



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

Distr. general  
18 de julio de 2017  
Español  
Original: inglés

## Grupo de Trabajo sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes

Viena, 11 a 13 de septiembre de 2017

Tema 4 del programa provisional\*

**Examen del elemento de “beneficio financiero u otro  
beneficio de orden material” en la definición de tráfico  
ilícito de migrantes**

### **Examen del elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en la definición de tráfico ilícito de migrantes**

**Documento de antecedentes preparado por la Secretaría**

#### **I. Introducción**

1. El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado por la Asamblea General en 2000, proporcionó la primera definición convenida a nivel internacional del delito de “tráfico de migrantes”. El Protocolo exige a los Estados partes que promulguen y hagan cumplir leyes en las que se tipifique como delito el tráfico ilícito de migrantes, “cuando se cometa intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” (artículo 6, párr. 1 a)).

2. En su resolución 6/3, titulada “Aplicación del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, la Conferencia exhortó a los Estados partes a que siguieran examinando y, cuando procediera, fortaleciendo su legislación pertinente, incluida la legislación penal, y que tipificaran como delitos los actos previstos en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Convención contra la Delincuencia Organizada, entre otras cosas mediante la introducción de sanciones adecuadas que fueran proporcionales a la naturaleza y gravedad del delito.

3. En su resolución 7/1, titulada “Aplicación eficaz de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, la Conferencia decidió que el Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas fuese un elemento constante de la Conferencia de las Partes y presentara sus informes y recomendaciones a la Conferencia.

\* CTOC/COP/WG.7/2017/41.



4. Además, en su resolución 2014/23, titulada “Fortalecimiento de la cooperación internacional para hacer frente al tráfico ilícito de migrantes”, el Consejo Económico y Social alentó a los Estados Miembros a que promovieran una labor fiable de reunión de datos y de investigación sobre el tráfico ilícito de migrantes en los planos nacional y, según procediera, regional e internacional, incluso sobre las redes de tráfico y la intervención de la delincuencia organizada en los países de origen, tránsito y destino, así como sobre los vínculos que pudieran existir entre el tráfico ilícito de migrantes y otras actividades delictivas.

5. En la misma resolución, el Consejo instó a los Estados Miembros a que, cuando procediera, adoptaran medidas para que la opinión pública fuera más consciente de que el tráfico ilícito de migrantes era una actividad delictiva que frecuentemente realizaban los grupos delictivos organizados con fines de lucro y que suponía graves riesgos para los migrantes afectados.

6. En sucesivas resoluciones sobre el tráfico ilícito de migrantes aprobadas en los últimos años por la Conferencia de las Partes, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, y la Asamblea General se ha exhortado a que se tipifique como delito en la legislación nacional el tráfico ilícito de migrantes en consonancia con el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes. El acuerdo alcanzado por la comunidad internacional sobre una definición común de las expresiones fundamentales que se utilizan en el contexto de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos promueve una cooperación internacional más efectiva contra la delincuencia organizada transnacional, en particular el tráfico de migrantes, mediante el cumplimiento del principio de doble incriminación que predomina en los regímenes de cooperación internacional.

7. La Secretaría ha preparado el presente documento de antecedentes para facilitar los debates de la cuarta reunión del Grupo de Trabajo. Incluye propuestas sobre temas de debate concretos, ofrece un panorama general de las principales cuestiones y orientaciones con relación a las medidas que pueden adoptar los Estados y contiene una lista de los principales instrumentos y recursos recomendados para ayudar a los Estados a aplicar el Protocolo.

## II. Temas de debate

8. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, entre otras, las cuestiones que figuran a continuación en sus deliberaciones sobre el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en la definición de tráfico ilícito de migrantes:

a) ¿Cuál es la finalidad y el alcance del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes en relación con el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material?”

b) ¿Cómo se entiende y se aplica la expresión “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en los Estados en los que se incluye como elemento de los delitos de tráfico ilícito de migrantes?

c) En lo que respecta al “beneficio financiero”, ¿existe una cantidad mínima a partir de la cual se establezca la existencia de elemento financiero? Por ejemplo, ¿debe el beneficio financiero constituir una “ganancia”? De ser así, ¿a cuánto debe ascender la ganancia para que se considere que existe dicho elemento?

d) En lo que respecta al “beneficio de orden material”, ¿permite la frase “otro beneficio de orden material” entender qué entraña el concepto de beneficio de orden material? Por ejemplo, ¿incluye servicios sexuales, servicios delictivos (como el contrabando de drogas) o la realización de trabajos en pago de la retribución de los traficantes de migrantes?

e) Cuando los Estados partes no incluyen el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en su legislación interna, ¿a qué se debe?

