

Javier Escobar Veas ↗

El ánimo de lucro en el delito de tráfico de migrantes: análisis crítico de la legislación europea*

*The Profit Motive in the Crime of Migrant Smuggling:
Critical Analysis of European Legislation*

*O lucro do crime de contrabando de migrantes:
análise crítica da legislação europeia*

Resumen: *El presente artículo analiza críticamente la legislación europea sobre tráfico de migrantes. Según la tesis del autor, el legislador europeo, así como la mayoría de los países miembros de la Unión Europea, han confundido este específico delito, regulado a nivel internacional por la Convención de Palermo, con la figura de facilitación de la inmigración irregular. Esta indebida superposición entre los diversos tipos penales genera múltiples y complejos problemas. En la primera parte del artículo se analizan los requisitos del delito de tráfico de migrantes en el derecho internacional, con particular referencia al ánimo de lucro. En la segunda parte se evidencian las razones por las cuales no es posible concebir este tipo penal como equivalente funcional del delito de favorecimiento de la inmigración irregular. Como conclusión, el artículo propone la adopción de un modelo que distinga claramente los elementos constitutivos de las dos figuras delictivas y sus respectivos campos de aplicación.*

Palabras clave: *tráfico de migrantes, facilitación de la inmigración irregular, Convención de Palermo.*

↗ Doctorando en Derecho, Università Luigi Bocconi, Milán. Profesor de Derecho Penal, Universidad Mayor, Chile.

✉ javier.escobar@mail.udp.cl

* El presente trabajo es una traducción ligeramente modificada del artículo: *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: Analisi critica della legislazione europea*, publicado en la *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, año 2018, (1), 111-120.

La Revista de la Facultad de Derecho cuenta con la autorización para su publicación.

Abstract: *The present paper critically analyzes the European legislation on smuggling of migrants. According to the author's opinion, the communitarian legislator and the majority of the European countries have confused this specific crime, regulated by international law in Palermo Convention, with the felony of facilitating of illegal immigration. This undue overlap between different types of crime generates multiple and complex problems. In first place, the article studies the requirements of smuggling of migrants in international law. In second place, it examines the reasons why is not possible to conceive this crime and the felony of facilitating of illegal immigration as functional equivalents. Finally, the paper proposes to distinguish clearly the elements of both crimes and their respective application ambits.*

Keywords: *Smuggling of Migrants, Facilitating of Irregular Immigration, Palermo Convention.*

Resumo: *Este artigo analisa criticamente a legislação europeia sobre o tráfico de migrantes. De acordo com a tese do autor, o legislador europeu, assim como a maioria dos países membros da União Europeia, eles confundiram este crime específico, regulada internacionalmente pela Convenção de Palermo, com a figura de auxílio à imigração ilegal. Essa superposição indevida entre os vários tipos criminosos gera problemas múltiplos e complexos. A primeira parte do artigo analisa as exigências do crime de tráfico de migrantes no direito internacional, com particular referência ao lucro. Na segunda parte, as razões por que não é possível conceber este tipo criminal como um equivalente funcional do crime de favorecer a imigração irregular são mostradas. Em conclusão, o artigo propõe a adoção de um modelo que distinga claramente os elementos constituintes das duas figuras criminais e seus respectivos campos de aplicação.*

Palavras-chave: *tráfico de migrantes, facilitação da imigração irregular, Convenção de Palermo.*

Introducción

En los últimos años la comunidad internacional ha sido testigo de un incremento sin precedentes de los fenómenos de la inmigración irregular y del tráfico de migrantes (Attard, 2016, 220). De acuerdo con los datos de EUROPOL, el año 2015 aproximadamente un millón de migrantes ingresaron de manera irregular a Europa. De ellos, más del 90% utilizó algún sistema de facilitación de la inmigración irregular (EUROPOL, 2016, 5). Por su parte, según las estadísticas de UNODC, el año 2016 al menos dos millones y medio de personas fueron objeto de tráfico de migrantes a nivel mundial (UNODC, 2018, 5).

El tráfico de migrantes, considerando su relación con la criminalidad organizada (EUROPOL, 2016, 2-7)(UNODC, 2010)(Hartati, 2013, 22-23), ha representado una permanente preocupación para la comunidad internacional, la cual, consciente de la gravedad del fenómeno delictivo, a inicios del decenio pasado lo reguló expresamente en el segundo de los tres protocolos de la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Criminalidad Organizada Transnacional (en adelante, Convención de Palermo).

