



# Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Distr. general  
25 de julio de 2023  
Español  
Original: inglés

## Grupo de Trabajo sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes

Viena, 5 y 6 de octubre de 2023

Tema 2 del programa provisional\*

**Determinación de a quién imputar el delito  
de tráfico de migrantes: quién es y quién no es  
traficante de migrantes**

## Determinación de a quién imputar el delito de tráfico de migrantes: quién es y quién no es traficante de migrantes

Documento de antecedentes preparado por la Secretaría

### I. Introducción

1. El presente documento de antecedentes fue redactado por la Secretaría para facilitar los debates del Grupo de Trabajo sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes durante su décima reunión. En el documento se examinan diversas cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee abordar en sus deliberaciones. Además, se presenta información de antecedentes y se formulan propuestas prácticas acerca de medidas que contribuirían a determinar a quién imputar el delito de tráfico ilícito de migrantes con arreglo a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que la complementa. Haciendo referencia a las mejores prácticas seguidas en varias sentencias judiciales recientes y a la práctica vigente, se analizan las lagunas y los aspectos poco definidos de los enfoques que se aplican en la actualidad para imputar ese delito y se incita a reflexionar sobre la manera de imputarlo con mayor eficacia.

### II. Temas de debate

2. Al prepararse para las deliberaciones del Grupo de Trabajo, las delegaciones tal vez deseen reflexionar sobre las respuestas de sus Estados a las siguientes preguntas:

a) ¿Qué se sabe sobre cómo se organizan los traficantes de migrantes y sobre los tipos de servicios que prestan?

\* [CTOC/COP/WG.7/2023/1](#).



- b) ¿Quiénes intervienen en el tráfico ilícito de migrantes y cuáles son sus funciones?
- c) ¿Se tiene en cuenta en la práctica si una acusación es proporcionada con respecto a la función desempeñada por una persona en el proceso del tráfico ilícito de migrantes?
- d) ¿Qué actos implicados en la comisión del delito de tráfico ilícito de migrantes (el elemento del *actus reus*) están tipificados como delito en el derecho interno y cómo afecta eso a quién es acusado de tráfico ilícito de migrantes?
- e) ¿Cómo se refleja en el derecho interno y se interpreta en la práctica la intención dolosa (el elemento de la *mens rea*) en el delito de tráfico ilícito de migrantes?
- i) ¿Se considera en el derecho interno y en las políticas nacionales que el único fin del delito de tráfico ilícito de migrantes es infringir las normas del Estado en materia de entrada e inmigración, o es también un elemento necesario del delito el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material (conforme a lo dispuesto en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes)?
- ii) ¿Cómo afectan uno y otro enfoque a quién es acusado de tráfico ilícito de migrantes?
- f) ¿Se entienden en la práctica las disposiciones jurídicas en materia de tráfico ilícito de migrantes más como un instrumento de la justicia penal o como un instrumento con el que gestionar la migración? ¿Qué efectos tiene eso en lo que respecta al enfoque que se aplica para formular la acusación contra los presuntos autores con arreglo a las disposiciones en materia de tráfico ilícito de migrantes?
- g) ¿Qué implicaría la aplicación de un enfoque más detallado y matizado para imputar a alguien el delito de tráfico ilícito de migrantes?
- h) ¿Cómo puede imputarse un delito en el contexto del tráfico ilícito de migrantes de modo que la atención se centre en desarticular los grupos delictivos organizados mediante investigaciones y persecuciones penales en lugar de en capturar a agentes de menor importancia? ¿Por qué es relevante esto?
- i) ¿En qué medida influyen en la práctica las consideraciones relativas al derecho internacional de los derechos humanos en la decisión de imputar a alguien un delito con arreglo a las disposiciones sobre el tráfico ilícito de migrantes y cuáles son las consideraciones fundamentales a ese respecto?
- j) ¿Qué buenas prácticas existen en lo que respecta a aplicar las disposiciones en materia de exención de responsabilidad penal de los migrantes objeto de tráfico ilícito por el hecho de haber sido objeto de esa conducta?

### III. Sinopsis de las cuestiones por examinar y orientaciones sobre medidas de respuesta

#### A. Antecedentes

3. La lucha contra el tráfico ilícito de migrantes ha adquirido una prioridad cada vez mayor a nivel mundial. A este respecto, cabe tener en cuenta no solo a los abusos y malos tratos a los que se somete a las personas que son objeto de tráfico, algunas de las cuales llegan incluso a perder la vida en el proceso (como se informa en numerosos medios de comunicación), sino también el lucro que obtienen las redes delictivas y los delincuentes que las integran. En 2016, se calcula que a nivel mundial 2,5 millones de personas fueron objeto de tráfico ilícito de migrantes a lo largo de 30 rutas y que los traficantes obtuvieron unos ingresos totales de entre 5.500 y 7.000 millones de dólares<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Global Study on Smuggling of Migrants 2018* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.18.IV.9).

4. En lo que respecta al tráfico ilícito de migrantes en las rutas que atraviesan el mar Mediterráneo, el Observatorio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes ha descubierto que el número de incidentes de tráfico ilícito es mayor de lo que se pensaba<sup>2</sup>. Ha descubierto también que, en algunas rutas, los agentes y los grupos de menor importancia están siendo desplazados por organizaciones de tráfico ilícito de migrantes más complejas y estructuradas<sup>3</sup>.