¿La omisión facilita o dificulta a los investigadores la detección de las situaciones de tráfico? ¿Los enjuiciamientos y las condenas son más fáciles o más difíciles de lograr? ¿Qué papel desempeña la presencia o ausencia de ese elemento en la defensa de los presuntos traficantes de migrantes?

f) ¿Qué pruebas son necesarias para determinar la existencia de elemento financiero u otro elemento de orden material y la intención de obtener un beneficio? ¿Puede probarse la intención de beneficiarse financiera o materialmente en ausencia de un beneficio real?

g) ¿En qué medida constituye el elemento de beneficio financiero o de orden material un factor agravante o mitigante de las condenas que se imponen a los traficantes condenados? Cuando no se exige un beneficio financiero u otro beneficio de orden material como elemento del delito, ¿puede la ausencia o existencia de beneficio financiero influir en las prioridades de la justicia penal o en la condena?

h) ¿Tiene la ausencia del elemento como resultado la penalización o posible penalización de las personas que actúen por motivos estrictamente humanitarios o familiares?

i) Dado que el tráfico ilícito de migrantes es un delito transnacional, ¿obstaculiza la presencia o ausencia del elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” la cooperación internacional, incluida la asistencia judicial recíproca y la extradición, por ejemplo, al no cumplirse el requisito de la doble incriminación?

j) ¿Sirve la ausencia del elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” para ampliar lo que se considera delincuencia organizada “grave”? En caso afirmativo, ¿cuáles son los efectos de ello respecto de la desviación de recursos destinados a la investigación y el enjuiciamiento de grupos delictivos organizados hacia delincuentes de menor categoría o menos organizados?

k) ¿Consideran los profesionales de la justicia penal que la presencia o la ausencia del elemento en la definición facilita u obstaculiza su labor? ¿Se respeta el espíritu del Protocolo, que tiene por objeto prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes como forma de delincuencia organizada transnacional, sin penalizar la mera migración, en ausencia del elemento de “beneficio financiero o de orden material” en la definición?

l) El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes establece normas mínimas y los Estados partes tienen derecho a adoptar medidas más estrictas o más severas que las previstas en él. ¿Se traduce la ausencia del elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en medidas más estrictas o más severas? ¿Equivale a incumplir el requisito de la penalización o a apartarse de él?

### **III. Panorama general de las cuestiones y orientaciones para la adopción de medidas**

#### **A. Definición jurídica internacional de “tráfico ilícito de migrantes” y alcance del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes en relación con el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material”**

9. En el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes el “tráfico ilícito de migrantes” se define como “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” (art. 3 a)). Los redactores del Protocolo decidieron incluir el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” no solo como elemento de la definición del delito, sino también como requisito para su penalización (art. 6).

10. Por lo tanto, el tráfico ilícito es un delito de intención específica o especial. No parece haber necesidad de que se produzca el beneficio; según el Protocolo, el delito de tráfico ilícito de migrantes se comete una vez que se hayan establecido los elementos físicos junto con la intención de obtener un beneficio. Es importante señalar que en virtud del Protocolo lo que se ha de tener presente es la intención de obtener un beneficio y no el beneficio real. Ese enfoque puede ayudar a reducir la carga asociada con la aportación de pruebas de las ganancias o pagos obtenidos en relación con determinados migrantes.

11. Los Estados partes en el Protocolo deben tipificar como delito tanto el tráfico ilícito de migrantes como la producción y la posesión de documentos de identidad o de viaje falsos, cuando esa conducta se cometa con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes tal y como se define en el Protocolo. También deben tipificar como delito la posibilitación de la estancia ilegal cuando el acto se cometa intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Por lo tanto, la estructura de las disposiciones sobre penalización establece el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en los delitos de tráfico ilícito y en los delitos conexos relacionados con documentos y con la facilitación de la estancia.