Tanto la Convención de Palermo como sus respectivos protocolos, en vigor desde el año 2004, imponen diversas obligaciones a los Estados. En el caso del Protocolo para combatir el tráfico de migrantes, la obligación más importante es aquella contenida en su artículo 6, consistente en incorporar el específico delito de tráfico de migrantes conforme a las disposiciones y reglas allí contenidas (Hartati, 2013, 28-29).

No obstante, el proceso de criminalización no tuvo el mismo desarrollo ni resultado en los diversos ordenamientos jurídicos. Así, mientras en Sudamérica los Estados introdujeron el delito de tráfico de migrantes en términos casi idénticos a aquellos utilizados en el Protocolo de la Convención de Palermo (por ejemplo, Uruguay, Colombia, Chile, Argentina y Perú), el legislador europeo optó por introducir un delito de “favorecimiento de la inmigración irregular”, figura diversa del tráfico de migrantes.

Según mi opinión, el legislador europeo, así como la mayoría de los países miembros de la Unión Europea, han confundido el específico delito de tráfico de migrantes con el ilícito de favorecimiento de la inmigración irregular, lo cual genera múltiples y complejos problemas. Esta situación de confusión se debe, principalmente, a que el ánimo de lucro no ha sido establecido como elemento del tipo, sino que como mera circunstancia agravante de responsabilidad.

El favorecimiento de la inmigración irregular es un delito criminológicamente distinto del tráfico de migrantes, no siendo siquiera posible considerarlos como equivalentes funcionales. Esta superposición entre ambas figuras permite afirmar que actualmente la legislación europea no contempla en realidad un delito autónomo de tráfico de migrantes.

El objetivo del presente artículo es analizar críticamente la legislación europea sobre tráfico de migrantes. En la primera parte, se analizarán los requisitos del delito de tráfico de migrantes conforme al derecho internacional, con especial referencia al ánimo de lucro. En la segunda parte, se expondrá el desarrollo de la legislación europea sobre la materia, y se desarrollarán los problemas generados por el actual estado de la misma. Finalmente, el artículo propone la adopción de un modelo que distinga claramente entre el delito de tráfico de migrantes y el de favorecimiento de la inmigración irregular.

El delito de tráfico de migrantes en el Protocolo de la Convención de Palermo

El delito de tráfico de migrantes constituye, sin duda alguna, uno de los crímenes más graves a nivel internacional. Sin embargo, ¿qué entendemos por “tráfico de migrantes”?

El artículo 3 del Protocolo define el tráfico de migrantes en los siguientes términos: “el procurar el ingreso 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 material”.

De la definición contenida en el artículo 3 emergen los tres elementos esenciales del delito de tráfico de migrantes (UNODC, 2010, 4) (Hartati, 2013, 30):

1. “Procurar el ingreso ilegal de una persona”: Sobre este primer requisito, parte de la doctrina ha destacado que el comportamiento sancionado no está construido como una forma de complicidad en la conducta del migrante (“procurar el ingreso”), a diferencia de lo que sucede a propósito del delito de favorecimiento de la inmigración irregular, establecido en la Directiva europea 2002/90, la cual utiliza una fórmula marcadamente auxiliar: “ayudar a una persona (...) a entrar o a transitar en el territorio de un Estado” (Spena, 2016, 37).
2. “En un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente”.
3. “Con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”: Como tercer elemento, la definición del artículo 3 del Protocolo exige que el autor del delito haya realizado la conducta a fin de obtener un beneficio de orden material. Lo anterior significa que el delito de tráfico de migrantes se configurará solamente si el autor ha obrado con ánimo de lucro (UNODC, 2017, 8)(Mayordomo, 2011, 328-329)(Aljehani, 2015, 126).

De acuerdo a las notas interpretativas de la Convención de Palermo, la incorporación de este requisito tuvo como objetivo el no sancionar la conducta de familiares, organizaciones no gubernamentales, grupos religiosos u otras personas que, por razones no lucrativas, ayudasen al migrante a entrar al Estado de destinación (UNODC, 2013, 7)(Gallagher, 2001, 996).