5. La demanda de servicios de tráfico ilícito de migrantes surge de la fuerte motivación de las personas para migrar, a la que se suman la imposibilidad de acceder a las vías legales para migrar de manera regular y la dificultad para migrar por sí solas. En algunas regiones también contribuyen a la demanda de servicios de tráfico ilícito la existencia de obstáculos para ejercer el derecho a la libre circulación, la corrupción y los problemas de seguridad<sup>4</sup>.

6. En el artículo 3 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, se define el delito de tráfico ilícito de migrantes como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. En el artículo 6 del Protocolo también se tipifican los siguientes delitos conexos: la creación y utilización de documentos falsos con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes para obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y la habilitación de una persona para que permanezca de manera irregular en un Estado, a cambio de un beneficio económico u otro beneficio de orden material. En el artículo 6, párrafo 3, se definen como circunstancias agravantes aquellas que pongan en peligro o puedan poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados y que den lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación. El propósito del Protocolo, enunciado en el artículo 2, es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados partes con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.

7. Hasta la fecha, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes cuenta con 151 Estados partes<sup>5</sup>, lo que demuestra que existe un compromiso casi universal para hacer frente a ese delito. Los Estados partes se han decantado por distintas opciones para incorporar el Protocolo a su derecho interno. Mientras que unos han adoptado un enfoque legislativo casi idéntico al del Protocolo, otros solo lo han adoptado de manera parcial y no han considerado el beneficio financiero u otro beneficio de orden material como elemento constitutivo del delito. En cambio, puede que lo hayan definido como circunstancia agravante, que hace más severa la sanción que corresponde al delito básico. Otros ejemplos de enfoques legislativos nacionales con respecto a las circunstancias agravantes son que el delito básico sea una actividad perpetrada por una organización delictiva o que con este se haya puesto en peligro la vida de los migrantes objeto del tráfico ilícito<sup>6</sup>. En algunas circunstancias, la exención de responsabilidad de los agentes humanitarios bien se ha obviado por completo en el derecho interno, bien se ha previsto en este, pero por separado y con carácter discrecional<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Observatorio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes, “Incidence of migrant smuggling on Central Mediterranean Route in 2021 is twice what was thought”, noticia núm. 1 (marzo de 2022).

<sup>3</sup> Red de las Naciones Unidas sobre la Migración, “Mapping the landscape of smuggling of migrants: an overview of key concepts, trends, challenges and areas of action”, nota de políticas (junio de 2023).

<sup>4</sup> Observatorio de la UNODC sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes, “Migrant smuggling from Nigeria: key findings”. Puede consultarse en la dirección [www.unodc.org/res/som](http://www.unodc.org/res/som); y UNODC, *Manual sobre la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes* (Viena, 2010).

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> UNODC, *The Concept of “Financial or Other Material Benefit” in the Smuggling of Migrants Protocol*, documento temático (Viena, 2017).

<sup>7</sup> Javier Escobar Veas, “Smuggling of migrants is and should be established as an autonomous offence”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 27, núm. 3 (julio de 2019).

8. Para que se pueda medir con precisión y enfrentar el tráfico ilícito de migrantes, tiene que haber cierto grado de uniformidad en la práctica al decidir quién ha cometido el delito.

## **B. Comprensión del tráfico ilícito de migrantes como empresa (organización, agentes, servicios y *modus operandi*)**

9. Los traficantes de migrantes pueden encontrarse en cualquier punto dentro de una amplia gama que va desde individuos autónomos o sin apenas vínculos que obtienen un lucro modesto a partir de un mercado de tráfico ilícito limitado (por ejemplo, desde dentro de su propia comunidad y actuando solo en zonas muy concretas) hasta organizaciones grandes y complejas que obtienen de este delito un lucro cuantioso. Pueden ser desde profesionales a tiempo completo pertenecientes a organizaciones hasta personas que realizan actividades de tráfico ilícito de migrantes de manera puntual<sup>8</sup>.

10. En cada operación de tráfico ilícito de migrantes intervienen diversos tipos de agentes, lo cual depende del tipo de grupo u organización (como se resume en el documento temático de la UNODC en que se ofrece una breve introducción al tráfico ilícito de migrantes)<sup>9</sup>. Otros estudios más recientes realizados en la región de Asia y el Pacífico<sup>10</sup> y en África Occidental y el Norte de África han demostrado que las funciones indicadas a continuación siguen vigentes<sup>11</sup>.

a) Los coordinadores u organizadores son los responsables de la actividad de tráfico ilícito de migrantes en conjunto. Un grupo delictivo grande puede tener al frente a un coordinador u organizador que supervisa la totalidad del proceso de tráfico ilícito de migrantes, lo que comprende la contratación o subcontratación de personas, la elección de las rutas y, aprovechando sus numerosos contactos, la coordinación del transporte y el alojamiento. Una operación de tráfico ilícito de migrantes puede estar organizada por un solo coordinador o por varios en colaboración. Suele ser difícil reunir pruebas contra los coordinadores u organizadores;

b) Los captadores publicitan los servicios de tráfico ilícito de migrantes entre los clientes potenciales. También pueden tener la función de recaudar el pago por esos servicios. Pueden trabajar con más de un traficante y, en su mayoría, residen en el país de origen o de tránsito, conocen bien el idioma de los migrantes y, a veces, incluso tienen vínculos personales con ellos;

