Boletín N° 13.665-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Kast, señoras Ebensperger y Goic, y señor Montes, que modifica el Código Penal, con el objeto de sancionar el delito de trata de personas con fines de adopción ilegal e incorporar su imprescriptibilidad.

1. Antecedentes preliminares

En los últimos años, se han publicado distintos informes y reportajes en la prensa nacional que han revelado una práctica delictual violatoria de los derechos humanos de una población particularmente vulnerable, esto es: adopciones ilegales o irregulares de niños y niñas[1][2][3][4][5][6][7][8]. Además, la información recopilada evidencia que dicha práctica delictual ha sido posible gracias a la complicidad de personal médico, funcionarios públicos que laboran en residencias dedicadas al servicio de menores e, incluso, autoridades religiosas también son señaladas dentro de la compleja red criminal.

Asimismo, los antecedentes recolectados en los informes y reportajes antes mencionados se han logrado, principalmente, por los esfuerzos de la "ONG Nos Buscamos", las investigaciones del magistrado Mario Carroza y Jaime Balmaceda y, adicionalmente, una Comisión Investigadora en la Cámara de Diputados. Para ilustrar sobre las operaciones que desencadenaron numerosas adopciones ilegales, se tiene que todo apuntaba a implementar engaños a las madres del estado y/o destino de sus hijos recién nacidos. Básicamente, les comunicaban que su hijo había fallecido, o se aprovechaban de su situación de vulnerabilidad para firmar declaraciones de abandono

---

[1] https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/ong-nos-buscamos-contamos-con-datos-de-unas-3-000-adopcionesirregulares/2018-02-20/200550.html

[2] https://www.cnnchile.com/pais/directora-ong-nos-buscamos-conocemos-mas-de-3-mil-casos-de-trafico-de-ninos_20180219/

[3] https://ciperchile.cl/2014/04/11/los-ninos-dados-por-muertos-que-el-cura-gerardo-joannon-entrego-para-adopcion/

[4] http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=545458

[5] https://www.youtube.com/watch?v=_WJk0GwaXHk&t=492s

[6] https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=49545&prmTIPO=INFORMECOMISION

[7] http://www.radiopolar.com/noticia_153325.html

[8] https://www.theclinic.cl/2018/08/29/jeremy-pixton-adoptado-ilegalmente-desde-chile-al-nacer-desde-utah-con-amor/

bajo fraude o coacción, o les informaban que el infante había nacido con problemas complejos de salud y la única opción de sobrevivencia era entregarlo en adopción, entre otros métodos dolosos.

Por otra parte, la información recogida señala que los casos de adopciones en proceso de investigación serían más de 20.000. En el mismo sentido, se estima que el valor medio de todos los actos y trámites ilegales para obtener la entrega del niño era de 10.000 dólares aproximadamente. Si bien no se pormenoriza la finalidad o destino del adoptado, se pudiera sospechar que, por las prácticas y formas de las acciones que encadenan el proceso de adopción ilegal, la opción de explotación sería válida. Pues, obtener un niño de forma ilegal con el objetivo de efectuar una adopción, ocasiona una separación de su familia de origen y vulneración sustantiva del desarrollo pleno del niño o niña, lo cual se traduciría en una forma de explotación.

Por lo tanto, sería imperioso abordar y proponer medidas legislativas que inhiban e impidan las prácticas ilegales descritas, puesto que, son hechos claramente violatorios de principios y derechos fundamentales de los niños y niñas y, de cualquier manera, serían crímenes meritorios de penas sustantivas.

2. Legislación Nacional

Nuestra legislación vigente presenta la Ley N° 19.620 para abarcar todas las disposiciones relativas al proceso de adopción de menores. En dicha Ley, se encuentra detallado el procedimiento que persigue lograr una protección integral y una adopción segura para los niños y niñas. Aparte, también tipifica conductas delictivas y sus respectivas sanciones. En este sentido, se resalta que en el artículo N° 41 tiene establecida sanción para la obtención fraudulenta de la entrega de niño o niña, el cual estipula que: “el que, con abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición semejante, obtuviere la entrega de un menor para sí, para un tercero o para sacarlo del país, con fines de adopción, será sancionado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de diez a veinte unidades tributarias mensuales”.

Por otro lado, la Ley 20.507 tipifica los delitos vinculados al tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, además, contempla normas para su prevención y persecución criminal. En esta Ley se insertó en el Código Penal un artículo que sanciona la trata de personas con diferentes objetos, entre ellos destacan la explotación sexual, extracción de órganos, trabajos forzados o servidumbre. Sin embargo, no toma en cuenta sancionar la trata de personas con fines de adopción ilegal. Así, el artículo 411 quáter del Código Penal establece que:

"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.

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".