El fundamento de esta limitación puede explicarse de la siguiente manera: cuando los migrantes no cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragar los costos de una migración regular, se colocan en una situación de riesgo, al menos desde dos perspectivas. Primero, la vulnerabilidad económica del migrante aumenta exponencialmente, desde el momento en que deben pagar grandes sumas de dinero o incluso hipotecar sus bienes (Obokata, 2005, 400). En segundo lugar, esta misma vulnerabilidad genera el peligro de que el migrante, con la finalidad de mejorar sus condiciones

económicas, considere la explotación de su propia persona como la única alternativa disponible, entrando de esta forma en el mercado de trata de personas. El traficante de migrantes se aprovecha de esta situación de vulnerabilidad y ve al migrante como una fuente de riqueza (Spena, 2016, 37).

El disvalor de la conducta del traficante, por tanto, no se agota en la violación de la normativa nacional sobre control de los flujos migratorios (Spena, 2016, 37), sino que se funda, principalmente, en la explotación del migrante y en el aprovechamiento de su vulnerabilidad (Antonopoulos y Winterdyk, 2006, 456).

Las anteriores consideraciones son suficientes para distinguir los delitos de tráfico de migrantes y de favorecimiento de la inmigración irregular, ésta es, la hipótesis en que terceras personas, animadas por razones no lucrativas, ayudan al migrante a entrar al país extranjero (Daunis, 2010, 6). El fenómeno de la migración irregular (y su favorecimiento) comprende un espectro más amplio que el de tráfico de migrantes: no todas las personas en situación de migración irregular serán, al mismo tiempo, objeto de tráfico de migrantes (Blouin, 2017, 218).

Por consiguiente, la figura de favorecimiento de la inmigración irregular, presente en los ordenamientos jurídicos europeos (por ejemplo, artículo 12 inciso primero del *Testo unico sull'immigrazione* italiano, o artículo 318 bis del Código Penal español) es un delito distinto del tráfico de migrantes, no siendo posible considerarlos como equivalentes funcionales. Es más, el favorecimiento de la inmigración irregular no posee regulación a nivel internacional, en sentido estricto, sino que es una creación de matriz europea, en particular de la Directiva 2002/90.

Bien jurídico protegido

Habiendo ya analizado los elementos constitutivos del delito de tráfico de migrantes, conforme al derecho internacional, es menester dilucidar cuál es el bien jurídico protegido por este específico delito.

Al respecto, es posible distinguir tres tesis:

1. Según una primera postura, el bien jurídico protegido por el delito en estudio sería la política migratoria del Estado. En otras palabras, el bien jurídico tutelado coincidiría con el interés estatal sobre el control y la ordenada gestión de los flujos migratorios, a fin de regular el ingreso de los extranjeros en el propio territorio (Daunis, 2010, 16) (Martínez, 2008, 8) (García, 2005, 849-850) (Pelissero, 2013, 171 y ss.)
2. Una segunda postula, en cambio, que el bien jurídico protegido serían los derechos (libertad, seguridad, patrimonio, etc.) de los migrantes objetos del tráfico. Los migrantes serían considerados, desde esta perspectiva, un grupo particularmente vulnerable.
3. Finalmente, una tercera tesis sostiene que la figura en estudio tendría una naturaleza pluriofensiva. El bien jurídico protegido por el delito de tráfico de migrantes sería tanto la política migratoria del Estado como los derechos de los migrantes (Mayordomo, 2011, 329) (Laurenzo, 2003, 74)

¿Cuál de estas tres tesis debe ser considerada como correcta? Teniendo en cuenta la regulación del delito de tráfico de migrantes en el derecho internacional, descrita en el apartado precedente, estimo que la tercera. Considerando la naturaleza transnacional del delito en estudio (Mayordomo, 2011, 328 y ss.), no sería posible descartar como bien jurídico protegido la política migratoria del Estado. Sin embargo, si se considera el fundamento del delito en estudio, en particular su especial elemento subjetivo (ánimo de lucro), tampoco es posible descartar como interés legal tutelado los derechos del migrante. Según mi opinión, el tráfico de migrantes, además de ser un delito de daño en contra de la facultad estatal para controlar y ordenar la gestión de los flujos migratorios, configura un delito de peligro abstracto, destinado a proteger los derechos de los migrantes: su integridad física y patrimonio (Mayordomo, 2011, 329). Tal peligro surge, entre otros, de la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentra el migrante, de las condiciones en que comúnmente se llega a cabo el transporte y en su explotación patrimonial (el traficante ve al migrante como una fuente de riqueza). El tráfico de migrantes constituye, entonces, una figura pluriofensiva. Tal conclusión es además coherente con el artículo 2 del Protocolo de la Convención de Palermo, con-

forme al cual la finalidad del mismo es “prevenir y combatir el tráfico de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados parte, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objetos de tráfico clandestino”.