12. Esas disposiciones deben interpretarse a la luz del artículo 5 del Protocolo, en el que se declara explícitamente que los migrantes que sean objeto de tráfico ilícito no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al Protocolo por el hecho de haber sido objeto de dichas conductas. La protección contra la penalización de los migrantes objeto de tráfico ilícito se ve reforzada por el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en la definición y las disposiciones sobre penalización, que sirve para centrar la atención en la búsqueda de ganancias u otro beneficio más que en el delito de entrada ilegal, estancia ilegal, etc. En lo que atañe a los delitos relacionados con documentos, la posesión y otros actos estipulados no son por sí mismos suficientes; también debe existir la intención de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material y la intención o el propósito de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes. Ese requisito constituye una medida de protección adicional contra el enjuiciamiento de los migrantes que entran ilegalmente.

13. En una nota interpretativa sobre la definición de tráfico ilícito de migrantes<sup>1</sup> se señala que la inserción en la definición de una referencia a “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” se hizo para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidos de ella las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. El Protocolo no pretende criminalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas.

14. Un análisis detenido de la historia de la redacción del Protocolo, junto con un examen de las orientaciones pertinentes y otros materiales, apoya las siguientes conclusiones: a) el Protocolo se centra en las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan con fines de lucro; y b) el Protocolo no pretende que se enjuicie a quienes actúan con intención humanitaria o en función de vínculos familiares estrechos sin el propósito de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material, y no puede utilizarse como base jurídica para enjuiciarlos<sup>2</sup>.

<sup>1</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), pág. 498.

<sup>2</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *The Concept of “Financial or Other Material Benefit” in the Smuggling of Migrants Protocol: Issue Paper*, (Viena, 2017), pág. 14.

## 1. El Protocolo hace especial hincapié en las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan con fines de lucro

15. Como dejan en claro el preámbulo y la historia de su redacción, el Protocolo se sitúa en el contexto más amplio de la participación de grupos delictivos organizados en la facilitación no autorizada de la circulación de migrantes con ánimo de lucro, a menudo con grave riesgo para su seguridad y su bienestar. El concepto de beneficio financiero u otro beneficio de orden material de la definición de tráfico ilícito de migrantes del Protocolo constituye el elemento *mens rea* del delito de tráfico ilícito.

16. Si bien el Protocolo no proporciona una definición de “beneficio económico u otro beneficio de orden material”, en la Convención contra la Delincuencia Organizada se utiliza la misma expresión en la definición que presenta de grupo delictivo organizado: “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 [...] con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Esta definición es pertinente porque el ámbito de aplicación propio del Protocolo, establecido en su artículo 4, abarca los delitos de tráfico que sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

17. La delincuencia organizada no es un requisito específico de la tipificación en el plano nacional; el artículo 34 2) de la Convención contra la Delincuencia Organizada confirma que la participación de un grupo delictivo organizado no es necesaria y que las figuras delictivas deben aplicarse por igual, independientemente de que esa participación pueda demostrarse o no. Sin embargo, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes se centra en los actos de tráfico cometidos por grupos delictivos organizados; el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” de la definición de “grupo delictivo organizado” (Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 2 a)) se reafirma expresamente tanto en la definición de tráfico ilícito de migrantes (art. 3) como en la disposición sobre la penalización (art. 6) del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes. Por otra parte, el artículo 4 establece que el Protocolo debe aplicarse a la prevención, investigación y penalización de los delitos que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, lo que reafirma que el Protocolo se centra en la delincuencia organizada. Además, en las *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, se aclara que “la facilitación de la entrada o la residencia ilegal de los migrantes por un grupo delictivo organizado (término que comprende un aspecto de beneficios económicos u otros beneficios de orden material) [...] se ha reconocido como una forma grave de delincuencia organizada transnacional y, por lo tanto, es uno de los aspectos principales en que se centra el Protocolo”<sup>3</sup>.