c) Los transportistas o guías son quienes se ocupan de la operación de tráfico ilícito de migrantes sobre el terreno, pues los guían o acompañan por uno o más países y a través de las fronteras. Es posible que los migrantes pasen de un transportista o guía a otro. Los transportistas suelen ser fáciles de captar y, si son detenidos, su salida de la red no repercute en gran medida en la operación. No siempre forman parte de la red global de tráfico y pueden prestar sus servicios de manera puntual (p. ej., en estaciones de autobuses, al atravesar ríos o mares, o en puentes o fronteras);

d) Los observadores, conductores, mensajeros y ejecutores realizan trabajos puntuales durante el proceso de tráfico ilícito. Por ejemplo, los observadores suministran información sobre los controles específicos que efectúan las fuerzas de seguridad o viajan delante del vehículo en el que se traslada a los migrantes objeto del tráfico ilícito para advertir con antelación de los posibles controles. Los ejecutores protegen la operación y mantienen el orden en su transcurso, por ejemplo, impidiendo que los migrantes hagan ruido o se muevan y, a veces, recurriendo a amenazas y a la violencia;

<sup>8</sup> *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*, pág. 43.

<sup>9</sup> UNODC, "Issue paper: a short introduction to migrant smuggling" (2010).

<sup>10</sup> *Migrant Smuggling in Asia and the Pacific: Current Trends and Challenges*, vol. 2 (Bangkok, 2018).

<sup>11</sup> Mixed Migration Centre, "The many roles of migrant smugglers and movement facilitators" (julio de 2021).

e) Pueden implicarse también otros suministradores y proveedores de servicios puntuales, quienes pueden mantener una relación con los traficantes y recibir una parte de las ganancias. A menudo colaboran con más de un grupo o red de tráfico ilícito de migrantes para incrementar sus ganancias al máximo. Entre ellos pueden contarse dueños o constructores de embarcaciones, funcionarios públicos corruptos (p. ej., policías de fronteras, soldados, funcionarios de inmigración y funcionarios de embajadas y consulados que hacen la vista gorda o facilitan de otro modo el proceso de tráfico ilícito de migrantes); dueños o residentes de hoteles, casas o apartamentos (quienes son especialmente útiles para acoger a grupos grandes de migrantes objeto de tráfico ilícito); revisores de trenes, taxistas, agentes de viajes, personal de aerolíneas, personal dedicado al mantenimiento de vehículos y suministro de combustible, y cajeros o agentes financieros o de servicios de transferencia de dinero que se encargan de transferir a los traficantes el dinero recaudado de los migrantes objeto del tráfico ilícito. No obstante, cabe señalar que algunas personas podrían facilitar el tráfico ilícito de migrantes sin saberlo, mientras que otras podrían ser conscientes de que están participando indirectamente en el proceso.

11. El modelo de negocio de una operación de tráfico ilícito de migrantes depende de las necesidades y de los medios de las personas que pretenden migrar, así como de la dificultad para cruzar fronteras, lo que viene determinado por las condiciones geográficas, las estaciones del año y la acción de las fuerzas del orden en los países de tránsito y de destino<sup>12</sup>. A continuación se indican algunos modelos de negocio comunes<sup>13</sup>:

a) El modelo de paquete completo, que es el habitual para llegar a destinos lejanos en el menor tiempo posible. Es el que siguen los grupos delictivos más organizados, que gozan de confianza y tienen fama de contar con redes eficaces para arreglar el cruce de varias fronteras, sobornar a funcionarios y garantizar la llegada al destino. El viaje al completo, desde el país de origen hasta el de destino, incluidos todos los transportes y cruces de fronteras, está bien organizado desde el principio;

b) El modelo de utilización de nudos logísticos como supermercados, que consiste en el empleo de nudos logísticos de tráfico ilícito conocidos que se encuentran cerca de los puntos de partida o tránsito y donde los migrantes pueden obtener todos los servicios que necesitan para continuar su viaje. Los migrantes pueden ir a esos nudos logísticos por su cuenta o ser llevados allí por los traficantes locales;

c) El modelo de monopolio geográfico, en el que los traficantes controlan una zona geográfica concreta situada en una ruta de tráfico ilícito, en uno de sus puntos de partida o llegada o en una zona fronteriza. Ese control consiste bien en tener un conocimiento de la zona que facilita la operación de tráfico ilícito de migrantes, bien en estar en condiciones de permitir o limitar los desplazamientos por la zona. En este modelo, los traficantes pueden ser un grupo profesional que se rodea de una red flexible y poco rígida. Además, puede que proporcionen transporte a los migrantes y que arreglen el cruce de fronteras;

d) El modelo de agencia de viajes, en el que una red de traficantes sin una estructura rígida ofrece a los migrantes servicios de viaje y otros servicios conexos. En la red pueden participar traficantes autónomos oportunistas que están organizados de manera informal y colaboran de forma flexible. También pueden formar parte de ese tipo de red conductores de taxis, autobuses y camiones que, bajo la supervisión de un jefe, trasladan a personas de un país de origen a otro de destino;

e) El modelo de uso a voluntad a lo largo de la ruta de tráfico ilícito, que se utiliza cuando una ruta se compone de muchos tramos, algunos de los cuales requieren de los servicios de los traficantes y otros no, por lo que los migrantes recurren a servicios de tráfico ilícito según sus necesidades y sus medios económicos;

<sup>12</sup> *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*.