Observaciones críticas sobre el actual estado de la legislación de la Unión Europea y de algunos Estados miembros

En los últimos veinte años la disciplina europea en materia de inmigración, particularmente aquella relativa a la represión de la inmigración irregular, ha sido continuamente modificada. Los países europeos, principalmente aquellos que se han transformado desde países de emigración a países de inmigración, han reformado sus sistemas de delitos migratorios previendo nuevos tipos penales y aumentando las sanciones ya establecidas.

En el presente apartado se describirá brevemente la evolución de la legislación europea sobre el delito de tráfico de migrantes, y se señalarán los principales problemas generados por la actual normativa. Según mi opinión, el proceso legislativo europeo ha conducido a una desnaturalización del delito de tráfico de migrantes. En efecto, el actual estado de la legislación europea ha confundido y sobrepuesto este específico delito con la figura de favorecimiento de la inmigración irregular, alejándose así del modelo delineado a nivel internacional por la Convención de Palermo y su segundo Protocolo.

La normativa europea sobre tráfico de migrantes

En un primer momento, la legislación europea adoptó un modelo similar a aquel contenido en el Protocolo de la Convención de Palermo, En efecto, el artículo 27 inciso primero del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (en adelante, Convenio de Schengen) introdujo una obligación, para los Estados miembros, de incorporar en sus respectivos ordenamientos jurídicos el delito de tráfico de migrantes (Krieg, 2009, 788), señalando: “Las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros”. De esta forma, el Convenio de Schengen describía el delito de tráfico de migrantes previendo los mismos tres elementos requeridos

por el artículo 3 del Protocolo de la Convención de Palermo: a. Procurar el ingreso ilegal; b. En un Estado del cual el migrante no es ciudadano; y c. Ánimo de lucro.

Sin embargo, el legislador europeo prontamente se alejó del modelo descrito. Así, mientras los países no europeos, luego de la ratificación del Protocolo de la Convención de Palermo, comenzaron a introducir en sus respectivos sistemas jurídicos el delito de tráfico de migrantes conforme a las disposiciones del Protocolo (por ejemplo, Uruguay⁽¹⁾, Colombia⁽²⁾, Chile⁽³⁾, Argentina⁽⁴⁾ y Perú⁽⁵⁾), es decir, como delito autónomo distinto a otros ilícitos de auxilio a la inmigración irregular, el Consejo de la Unión Europea promulgó la Directiva 2002/90 y la Decisión Marco 2002/946, las cuales crearon el delito de favorecimiento de la inmigración irregular, y establecieron la obligación para los Estados miembros de introducir este específico tipo penal en los ordenamientos jurídicos internos.

Esta nueva figura penal de favorecimiento de la inmigración irregular no prevé como elemento típico de la figura base el ánimo de lucro. En efecto, el artículo 1, párrafo 1, letra a) de la Directiva dispone que los Estados miembros deberán adoptar sanciones adecuadas en contra de cualquier persona que “intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjero”. El ánimo de lucro, en el modelo establecido por los instrumentos europeos ya citados, aparece solamente como un elemento de la figura agravada de favorecimiento de la inmigración irregular, descrita en el artículo 1, número 3 de la Decisión Marco 2002/946, norma que dispone:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones definidas en la letra a) del apartado 1 del artículo 1 y, en la medida correspondiente, en la letra a) del artículo 2 de la Directiva 2002/90/CE que hayan sido cometidas con ánimo de lucro, sean punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, cuando hayan sido cometidas en alguna de las circunstancias siguientes:

— infracción cometida como parte de las actividades de una organización delictiva con arreglo a la definición de la Acción común 98/733/JAI,

— infracción cometida poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción.

Como se puede apreciar, el tipo penal agravado exige que el agente haya obrado con ánimo de lucro y, además de ello, que el delito se haya cometido como parte de las actividades de una organización criminal o que se haya puesto en peligro la vida de las personas objeto de su infracción.

El legislador europeo, consciente de los problemas prácticos que la ausencia del ánimo de lucro como elemento típico de la figura base podría generar, estableció, en el artículo 1, número 2 de la Directiva 2002/90, una causal de exclusión de la responsabilidad penal por razones humanitarias (Muñoz, 2016, 5). En particular, tal norma señala que “los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”. Se debe destacar, no obstante, que la previsión de esta causal de exclusión de la responsabilidad no constituye una obligación para los países europeos, sino que una mera facultad. De hecho, aproximadamente sólo un cuarto de los Estados miembros de la Unión Europea ha incorporado esta causal en sus respectivos ordenamientos jurídicos (Allsopp, 2016, 48).