18. El factor fundamental que determina la estructura de esas redes de tráfico ilícito de migrantes son los beneficios y su maximización. Los contactos entre los delincuentes de una red de tráfico ilícito pueden compararse a las relaciones de tipo comercial y puede darse el caso que un delincuente desempeñe su función en varias redes delictivas. Esas redes pueden participar en otros tipos de actividad delictiva organizada, como el blanqueo de dinero generado por las actividades delictivas, o, por ejemplo, el tráfico de armas de fuego y drogas; a veces la ruta de la trata de personas discurre por las principales vías de tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar o aire, donde intervienen los mismos grupos delictivos organizados<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.2, pág. 345, párr. 28.

<sup>4</sup> Nota de la Secretaría sobre los aspectos del tráfico ilícito de migrantes relativos a la delincuencia organizada, incluidas las investigaciones financieras y las medidas cuyo objeto sea el producto del delito (CTOC/COP/WG.7/2015/4), párr. 14.

**2. El Protocolo no puede utilizarse como base jurídica para enjuiciar a quienes actúan con intención humanitaria o en función de vínculos familiares estrechos sin el propósito de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material**

19. De acuerdo con los *travaux préparatoires*, la intención de los redactores era excluir las actividades de todos aquellos que prestaban apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. Según dice la nota interpretativa adjunta a la disposición pertinente, “el Protocolo no tiene por objeto penalizar las actividades de los familiares o grupos de apoyo religiosos o de organizaciones no gubernamentales” (pág. 517, párr. 88).

20. Ese tema se desarrolla en las *Guías legislativas*, donde se afirma que la referencia al “beneficio económico u otro beneficio de orden material” tenía de hecho por objeto excluir a los grupos con motivaciones exclusivamente políticos o sociales. En ellas se señala además que los autores del texto procuraron que “el Protocolo no obligara a los Estados a penalizar a grupos que facilitan la circulación clandestina de migrantes por motivos humanitarios o altruistas, como suele ocurrir con los solicitantes de asilo” (pág. 337, párr. 19).

21. Poco añade a ello la *Ley Modelo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes*, donde se afirma que el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material forma parte de la definición de tráfico ilícito de migrantes” y se observa que “el pago o el beneficio resultante del tráfico ilícito de migrantes pueden incluir incentivos no financieros como un billete gratuito de ferrocarril o de avión, o bienes, por ejemplo, un automóvil”. “Así pues, es importante cuidar de que la definición de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” sea lo más amplia y global posible”<sup>5</sup>.

22. El concepto de “beneficio” tal y como se utiliza en el Protocolo ha de interpretarse en forma lata. Al redactar el Protocolo, los Estados tomaron una decisión deliberada de sustituir el término “lucro” por la expresión “beneficio financiero u otro beneficio de orden material”, que es mucho más amplia. Tal y como se utiliza en el Protocolo, el concepto de beneficio financiero u otro beneficio de orden material (con el calificativo adicional de “directa o indirectamente”) abarca los beneficios que van más allá de los beneficios financieros, como, por ejemplo, el trabajo o los servicios sexuales, los pagos efectuados por intermediarios o por conducto de ellos y los pagos o beneficios prometidos y recibidos.

23. La conclusión de que el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes no intenta que se enjuicie a los agentes humanitarios y no puede utilizarse como base jurídica para ello (sobre todo en relación con los solicitantes de asilo) se ve reforzada por el artículo 19, párrafo 1, en el que se deja claro que sigue siendo aplicable el derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos.

24. El Protocolo no impide que los Estados tipifiquen delitos que quedan fuera de su ámbito, como, por ejemplo, la facilitación de la entrada ilegal o la estancia ilegal. Sin embargo, el instrumento no constituye una base jurídica para el enjuiciamiento de la facilitación de la entrada ilegal o la estancia ilegal cuando no haya intención de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

25. No obstante, es importante reconocer que el planteamiento del Protocolo a ese respecto no goza de aceptación universal. En particular en relación con la facilitación de la entrada irregular, algunos Estados y regiones han seguido un enfoque diferenciado que no exime de enjuiciamiento por tráfico ilícito de migrantes a quienes actúen con intención humanitaria o en función de vínculos familiares estrechos, aun cuando no haya intención económica o esta no sea aparente.