<sup>13</sup> *Ibid.*

f) El modelo de tráfico ilícito oportunista, en el que participan personas o cadenas flexibles de traficantes que pretenden complementar sus otras fuentes de ingresos con el tráfico ilícito de migrantes cuando surge la oportunidad, actividad que ejercen de manera ocasional, temporal y puntual. A veces también ofrecen otros servicios (por ejemplo, alojamiento) o actúan como intermediarios de empleo;

g) El modelo de tramo a tramo, que se utiliza cuando hay tramos interconectados a lo largo de una ruta y los migrantes se sirven de distintos métodos en cada uno. Cada traficante entrega a los migrantes al siguiente, quien organiza el tramo del viaje posterior. Los traficantes también pueden organizar un alojamiento temporal si es necesario esperar hasta que se den las condiciones adecuadas para el siguiente tramo. En este modelo, el tráfico ilícito puede realizarse a pequeña escala, a tiempo parcial y de manera oportunista y en él puede que intervengan traficantes con vínculos débiles entre sí.

### C. Penalización e imputación del delito con arreglo a las disposiciones sobre el tráfico ilícito de migrantes

#### *Análisis de los marcos internacionales aplicables*

12. El 15 de noviembre de 2000, se estableció por primera vez, en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, una definición convenida a nivel internacional y jurídicamente vinculante de tráfico ilícito de migrantes. Según el artículo 3 del Protocolo, por “tráfico ilícito de migrantes” se entiende 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 material. Esa disposición es la principal referencia para que los Estados partes definan el delito de tráfico ilícito de migrantes en su derecho interno. Se compone de dos elementos principales: la acción ilícita (*actus reus*) de facilitar la entrada ilegal y la intención dolosa (*mens rea*) de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

13. En el artículo 6 se insta a los Estados partes a tipificar como delito los siguientes actos cuando se cometan con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material: a) el tráfico ilícito de migrantes; b) la creación de un documento de viaje o de identidad falso para posibilitar el tráfico ilícito de migrantes; c) la habilitación de una persona para permanecer en un Estado sin haber cumplido los requisitos legales para permanecer en él, y d) la tentativa de comisión del delito, la participación como cómplice en su comisión y la organización o dirección de otras personas para que lo cometan. Se reconocen como circunstancias agravantes de esos delitos el hecho de poner en peligro la vida y la seguridad de los migrantes y el hecho de someterlos a un trato cruel, inhumano y degradante.

14. Algunos estudiosos se han quejado de que la definición internacional de tráfico ilícito de migrantes es insuficientemente específica y demasiado amplia, ya que puede comprender una amplia variedad de actividades de facilitación de la migración<sup>14</sup>. En la práctica esto dificulta la comprensión de los delitos de tráfico ilícito de migrantes desde la perspectiva criminológica, ya que en la definición caben conductas que pueden ser realizadas por multitud de agentes que presentan diferentes estructuras, motivaciones y grados de importancia en la comisión del delito.

#### *Acción ilícita (actus reus)*

15. En lo que respecta a la acción ilícita (*actus reus*) mencionada en la definición del tráfico ilícito de migrantes que figura en el Protocolo, por ejemplo, solo se especifica “la facilitación de la entrada ilegal”. El término “facilitación” no se definió en términos jurídicos en el Protocolo. Esa deficiencia se señala en la Ley Modelo de la UNODC

<sup>14</sup> Abdelnaser Aljehani, “The legal definition of the smuggling of migrants in light of the provisions of the migrant smuggling protocol”, *Journal of Criminal Law*, vol. 79, núm. 2 (abril de 2015), págs. 122 a 137.

contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, en la que se ofrece una definición de diccionario de “facilitar” para ayudar a su comprensión<sup>15</sup>.

16. Cuando se estaba negociando el Protocolo, una de las contribuciones presentadas por los países al Comité Especial encargado de Elaborar una Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional contenía una lista de actos que se proponía incluir en la definición de facilitación, como la preparación de documentos de entrada y residencia y el negocio con esos documentos; la planificación, la supervisión o la financiación del traslado y el transporte; la facilitación de la entrada o la residencia ilegales; y el ejercicio de la corrupción con el fin de facilitar esos actos<sup>16</sup>. Esa propuesta se asemejaba al enfoque aplicado en el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, en el que al definir los actos constitutivos del delito se especifican la captación, el transporte, el traslado, la acogida y la recepción. Sin embargo, esa propuesta no se reflejó en el texto final del Protocolo.

17. En lo que respecta a definir quién ha perpetrado un delito de tráfico ilícito de migrantes, algunos académicos<sup>17</sup> clasifican los enfoques del elemento del *actus reus* de la siguiente manera: a) un enfoque restrictivo, que limita el *actus reus* a los actos que presenten un componente transfronterizo y que se realicen en las etapas finales del proceso de tráfico ilícito de migrantes, de manera que excluye los actos de preparación o facilitación, y b) un enfoque amplio, que abarca los actos de preparación y facilitación. Quienes defienden el enfoque restrictivo afirman que es más próximo a las disposiciones del Protocolo, porque si la intención de quienes lo redactaron hubiese sido incluir los actos de preparación y facilitación, los delitos que hacen posible el tráfico ilícito de migrantes, como los delitos relacionados con los documentos falsos, la habilitación de la permanencia y complicidad, no se habrían tipificado aparte del delito principal en el artículo 6 del Protocolo. Por el contrario, quienes defienden el enfoque más amplio sostienen que, para lograr el objetivo último del Protocolo y hacer frente de manera eficaz al delito de tráfico ilícito de migrantes, se deberían tener en cuenta todos los actos conducentes a la comisión del delito y perpetrados por distintos agentes, quienes pueden cumplir funciones diferentes, pero que persiguen el mismo objetivo.