La solución adoptada por el legislador europeo, en mi opinión, no resuelve adecuadamente el problema. La formulación del artículo 1, número 2 de la Directiva es del todo inadecuada, provocando que el campo de aplicación de la causal de exclusión de responsabilidad sea problemático: primero, falta una definición normativa de “ayuda humanitaria” (Allsopp y Manieri, 2016, 84), pero además, tal concepto se confunde con aquellos propios del derecho internacional humanitario, los cuales se caracterizan por ser de alcance restringido⁽⁶⁾.

Es posible sostener, por tanto, que a este respecto el modelo europeo, construido por la Directiva 2002/90 y la Decisión Marco 2002/946, difiere de aquel diseñado por el Protocolo de la Convención de Palermo en dos aspectos esenciales: 1. El rol que se le asigna al ánimo de lucro (elemento constitutivo de la figura base, en la Convención de Palermo, o elemento de la figura agravada, en el sistema europeo); y 2) La previsión, por parte de la normativa europea, de una eximente de responsabilidad penal para aquellos cuyo objetivo sea prestar ayuda humanitaria.

Sin embargo, el proceso legislativo europeo no terminó aquí. En efecto, cuando los distintos países miembros de la Unión Europea implementaron en sus respectivos sistemas jurídicos la Directiva y la Decisión Marco, varios de ellos modificaron un aspecto de la regulación europea: el ánimo de lucro no fue previsto como elemento típico de una figura agravada autónoma, sino que como una mera circunstancia agravante de responsabilidad penal.

Por ejemplo, el artículo 318 bis, número 1, inciso tercero del Código Penal español dispone que, si el hecho es cometido con ánimo de lucro, la pena se aplicará en su mitad superior. En el caso italiano, el artículo 12, párrafo 3 ter, letra b) del *Testo unico sull'immigrazione* señala que la pena privativa de libertad será aumentada de un tercio a la mitad si los hechos a que se refieren los párrafos 1 y 3 son cometidos con ánimo de lucro. En el caso de Reino Unido⁽⁷⁾ y Francia⁽⁸⁾, el ánimo de lucro tampoco fue previsto como elemento típico de la figura base de favorecimiento de la inmigración irregular.

La legislación de Bélgica representa, sobre este punto, indudablemente una excepción⁽⁹⁾, pues ha incorporado dos tipos penales distintos: uno siguiendo el modelo del Protocolo de la Convención de Palermo y otro conforme al diseño de la Directiva europea 2002/90 y de la Decisión Marco 2002/946. En efecto, mientras el artículo 77 de la ley sobre extranjeros⁽¹⁰⁾ describe el delito de favorecimiento de la inmigración irregular conforme a los elementos descritos en el artículo 1 de la Directiva europea, el artículo 77 bis del mismo cuerpo legal⁽¹¹⁾ establece la figura de tráfico de migrantes, según el modelo descrito en el Protocolo de la Convención de Palermo.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, es posible concluir que la legislación de la Unión Europea, y de la mayoría de sus Estados miembros, no prevé actualmente un delito autónomo de tráfico de migrantes, de conformidad con la regulación del derecho internacional. Los diversos tipos penales de favorecimiento de la inmigración irregular no contemplan el ánimo de lucro como requisito de la figura base, sino que como mera circunstancia agravante de la responsabilidad penal.

Principales cuestiones problemáticas generadas por el actual estado de la legislación europea

La calificación del ánimo de lucro como mera circunstancia agravante de responsabilidad penal, y no como un elemento integrante de un tipo penal autónomo, ha generado las siguientes cuestiones problemáticas.

1. El primer problema está representado por el hecho de que la función comunicativa y estigmatizante que la comunidad internacional asigna a la figura delictiva del tráfico de migrantes se confunde y, finalmente, se dispersa, toda vez que no se logra identificar adecuadamente su contenido. En efecto, si se analizan las normas que contemplan el delito de favorecimiento de la inmigración irregular en los diversos países europeos, no es posible identificar en ellas el disvalor del delito de tráfico de migrantes, al cual se hizo referencia en las páginas precedentes. Resulta evidente, por tanto, que las figuras de favorecimiento de la inmigración irregular están destinadas a proteger primariamente otros intereses.