<sup>5</sup> Naciones Unidas, 2010, pág.15.

## **B. Enfoques nacionales en la definición de tráfico ilícito de migrantes (artículo 3) y su penalización (artículo 6)**

26. Al penalizar el tráfico ilícito de migrantes, muchos Estados partes en el Protocolo no han incluido un elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material”, a pesar de ser un componente fundamental de la definición internacional. Esa discrepancia plantea interrogantes sobre las repercusiones que las diferentes maneras de enfocar la definición pueden tener en los esfuerzos encaminados a combatir eficaz y coordinadamente el delito transnacional de tráfico ilícito de migrantes.

27. Muchas de las publicaciones pertinentes sobre el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en el contexto del tráfico ilícito de migrantes se sitúan en el ámbito de la actuación de la Unión Europea. El marco jurídico de la Unión Europea relativo al tráfico ilícito de migrantes comprende dos instrumentos, a saber, la Directiva 2002/90/CE del Consejo de la Unión Europea, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (la “directiva sobre la ayuda”) y la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (la “decisión sobre la ayuda”).

28. En resumen, las disposiciones exigen a los Estados miembros de la Unión Europea tipificar como delito la facilitación de la estancia irregular cuando se lleve a cabo con ánimo de lucro. No obstante, los Estados Miembros pueden tipificar ese delito independientemente de la motivación de lucro y están obligados a tipificar como delito la facilitación de la entrada o el tránsito irregulares, aun en el caso de que no haya beneficio económico. Es importante señalar que el artículo 1 de la directiva sobre la ayuda reconoce la facultad de los Estados miembros de no imponer sanciones por el delito de facilitar la entrada o el tránsito irregulares en los casos en que “el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”.

29. Un estudio reciente reveló que, en el caso del delito básico de tráfico ilícito de migrantes, en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, solo se exige probar la facilitación de la entrada ilegal y no otros elementos físicos o mentales relacionados con las ganancias o beneficios obtenidos por el autor o que este se propusiera obtener. En la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, la presencia de un beneficio financiero o de orden material constituye un factor agravante en el momento de la imposición de la pena<sup>6</sup>. El enfoque adoptado por la Unión Europea, que permite, pero no exige a sus Estados miembros excluir las actividades cuyo objetivo sea prestar ayuda humanitaria, deja abierta la posibilidad de que las personas implicadas en la facilitación de la entrada y el tránsito irregulares con fines humanitarios sean enjuiciadas. Dicha penalización puede extenderse a las personas que presten a los migrantes que se encuentren en peligro una asistencia que dé por resultado su entrada irregular en un Estado miembro de la Unión Europea.

### **1. Aspectos específicos de la aplicación y la práctica**

30. En algunos Estados que han incluido algún aspecto del elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en su legislación, el concepto pertinente parece limitarse al beneficio financiero o pecuniario, aunque algunos profesionales han indicado que, en teoría, podrían estar incluidos algunos otros beneficios, como la prestación de servicios laborales, y posiblemente otros servicios. En otros Estados, parece existir una clara intención legislativa de asegurar que el elemento pueda aplicarse con arreglo a un criterio más amplio. En esos Estados, suele considerarse que un migrante que, por ejemplo, tripule una embarcación destinada al tráfico ilícito (o maneje un vehículo con ese fin) en lugar de pagar los honorarios estipulados al

<sup>6</sup> Consejo de Europa, Comité Europeo para los Problemas de Delincuencia, “Working document: national laws relating to smuggling of migrants in Council of Europe member States” (Estrasburgo, 2016), pág. 6.

traficante, o que lo haga a cambio de una reducción de esos honorarios, constituye beneficio<sup>7</sup>.

31. En los Estados en que el concepto hace referencia a un beneficio obtenido “indirectamente”, se entenderá por ello una expectativa de enriquecimiento, en el caso de que el beneficio aún no se haya obtenido o sea “inminente”. En relación con esos Estados, se considera que el marco legislativo del concepto de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” excluye cualquier mínima en la obtención de ganancias u otros beneficios; incluso una cantidad pequeña o un beneficio relativamente menor es suficiente para que se cumpla la condición o el requisito necesario que determine la existencia de un delito grave y no supone un obstáculo para el enjuiciamiento.