Aparte, la Ley N° 21.160 incorporó la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra los menores de edad, la cual apunta a que ningún delito de tal dimensión perpetrado contra un niño, niña o adolescente, quede sin sanción penal, independientemente del número de años que hayan transcurrido.

Para terminar, también debe resaltarse que actualmente se encuentra en trámite un Proyecto de Ley que apunta a una Reforma Integral al Sistema de Adopción (Boletín N° 9.119 – 18). Dicho Proyecto vendría a derogar la Ley N° 19.620. Dentro de los cambios referentes a la obtención dolosa en el proceso de la entrega de un niño o niña, se nota un aumento de pena a presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y, por otro lado, tipifica como delito el ofrecimiento del niño o niña en gestación y aumenta la pena cuando se concreta la entrega.

3. Legislación Extranjera

Con la finalidad de encontrar una guía comparativa orientadora, estimamos necesario revisar la legislación de algunos países sobre el delito de trata de personas en el marco de adopción. Para tal efecto, citamos información proveniente de un Informe de Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional[9], donde revisamos los ejemplos de Alemania y Brasil.

a. Alemania

El Código Penal de Alemania define el delito de “trata de niños” y, a su vez, sanciona a quien descuide “gravemente sus deberes de cuidado y educación, deja a su hijo, pupilo o hijo adoptivo menor de 18 años de edad con otro, por un período indefinido, para obtener ganancias materiales o con la intención de enriquecerse a sí mismo o a una tercera persona”. Este delito significaría una pena de prisión hasta 5 años o una multa. Igualmente, contempla la misma pena “a quien facilite la adopción de una persona menor de 18 años, entregando una compensación económica a otro a cambio del consentimiento requerido para la adopción, pena que aumenta si el niño es llevado a Alemania o al extranjero”.

Finalmente, se fijan penas desde 6 meses a 10 años, en caso de que los transgresores de la ley operan en una banda delictiva dedicada a la trata de niños, o persigue lucro. Del mismo

[9] Weidenslaufer, C., Truffello, P, y Loiseau, V. (2020). Delitos de trata y venta de niños en el marco de la adopción. Asesoría Técnica Parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

modo, recibirá igual pena si el hecho pone en peligro el desarrollo físico o mental del niño o niña.

b. Brasil

El caso brasileño es más amplio y directo al momento de sancionar el delito de trata de personas. Así, el Código Penal de Brasil tiene contemplado en su artículo 149-A la sanción para las acciones de "organizar, atraer, reclutar, transportar, transferir, comprar, alojar o acoger a una persona, a través de amenazas graves, violencia, coerción, fraude o abuso, con el propósito de: - extirpar órganos, tejidos o partes del cuerpo; - someterlo a trabajar en condiciones similares a las de un esclavo; - someterlo a cualquier tipo de servidumbre; - adopción ilegal; o - explotación sexual".

Con respecto a las penas, serían prisión de 4 a 8 años y una multa si se comete el delito en territorio nacional, pero dicha pena se agrava en un tercio si la víctima de trata es enviada al extranjero. Al igual que también serían agravante si el delito en cuestión es perpetrado por un funcionario público, o se aprovecha de las relaciones familiares, o se comete contra un niño, adolescente, adulto mayor o una persona en situación de discapacidad.

De igual forma, deja un espacio para atenuar la pena de uno a dos tercios en caso de que no pertenezca a una banda criminal o si es realizado por primera vez.

4. Fundamentos para el cambio propuesto

Con el propósito de fundamentar la adopción ilegal constitutiva de delito de trata, se tiene que la adopción ilegal cumpliría con la definición realizada por el Protocolo de Palermo[10],

el cual precisa tres elementos básicos para que sea determinado, esto es, la captación, el fraude y los fines de explotación.

[10] https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf

Como se advirtió en la sección de “Antecedentes preliminares”, el proceso de adopción ilegal se realizaba captando a mujeres en situación asimétrica entre agresor – víctima o situación de vulnerabilidad, las cuales se les engañaba sobre la situación de sus hijos o se les forzaba a firmar documentos y, finalmente, se separaba el recién nacido de su familia biológica –transgrediendo el principio de subsidiariedad- por lo que puede traducirse en un estado de explotación, debido a que “la capacidad del niño y la necesidad de amar y vincular se utiliza como parte de un proceso ilícito, mediante el cual se hace que el niño se una emocionalmente a extraños en lugar de los padres y familia originales de este. Esto constituiría una explotación profunda del carácter, la vulnerabilidad y las necesidades inherentes de desarrollo de los niños”[11].