El modelo adoptado por el legislador europeo, como se ha visto, concibe el delito de tráfico de migrantes, conforme al diseño de la Convención de Palermo, no como un ilícito específico y autónomo, sino que como una hipótesis agravada del delito menos grave de favorecimiento de la inmigración irregular. De este modo, los casos de tráfico de migrantes pierden gran parte del contenido de disvalor que le es propio, y son tratados como si fuesen situaciones comunes, una regulación del todo inadecuada para enfrentar el fenómeno criminológico que la comunidad internacional pretendía combatir.

Bajo esta perspectiva, el delito de favorecimiento de la inmigración irregular aparece como excesivamente amplia, toda vez que puede comprender y sancionar conductas extremadamente diversas: desde la madre que ayuda a su hijo a ingresar irregularmente en el país porque no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar un viaje regular, al bien intencionado que auxilia a un extranjero para tutelar o mejorar sus condiciones de vida, hasta el traficante de migrantes internacional sin escrúpulos que amontona migrantes en un barco en el Mediterráneo y los abandona a su suerte (Martínez, 2008, 15). Todos estos casos son reconducidos al mismo tipo penal: favorecimiento de la inmigración irregular.

La asimilación indiscriminada de situaciones así heterogéneas se presenta todavía más problemática si se considera que países como Italia incluso han previsto reglas penitenciarias de carácter especial para aquellos condenados por el delito de favorecimiento de la inmigración irregular, mas sin efectuar distinción alguna. En efecto, el artículo 4 bis de la ley sobre el sistema penitenciario italiano dispone que la concesión de algunos beneficios a personas condenadas por tal delito estará subordinada a una colaboración efectiva con la justicia, según lo dispuesto en el artículo 58 ter del mismo cuerpo legal.

2. Un segundo problema dice relación con las consecuencias que la configuración del ánimo de lucro como mera circunstancia agravante de responsabilidad penal, en lugar de elemento constitutivo de un tipo penal autónomo, provoca en materia de concurso de personas. Desde el momento en que el ánimo de lucro atiende a los motivos para delinquir, será considerado como una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal de carácter subjetivo, la cual, por lo tanto, sólo podrá ser considerada respecto a aquellas personas en las cuales efectivamente concurre, no siendo posible comunicarla a los demás participantes⁽¹²⁾.

3. La previsión del ánimo de lucro como circunstancia agravante es además cuestionable si se considera los efectos que ello ocasiona en materia de compensación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal heterogéneas, es decir, cuando concurren tanto circunstancias agravantes como atenuantes (artículo 69 Código Penal italiano, artículo 66, inciso séptimo Código Penal español, entre otros). En tal hipótesis, el agravamiento de pena que la norma prevé para el caso en que el delito de favorecimiento de la inmigración irregular se haya cometido con ánimo de lucro podría ser compensado por la presencia de una circunstancia atenuante, con la consecuencia de que el disvalor global de la conducta no encontraría un adecuado reconocimiento ni siquiera en el *quantum* de la pena aplicada en concreto.

Hacia un modelo diferenciado entre tráfico de migrantes y favorecimiento de la inmigración irregular

Según mi opinión, los problemas descritos en el acápite precedente justifican la necesidad de modificar el modelo europeo, diseñado por la Directiva 2002/90 y la Decisión Marco 2002/946. La solución que acá se propone, para efectos de superar el actual estado de la legislación europea, es la de construir un modelo diferenciado entre los delitos de tráfico de migrantes y de favorecimiento de la inmigración irregular, el cual distinga claramente los campos de aplicación de cada uno y gradúe adecuadamente la respuesta punitiva en una escala ascendente, siguiendo el ejemplo del legislador belga.

En un primer nivel debiese estar el delito de “favorecimiento de la inmigración irregular”, ilícito cuyo bien jurídico protegido sería solamente el interés del Estado en controlar los flujos migratorios. En consideración a este fundamento material, el ánimo de lucro no debería formar parte del tipo penal.

En cuanto concierne a la entidad de la sanción, el legislador debiese prever una pena poco elevada, y de todas maneras inferior a aquella prevista para otros ilícitos en materia de migración irregular. Así lo ha hecho, por ejemplo, el legislador español, quien ha establecido, para la hipótesis básica de favorecimiento de la inmigración irregular, una pena de reclusión hasta un año o una multa.