18. Ambos enfoques tienen ventajas y desventajas<sup>18</sup> para decidir qué delito imputar. Podría decirse que el enfoque restrictivo es menos abarcador y simplifica el proceso de determinar quién ha perpetrado un delito de tráfico ilícito de migrantes. Sin embargo, ese enfoque también puede perpetuar la práctica actual de centrar las actividades de la justicia penal dedicadas a combatir el tráfico en los agentes de las operaciones que son más visibles y están más expuestos al público, quienes tal vez no sean los más importantes. Al final, las investigaciones y persecuciones penales acaban enfocadas en agentes fáciles de sustituir que apenas afectan a la delincuencia organizada que se dedica al tráfico ilícito de migrantes, por ejemplo, conductores, guías, observadores y ejecutores (entre los que puede haber migrantes y refugiados captados para desempeñar esas funciones u obligados a ello), dado que esos agentes son los más fáciles de aprehender en las operaciones transfronterizas. Rara vez se persigue penalmente a los agentes de mayor jerarquía de la delincuencia organizada, quienes coordinan y dirigen la comisión del delito y obtienen un lucro cuantioso, lo cual frustra el propósito del Protocolo<sup>19</sup>. El enfoque más amplio abarca más situaciones y está en consonancia con el cometido de la Convención contra la Delincuencia Organizada y el Protocolo, dado que permite exigir responsabilidades a agentes como los involucrados en las cadenas de suministro del tráfico ilícito de migrantes (p. ej. los dueños de las embarcaciones y

<sup>15</sup> En la Ley Modelo de la UNODC contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2010) se propone utilizar la siguiente definición: “por ‘facilitar’ se entenderá conseguir algo o lograr un fin obrando con empeño”. Esa sugerencia se basa en las definiciones de diccionarios de lengua española.

<sup>16</sup> [A/AC.254/5/Add.21](#).

<sup>17</sup> Aljehani, “The legal definition of the smuggling of migrants”; y Escobar Veas, “Smuggling of migrants is and should be established as an autonomous offence”, págs. 226 a 241.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Véase también Red de las Naciones Unidas sobre la Migración, “Mapping the landscape of smuggling of migrants” (nota a pie de página 3).

demás medios de transporte), a quienes generan los flujos financieros ilícitos que hay detrás de ese delito (p. ej. instituciones financieras), a quienes cometen actos de corrupción y a los cómplices (p. ej. agentes de instituciones estatales). Ese enfoque también facilita la investigación de agentes de mayor jerarquía, ya que permite considerar los actos perpetrados desde el país de origen hasta el de destino, pasando por los países de tránsito. Al aplicar ese enfoque, deben adoptarse medidas para reducir al mínimo el riesgo de una securitización excesiva de la migración que impida que determinados grupos protegidos, como los refugiados, puedan recibir protección internacional. Una securitización excesiva también comporta el riesgo de que se produzcan abusos y violaciones de los derechos de los refugiados y los migrantes.

*Intención dolosa (mens rea)*

19. Según el Protocolo, la intención dolosa (*mens rea*) en el tráfico ilícito de migrantes es “obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material“. Por tanto, para considerar a alguien como autor de un delito de tráfico ilícito de migrantes, además de facilitar la entrada ilegal, la persona debe haber tenido el fin subjetivo de obtener un lucro u otro tipo de ganancia material.

20. En el Protocolo tampoco se define la expresión “beneficio financiero u otro beneficio de orden material“. En las notas interpretativas<sup>20</sup> relativas al artículo 2 de la Convención contra la Delincuencia Organizada se indican de manera no exhaustiva algunas conductas conexas y se señala que se debe entender de forma amplia a fin de incluir, por ejemplo, los delitos motivados por la gratificación sexual, como la recepción o el intercambio de material que muestre abusos sexuales de niños.

21. En la Ley Modelo de la UNODC contra el Tráfico Ilícito de Migrantes<sup>21</sup> se propone que por esa expresión se entienda cualquier tipo de incentivo financiero o no financiero, pago, soborno, recompensa, ventaja, privilegio o servicio (incluso los servicios sexuales o de otra índole). Cuando el beneficio de orden material sea en forma de servicios sexuales, podría plantearse la cuestión de si se debe imputar el delito de tráfico ilícito de migrantes o el de trata de personas, ya que exigir sexo en pago por un servicio de tráfico ilícito de migrantes podría entenderse como una forma de abuso de la situación de vulnerabilidad de la persona migrante.

22. También es pertinente la definición de grupo delictivo organizado que figura en el artículo 2 a) de la Convención contra la Delincuencia Organizada, en que se menciona el beneficio económico u otro beneficio de orden material. Según el artículo, por “grupo delictivo organizado” se entiende un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

23. En el contexto del tráfico ilícito de migrantes, se debería tener en cuenta que la definición de grupo delictivo organizado reviste especial importancia porque, como se ha señalado anteriormente, hay una amplia variedad de agentes que, desde una interpretación estrictamente legalista de la definición de tráfico ilícito de migrantes, pueden considerarse traficantes. No obstante, algunos traficantes no forman parte de ningún grupo delictivo organizado, sino que son oportunistas y trabajan en casos puntuales o en solitario. Por tanto, en esos casos es necesario aplicar un enfoque matizado para decidir si el delito imputado es proporcionado con respecto a la naturaleza de la conducta.