De igual manera, el mismo informe destaca que: “la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR, por sus siglas en inglés), citada por De Boer-Buquicchio, afirma que la adopción ilegal puede ser una forma de trata de personas, enfatiza la naturaleza “abierta” de la lista de prácticas de explotación del Protocolo de Palermo y reconoce que pueden identificarse propósitos de explotación nuevos o adicionales en el futuro. La OHCHR considera que, según el “entendimiento jurídico internacional” de la trata, “la gama de prácticas potencialmente explotadoras vinculadas a la trata es muy amplia”. Del mismo modo, UNICEF ha caracterizado la adopción ilícita como una forma de trata, haciendo hincapié en la amplitud de la definición de “explotación””[12] .

Asimismo, un documento del Comité de los Derechos del Niño, de la Organización de las Naciones Unidas[13], le sugiere a nuestro país que nos aseguremos que el derecho penal nacional vigente “contemple plenamente como delito la venta de niños” (párrafo 90, letra a), del respectivo documento), lo cual apunta en el mismo sentido de la modificación propuesta.

[11] De Boer-Buquicchio, Maud (2017). Before the Inter-American Court of Human Rights Expert Opinion, Ramírez Brothers and Family vs. Guatemala. Citado desde Weidenslaufer, C., Truffello, P, y Loiseau, V. (2020). Delitos de trata y venta de niños en el marco de la adopción. Asesoría Técnica Parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

[12] Ídem

[13] Organización de las Naciones Unidas, ONU (2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. Convención sobre los Derechos del Niño.

En consecuencia, el delito de trata de niños o niñas con fines de adopción debe contemplarse en nuestro Código Penal, pues, existe fundamentación jurídica apropiada para efectuar la incorporación mencionada, de tal forma que pueda crearse mayores resguardos legales en esta materia.

Adicionalmente, se pretende incorporar la imprescriptibilidad del delito de trata de personas con fines de adopción ilegal, dado que la mayoría de las personas que sufren por este delito, lamentablemente son revelados cuando se han convertido en adultos, y en esta etapa de la vida es cuando muchos tienen la posibilidad de ejercer acciones penales y, al mismo tiempo, el valor de denunciar la vulneración de sus derechos. Sin embargo, aun cuando denuncien con pruebas y suma evidencia, por el mero tiempo transcurrido, el delito podría encontrarse prescrito y el victimario podría beneficiarse de la extinción de la responsabilidad penal.

Consideramos que el delito de trata de personas con fines de adopción ilegal debe gozar de imprescriptibilidad, puesto que las víctimas se percatan de su situación después de muchos años. Por consiguiente, la denuncia no la realizan por haber abandonado o renunciado a este derecho, sino que, ciertamente, porque logran descubrir que han sido víctima del respectivo delito luego de varios años, y mayoritariamente en edad adulta.

Igualmente, la imprescriptibilidad es una institución de aplicación excepcional en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, a nuestro juicio, el delito de trata de personas con fines de adopción ilegal cumpliría las características para su aplicación, ya que los daños que sufren los niños, niñas y adolescentes pudieran ser psicológicos, físicos e, incluso, ser víctimas de abusos sexuales por parte del adoptante ilegal, lo cual está comprobado que son eventos que marcan toda su existencia.

En el mismo sentido, consideramos que el delito en cuestión también merece la excepción de la imprescriptibilidad, debido a que estamos en presencia de un delito de tal envergadura y extrema gravedad, que debe ser perseguido, investigado y juzgado sin importar el paso del tiempo.

De igual modo, consideramos justo incorporar la imprescriptibilidad porque está en clara sintonía con la esfera de protección a la niñez en materia penal, tal como contribuyó a robustecer en su momento la Ley N° 21.160.

5. Idea Matriz

El presente proyecto de ley tiene como objetivo esencial modificar el Código Penal para tipificar el delito de trata con fines de adopción ilegal. Igualmente, se procura fortalecer las disposiciones legales que contribuyan a prevenir y sancionar el delito mencionado siguiendo legislación internacional ad hoc. De igual forma, se pretende declarar la imprescriptibilidad de este delito, con el propósito de que la posibilidad de acción y responsabilidad penal no caduque por el tiempo transcurrido.

En este sentido, también se busca generar salvaguardas para defender los principios fundamentales de los niños y niñas; preservar su desarrollo pleno; asegurar la pertenencia a la familia biológica; garantizar su derecho de identidad; y, en consecuencia, brindar herramientas jurídicas que los amparen ante su situación particular de vulnerabilidad.

En virtud de los antecedentes presentados, proponemos a ustedes el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo Único.- Introdúzcase las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1) Agréguese en el artículo 94 bis, a continuación de la frase “en relación con la explotación sexual”, la siguiente frase: “y la adopción ilegal;”.

2) Agréguese en el artículo 369 quinquies, a continuación de la frase “en relación con la explotación sexual”, la siguiente frase: “y la adopción ilegal;”.

3) Reemplácese en el inciso primero del artículo 411 quáter del Código Penal, la frase “o extracción de órganos” por la siguiente: “extracción de órganos, o adopción ilegal,”.