Sería además oportuno introducir una cláusula de exclusión de la responsabilidad penal para aquellos casos en que entre el autor del delito y el migrante exista una relación familiar, similar a aquella establecida, por ejemplo, en los artículos 307 y 384 del Código Penal italiano.

Respecto a la causal de exclusión de la responsabilidad por razones humanitarias, se debiese revisar la formulación de la Directiva 2002/90. En efecto, como se indicó en las páginas precedentes, la expresión “ayuda humanitaria” no cuenta con una definición en los instrumentos europeos, y puede confundirse con aquellas expresiones propias del derecho internacional humanitario. Una posible solución sería redactar esta causal de exclusión en términos de un estado de necesidad amplio (por ejemplo, podría eliminarse la exigencia de que no exista otra forma practicable para salvar el bien jurídico amenazado). Ello brindaría mayor claridad al campo aplicativo de la norma, pues se haría uso de categorías e instituciones ya vigentes en derecho penal.

Ahora, en un segundo nivel de gravedad, como figura autónoma y diversa del favorecimiento de la inmigración irregular, debiese ser colocado el delito de tráfico de migrantes, conforme al modelo previsto por el Protocolo de la Convención de Palermo. En este caso, el bien jurídico protegido no es solamente el interés estatal en controlar los flujos migratorios, sino que también los derechos de los migrantes objetos del tráfico, cuya particular posición de vulnerabilidad es objeto de explotación económica por parte del traficante. Por consiguiente, el ánimo de lucro juega un rol central en el diseño del tipo penal, debiendo ser un elemento integrante del mismo.

En relación a la entidad de la sanción, el legislador debiese, en este caso, establecer una pena adecuada al disvalor del hecho, y sin duda alguna superior a aquella reservada para la hipótesis de favorecimiento de la inmigración irregular.

Referencias

- Aljehani, A. (2015). The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol. *Journal of Criminal Law*, 79(2), 122-137.
- Allsopp, J. (2016). The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the impact on the whole community. En S. Carrera, E. Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings*. Policy Dilemmas in the EU (pp. 47-56). Bruselas: Centre for European Policy Studies.
- Allsopp, J. y Manieri, M. G. (2016). The EU Anti-smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants. En S. Carrera, E. Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU* (pp. 81-91). Bruselas: Centre for European Policy Studies.
- Antonopoulos, G. y Winterdyk, J. (2006). The Smuggling of Migrants in Greece: An Examination of its Social Organization. *European Journal of Criminology*, 3(4), 439-461.
- Attard, F. (2016). Is the Smuggling Protocol a Viable Solution to the Contemporary Problem of Human Smuggling on the High Seas? *Journal of Maritime Law & Commerce*, 47(2), 219-248.
- Blouin, C. (2017). La normativa peruana en materia de tráfico de migrantes a la luz del Derecho Internacional: ¿Hacia una protección de los derechos de las personas migrantes? *Revista Espiga*, 16(34), 215-230.
- Daunis, A. (2010). Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas. Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 1-44.
- EUROPOL (2016). Migrant Smuggling in the EU.

- Gallagher, A. (2001). Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis. *Human Rights Quarterly*, 23(4), 975-1004.
- García, B. (2005). La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 58(3), 837-886.
- Hartati, A. (2013). Criminalization of the Smuggling of Migrants in Accordance with the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air. *Indonesian Journal of International Law*, 11(1), 19-48.
- Krieg, S. (2009). Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights. *European Law Journal*, 15(6), 775-790.
- Laurenzo, P. (2003). La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), 63-93.
- Martínez, M. (2008). ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (10), 1-20.
- Mayordomo, V. (2011). Nueva Regulación de la Trata, el Tráfico Ilegal y la Inmigración Clandestina de Personas. *Estudios Penales y Criminológicos*, (31), 325-390.
- Muñoz, J. (2016). La ayuda humanitaria: ¿Una excusa absolutoria o una causa de justificación? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18), 1-27.
- Obokata, T. (2005). Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law. *International Journal of Refugee Law*, 17(2), 394-415.

Pelissero, M. (2013). Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. En E. Rosi, F. Rocchi, *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare* (pp. 169-184). Nápoles: Jovene editore.

Spena, A. (2016). Human smuggling and irregular immigration in the EU: from complicity to exploitation? En S. Carrera, E. *Guild, Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU* (pp. 33-40). Bruselas: Centre for European Policy Studies.

UNODC (2010). *Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*.

UNODC (2013). *Corruption and the Smuggling of Migrants*.

UNODC (2017). *The Concept of "Financial or Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol*.