<sup>20</sup> *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.06.V.5).

<sup>21</sup> Ley Modelo de la UNODC contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2010).



24. Además, en las notas interpretativas<sup>22</sup> sobre el artículo 6 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes se señala que la referencia a un beneficio económico u otro beneficio de orden material se introdujo para que solo se penalizasen las actividades de los grupos delictivos organizados que actuaran con fines de lucro y no las de quienes prestasen apoyo a los migrantes por razones humanitarias (como organizaciones no gubernamentales u organizaciones religiosas) o de vínculos familiares estrechos.

25. Desde la perspectiva de los derechos humanos también está cobrando fuerza la visión<sup>23</sup> de que, en la práctica, es necesario matizar mucho más el elemento de la *mens rea*, dado que realmente existe una amplia variedad de traficantes y la cuestión no se limita a una simple dicotomía entre las razones humanitarias y el beneficio económico. Los traficantes pueden estar movidos por razones humanitarias o por la empatía y, al mismo tiempo, por el beneficio económico<sup>24</sup>. Quienes defienden esa visión abogan por diferenciar entre los traficantes profesionales y las personas que facilitan la migración.

#### D. Buenas prácticas y enseñanzas extraídas de la jurisprudencia penal sobre el tráfico ilícito de migrantes

26. Una tendencia preocupante que se observa cada vez más en los estudios recientes sobre el tráfico ilícito de migrantes es que la mayoría de los “traficantes” a los que se acaba imputando el delito son, en la práctica, agentes de menor importancia. Por ejemplo, en relación con el tráfico ilícito por mar en dirección a España a lo largo de la ruta de África Noroccidental, el Observatorio de la UNODC sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes<sup>25</sup> constató que las investigaciones y persecuciones penales contra el tráfico ilícito se centraban en las personas que dirigían las embarcaciones; solo en 2021 se detuvo en esa ruta a 150 personas que cumplían esa función. En numerosos casos eran refugiados o migrantes que piloteaban la embarcación a cambio de ser eximidos del pago o abonar un precio menor. A menudo, esos pilotos también eran vulnerables y podían ser víctimas de la trata con fines de delincuencia forzada<sup>26</sup>.

27. Sin embargo, pese a las dificultades señaladas, ha habido precedentes de tribunales que han intentado comprender los distintos matices que existen con respecto a la aparente participación de migrantes y refugiados en el proceso de tráfico ilícito. Por ejemplo, en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los tribunales han empezado a analizar con ojo crítico la persecución penal de los solicitantes de asilo y migrantes que conducen pequeñas embarcaciones a través del canal de la Mancha para introducir a migrantes de manera ilícita en el país. Esto comenzó en 2021 con el caso *R v. Kakaei*<sup>27</sup> y, continuó con el caso *R v. Bani*<sup>28</sup>, en el que el tribunal anuló tres de las cuatro condenas dictadas contra solicitantes de asilo a los que se había acusado de facilitar la inmigración ilegal por haber dirigido lanchas neumáticas cargadas con numerosos migrantes desde Francia al Reino Unido. En todas las absoluciones, el Tribunal de Apelación se centró en el elemento de la *mens rea* del delito. Era evidente

<sup>22</sup> *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 517.

<sup>23</sup> Alberto Aziani, “The heterogeneity of human smugglers: a reflection on the use of concepts in studies on the smuggling of migrants”, *Trends in Organized Crime*, vol. 26, núm. 1 (marzo de 2023), págs. 80 a 106.

<sup>24</sup> En el caso núm. 138-2017-03 de El Salvador, por ejemplo, un albañil conoció a una trabajadora doméstica en la casa de una familia en la que ambos trabajaban. Entablaron una relación de amistad y conversaban sobre la difícil situación económica que ambos atravesaban. Sus conversaciones evolucionaron hasta que el albañil le ofreció llevarla ilegalmente a los Estados Unidos a cambio de una remuneración económica para que ella pudiera generar unos ingresos que no lograba percibir en El Salvador. En ese caso era evidente que la conducta del traficante obedeció a motivaciones tanto altruistas como económicas.

<sup>25</sup> Observatorio de la UNODC sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes, “Northwest African (Atlantic) route: key findings”. Se puede consultar en <https://www.unodc.org/res/som/index.html>.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Mencionado en *R v. Bani* [2021] EWCA Crim 1958 (UNODC, base de datos de jurisprudencia del portal SHERLOC. Se puede consultar en <https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html>).

<sup>28</sup> *R v. Bani* [2021] EWCA Crim 1958.

que la intención última de las personas acusadas no era traficar con migrantes, sino ser halladas por la Guardia Fronteriza del Reino Unido y solicitar asilo.

28. Las medidas de justicia penal contra el tráfico ilícito de migrantes deben aplicarse de modo que no se niegue a los solicitantes de asilo y a los migrantes, en nombre de la lucha contra la delincuencia organizada, los derechos humanos protegidos a nivel internacional que los asisten.

