripción, se le impondrá además la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado medio."

En el artículo 411 quater, reemplázase la frase "sus grados mínimo a medio" por "en cualquiera de sus grados".

Reemplázase el artículo 411 quinquies por el siguiente:

"Artículo 411 quinquies. El que venda, ceda o entregue a cualquier título a un menor de edad, dentro o fuera del país, a cambio de una retribución en dinero o cualquier otra prestación, así como al que lo recibe, se le impondrá la pena de reclusión menor en su grado medio a reclusión mayor en su grado máximo y multa de veinte a setenta unidades tributarias mensuales.

La misma pena se le impondrá al funcionario público que en el desempeño de su cargo o abusando de él, tendrá además la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado medio".

Los artículos 411 quinquies al 411 octies pasan a ser los nuevos artículos 411 sexies al 411 nonies.