UNODC (2018). *Global Study on Smuggling of Migrants*.

Normas

Convención de las Naciones Unidas en contra de la Criminalidad Organizada Transnacional y sus Protocolos. Acordada en diciembre de 2000.

Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. Acordado en junio de 1990.

Consejo de la Unión Europea. Directiva 2002/90, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 28 noviembre de 2002.

Consejo de la Unión Europea. Decisión Marco 2002/946, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 28 noviembre de 2002.

Argentina. Ley N° 25.871, Ley de Migraciones. Boletín Oficial, 20 enero de 2004.

Bélgica. Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers Moniteur Belge, 15 diciembre de 1980.

Chile. Código Penal. Diario Oficial, 12 noviembre de 1874.

Colombia. Ley N° 599 de 2000, Código Penal. Diario Oficial, 24 julio de 2000.

España. Ley Orgánica 10/1995, Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 23 noviembre de 1995.

Francia. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Journal officiel de la République française, 25 noviembre de 2004.

Italia. Decreto legislativo N° 286, Testo unico sull'immigrazione. Gazzetta Ufficiale, 25 julio de 1998.

Italia. Ley N° 354, Ordinamento penitenziario. Gazzetta Ufficiale, 26 julio de 1975.

Perú. Decreto Legislativo N° 635, Código Penal. Diario Oficial, 08 abril de 1991.

Uruguay. Ley N° 18.250, Migración. Diario Oficial, 17 enero de 2008.

Notas

¹ Artículo 77 Ley N° 18.250: "Tráfico de personas. Quien promoviere, gestionare o facilitare de manera ilegal el ingreso o egreso de personas al territorio nacional por los límites fronterizos de la República, con la finalidad de obtener un provecho para sí o para un tercero, será castigado con una pena de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría. Con la misma pena será castigada toda persona que en las mismas condiciones favoreciera la perma-

nencia irregular de migrantes dentro del territorio uruguayo”.

² Artículo 188 Código Penal: “Del tráfico de migrantes. El que promueva, induzca, constraña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí u otra persona, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y una multa de cincuenta (50) a (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia condenatoria”.

³ Artículo 411 bis Código Penal: “Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio 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”.

⁴ Artículo 116 Ley N° 25.871: “Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina. Se entenderá por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio”.

⁵ Artículo 303-A Código Penal: “El que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”.

⁶ Sobre el concepto de “razones humanitarias” en el derecho internacional, véase Federici, R. (2010). *Guerra o diritto?: il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici* (2°). Nápoles: Editoriale Scientifica.

⁷ Artículo 25 *Immigration Act 1971*: “25 *Assisting unlawful immigration to member State.*

(1) A person commits an offence if he:

(a) does an act which facilitates the commission of a breach of immigration law by an individual who is not a citizen of the European Union,

(b) knows or has reasonable cause for believing that the act facilitates the commission of a breach of immigration law by the individual, and

(c) knows or has reasonable cause for believing that the individual is not a citizen of the European Union”.

⁸ Artículo 622-1 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*: “*Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros”.*

⁹ Para un análisis general del fenómeno de tráfico de migrantes en Bélgica, ver Kaizen, J. y Nonneman, W. (2007). *Irregular Migration in Belgium and Organized Crime: An Overview. International Migration*, 45 (2), 121-146.

¹⁰ Artículo 77: “*Quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique ou à transiter par le territoire d'un tel Etat, en violation de la législation de cet Etat, soit dans les faits qui ont préparé l'entrée, le transit ou le séjour, ou qui les ont facilités, soit dans les faits qui les ont consommés, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de mille sept cents euros à six mille euros ou d'une de ces peines seulement.*

L'alinéa 1er ne s'applique pas si l'aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires”.

¹¹ Artículo 77 bis: “*Constitue l’infraction de trafic des êtres humains, le fait de contribuer, de quelque manière que ce soit, soit directement, soit par un intermédiaire, à permettre l’entrée, le transit ou le séjour d’une personne non ressortissante d’un Etat membre de l’Union européenne sur ou par le territoire d’un tel Etat ou d’un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique, en violation de la législation de cet Etat, en vue d’obtenir, directement ou indirectement, un avantage patrimonial*”.

¹² Tal tratamiento penológico se encuentra consagrado en el artículo 118 del Código Penal italiano, artículo 65 del Código Penal español, artículo 64 del Código Penal chileno, artículo 52 del Código Penal uruguayo, entre otros.