29. En cambio, cuando se trataba verdaderamente de un grupo delictivo organizado, los tribunales del Reino Unido adoptaron un enfoque distinto. Por ejemplo, el caso *R v. Nica, Hughes and Others*<sup>29</sup> se refería a 39 migrantes vietnamitas (entre ellos, niños) que murieron mientras eran transportados clandestinamente a través del canal de la Mancha en un contenedor hermético en el que la temperatura era de entre 38 °C y 40 °C. La red de tráfico ilícito de migrantes era compleja y funcionaba a escala internacional. La investigación fue extremadamente amplia y fue realizada conjuntamente por las autoridades de aplicación de la ley del Reino Unido, Bélgica, Irlanda y Francia, con el apoyo de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal y la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial. Se logró identificar a varios miembros del grupo, quienes fueron enjuiciados posteriormente con arreglo a la importancia del papel que habían desempeñado. Por ejemplo, a quienes estaban al mando de la operación de tráfico ilícito de migrantes y a quienes controlaban la cadena de suministro que la facilitaba, como al dueño de la empresa de transportes que suministraba los remolques y los conductores que se utilizaban para transportar a los migrantes, se les imputó el delito más grave, es decir, el de homicidio. Las demás personas fueron acusadas con arreglo a las disposiciones sobre la facilitación de la migración ilegal, prestando especial atención a la proporcionalidad de la pena con los distintos papeles desempeñados y sus consecuencias. Por ejemplo, el acusado que se había encargado de captar a los conductores y pagarles para que recogieran a las personas migrantes y de entregar grandes sumas de dinero al principal confabulador en Londres recibió una pena privativa de libertad de 27 años. En cambio, los conductores que habían transportado a los migrantes desde los puntos de desembarco a una casa segura o a un punto de entrega en camión fueron condenados a penas de entre tres y cuatro años y medio de prisión. Con esta persecución penal se logró combatir de manera exhaustiva una operación de tráfico ilícito de migrantes, abarcando toda su complejidad y sofisticación, y enjuiciar efectivamente a quienes de verdad estaban obteniendo un lucro considerable al tiempo que ponían en peligro la vida de los migrantes. Se consiguió identificar a los autores y facilitadores del delito y dismantelar la organización hasta su cúpula.

30. Del mismo modo, en Centroamérica, en un caso ocurrido en Costa Rica<sup>30</sup>, 57 personas procedentes de la República Democrática del Congo intentaron que se las transportara clandestinamente hasta Honduras desde Costa Rica a través de Nicaragua eludiendo los controles de inmigración. El primer acusado abordó a los migrantes cuando se encontraban en una zona fronteriza, les dijo que tenía experiencia en la organización de traslados similares y les ofreció un servicio de tráfico ilícito de migrantes a cambio de 600 dólares. Remitió a los migrantes al segundo acusado, hijo del administrador de un hotel en que se les daría alojamiento durante varias horas sin que quedase registro de ello. Después, el plan consistía en que otros miembros de la organización guiaran al grupo a través de las montañas hasta la frontera con Nicaragua con el fin de eludir el control de inmigración. Tras hacer el pago correspondiente al alojamiento y el viaje, los migrantes fueron trasladados a una zona montañosa y recibieron instrucciones de permanecer ocultos y esperar al guía que los llevaría a Nicaragua. Sin embargo, tras esperar dos horas sin que hubiera rastro del guía, los migrantes temieron ser atacados por animales salvajes y regresaron al hotel. Su presencia allí fue lo suficientemente llamativa como para atraer a las fuerzas del orden y motivar una investigación al respecto. Al primer acusado se le imputó la comisión del

<sup>29</sup> UNODC, base de datos de jurisprudencia del portal SHERLOC, *R v. Nica, Hughes and Others*, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2019.

<sup>30</sup> UNODC, base de datos de jurisprudencia del portal SHERLOC, caso núm. 16-001420-0396-PE, Costa Rica, 2019.

delito de tráfico ilícito de personas agravada. Se le acusó de formar parte de un grupo delictivo organizado dedicado al tráfico ilícito de migrantes de Costa Rica a Nicaragua y de cumplir la función de captar a los migrantes cerca de la frontera con Panamá. El segundo acusado también fue acusado de la comisión del delito de tráfico ilícito de personas agravada por desempeñar, dentro del grupo delictivo organizado, la función de recibir a los migrantes en un hotel y mantenerlos allí hasta que otros miembros de la organización los trasladasen a Nicaragua. Debido a problemas en ciertos aspectos probatorios y de competencia, se ordenó que se celebrase un juicio de reenvío. Aunque el caso no se concluyó de inmediato, el enfoque de la fiscalía, consistente en tratar el conjunto de actos ilícitos que componían la actividad de tráfico ilícito de migrantes realizada por un grupo delictivo organizado, fue fiel al propósito del Protocolo. También fue fiel al enfoque propuesto en el Protocolo que la persecución penal prosperase pese a que el delito no se hubiera consumado, puesto que había indicios claros de la intención dolosa.

31. En algunos casos también se ha utilizado jurisprudencia adecuada para hacer frente a situaciones en las que se acusaba a agentes humanitarios de tráfico ilícito de migrantes. Por ejemplo, en Francia<sup>31</sup>, un ciudadano francés miembro de una asociación humanitaria dedicada a asistir gratuitamente a migrantes fue acusado de facilitar la migración irregular al trasladar a cuatro personas de Libia y Malí hasta una estación de tren francesa en el automóvil de su madre. Esto ocurrió pese a que en Francia hay una disposición legislativa que otorga inmunidad frente a responsabilidades penales a quienes presten asistencia de carácter puramente humanitario. El tribunal de primera instancia estimó que los actos del acusado carecían del tipo de espontaneidad necesario para que este gozara de inmunidad, ya que era miembro de un grupo activista que apoyaba la migración irregular de manera consciente y sistemática. El Tribunal de Casación discrepó del tribunal de primera instancia en que la espontaneidad fuera un requisito para aplicar la excepción relativa a los actos humanitarios y anuló la condena. Esto está en consonancia con el enfoque antes señalado del Protocolo, según el cual el propósito de las disposiciones en materia de tráfico ilícito de migrantes no es que se penalice a quienes ayuden a migrantes por razones puramente humanitarias.

32. Del mismo modo, en el Canadá, en el caso *R. v. Appulonapa*<sup>32</sup>, el Tribunal Supremo estimó que la disposición que figuraba en el artículo 117, párrafo 1), de la Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados, en la que se tipificaba el delito transnacional consistente en organizar, inducir, facilitar o instigar la entrada en el Canadá de personas sin documentación válida, era contraria a la Constitución canadiense si se interpretaba que la disposición permitía la persecución penal de los actos siguientes: a) la ayuda humanitaria a migrantes indocumentados; b) la ayuda mutua entre solicitantes de asilo, y c) la asistencia a familiares que entren sin los documentos requeridos. El Tribunal destacó que la finalidad de la disposición era perseguir penalmente el tráfico ilícito de migrantes en el contexto de la delincuencia organizada y que todo propósito de perseguir penalmente a personas que no estuvieran vinculadas a la delincuencia organizada para imponerles medidas punitivas era contrario al empeño del Parlamento por cumplir los compromisos internacionales asumidos por el Canadá.

#### *Exención de responsabilidad penal de los migrantes objeto de tráfico ilícito*

33. El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes se ocupa principalmente de la respuesta de la justicia penal al tráfico ilícito de migrantes, pero en su finalidad (art. 2) también incluye una referencia a la protección de los derechos de los migrantes objeto de tráfico. Entre las disposiciones más destacadas a ese respecto cabe mencionar el artículo 16, que garantiza la protección básica del derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el artículo 19,

<sup>31</sup> UNODC, base de datos de jurisprudencia del portal SHERLOC, caso núm. 33 (19-81.561), Francia, 2020.

<sup>32</sup> UNODC, base de datos de jurisprudencia del portal SHERLOC, *R. v. Appulonapa*, Canadá, 2009.

la cláusula de salvaguardia, que garantiza la protección de los demás derechos con arreglo al derecho internacional, incluido el derecho de los refugiados.

34. El artículo 5 del Protocolo también es fundamental para garantizar que se protejan los derechos humanos de los migrantes objeto de tráfico ilícito. Según ese artículo, los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del Protocolo (p. ej., el tráfico ilícito de migrantes, los delitos de falsificación de documentos y la facilitación de la permanencia de un migrante).

35. En las *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*<sup>33</sup> de la UNODC se señala que en el artículo 5 del Protocolo se asegura que ninguna disposición del Protocolo puede interpretarse como la exigencia de penalizar a los migrantes ni la de tipificar como delito conductas en que estos puedan incurrir, en contraposición a los grupos delictivos organizados. No obstante, el Protocolo no otorga inmunidad general a los migrantes objeto de tráfico ilícito. En el artículo 6, párrafo 4, se establece que los migrantes objeto de tráfico ilícito sí que se pueden considerar responsables de conductas que constituyan delitos con arreglo al derecho interno de un Estado.

36. Algunos estudiosos<sup>34</sup> han subrayado que, al aplicar el artículo 5 y el artículo 6, párrafo 4, tiene especial importancia tener presente el principio de buena fe en el derecho de los tratados. Esto se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el que se establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. La Corte Internacional de Justicia puso de relieve este principio, al recalcar que el objetivo del Tratado y los propósitos de las partes al concertarlo deben prevalecer sobre su aplicación literal<sup>35</sup>. Por tanto, con respecto al artículo 5, toda medida que comporte un efecto perjudicial equivalente a la penalización de migrantes objeto de tráfico ilícito, como ciertos tipos de medidas punitivas de detención administrativa<sup>36</sup> o la penalización de personas repatriadas, puede ser contraria al principio de buena fe si se tiene en cuenta que el objetivo del artículo 5 es proteger a los migrantes objeto de tráfico ilícito.

## IV. Conclusión

37. La determinación de a quién imputar el delito de tráfico ilícito de migrantes es una cuestión delicada. La definición del delito es amplia y, si no se considera desde la perspectiva de los derechos humanos, ello puede llevar a que se sigan cometiendo injusticias flagrantes contra grupos vulnerables protegidos en otros ámbitos del derecho internacional. Poner en el punto de mira el dinero movido por el tráfico ilícito de migrantes y a los grupos delictivos organizados que se lucran con ese delito permite orientar las opciones y los enfoques de la investigación y la persecución penal de modo que, en último término, sea posible cumplir los objetivos del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes.

---

<sup>33</sup> Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.2, tercera parte, párr. 50.

<sup>34</sup> Andreas Schloenhardt y Hadley Hickson, “Non-criminalization of smuggled migrants: rights, obligations, and Australian practice under article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, núm. 1 (marzo de 2013), págs. 39 a 64.

<sup>35</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *judgment*, I.C.J. Reports, pág. 7, párr. 142.

<sup>36</sup> Schloenhardt y Hickson, “Non-criminalization of smuggled migrants”.