32. En general, los Estados que han incluido algún aspecto del concepto de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en su legislación, suelen considerar que el concepto admite una interpretación lo bastante amplia como para abarcar las diversas formas en que los traficantes pueden obtener beneficios de sus delitos. Sin embargo, en la práctica, parece ser que en la mayoría de los casos el concepto de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” solo se aplica sobre la base del beneficio financiero y que la ganancia económica sirve para distinguir el tráfico ilícito organizado de otras conductas.

## 2. Exenciones humanitarias en la legislación y la práctica

33. Como se ha señalado, la intención de los redactores del Protocolo era que la definición de tráfico ilícito de migrantes no se aplicara a la facilitación de la circulación de migrantes a través de las fronteras nacionales con fines estrictamente humanitarios. Sin embargo, son raras las exenciones de carácter explícitamente humanitario<sup>8</sup>. Por otra parte, la exención establecida en un país respecto de la facilitación de la entrada o la salida que no esté motivada por el lucro también da lugar a la exclusión del tráfico realizado con fines estrictamente humanitarios, pero ese enfoque amplio es poco común y los estudios de investigación realizados recientemente por la UNODC confirman una tendencia general entre los Estados a no incluir esa exención o a darle una interpretación restrictiva.

34. En la mayoría de los países, en la práctica, la exención humanitaria exime de sanción, aunque no de la formulación de cargos. Una situación similar se da en algunos países donde la existencia de beneficios o ganancias solo entra en juego cuando se trata de refutar cualquier insinuación de que la asistencia prestada a un solicitante de asilo tenía una motivación humanitaria. En todos los países que prevén una exención de carácter explícitamente humanitario, la constatación de una combinación de motivaciones (es decir, humanitarias y financieras) es suficiente para que la exención no pueda aplicarse, de modo que se enjuiciará y sancionará a los responsables de los correspondientes casos de contrabando de personas.

35. Se han expresado reservas acerca de la posibilidad de que los agentes humanitarios puedan gozar de inmunidad en cuanto a las consecuencias de su participación en la facilitación sistemática y a gran escala de desplazamientos irregulares, en particular en los Estados que se enfrentan a flujos masivos de migrantes. Concretamente, preocupa la idea de que la aplicación rígida de ese principio pueda redundar en provecho de los traficantes<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> De los 13 países encuestados en un estudio reciente de la UNODC, solo cuatro incluyen exenciones de carácter explícitamente humanitario en su legislación, y solo en circunstancias cuidadosamente definidas (*The Concept of “Financial or Other Material Benefit” in the Smuggling of Migrants Protocol*). La jurisprudencia sobre las exenciones humanitarias puede consultarse también en el portal de conocimientos sobre el tráfico ilícito de migrantes (véase, por ejemplo, *R c. Abdulle* (2014) y *R c. Abdulle* (2015) (Canadá); la resolución 151/2008 (España); y la sentencia de 14 de septiembre de 2014, Francia.

<sup>9</sup> *Ibid.*

36. En la práctica, las motivaciones de índole humanitaria pueden influir en las decisiones sobre el enjuiciamiento y la imposición de la pena. A falta de exenciones de carácter humanitario en la ley, parece ser que, frente a pruebas claras de intención humanitaria y en ausencia de indicios de (búsqueda u obtención) de beneficios financieros u otros beneficios de orden material por parte del sospechoso, los Estados suelen adoptar la decisión de no proceder a su enjuiciamiento. Cuando esos casos se llevan a juicio, existe la posibilidad de reducir las condenas o no imponer pena alguna en razón de que no había intención de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. Si bien toda intención de obtener un beneficio invalida la afirmación de que la conducta tenía carácter humanitario, en general la condena puede reducirse, incluso en los casos en que el traficante haya obtenido algún beneficio o ganancia, siempre que no haya sido esa su motivación principal.

37. El ejercicio por el ministerio público de su discrecionalidad en la decisión de no perseguir algunos casos, se considera en general una forma de adaptarse a diferentes realidades, al igual que lo es la flexibilidad en la imposición de las penas, aunque es posible que ese método no sea suficientemente eficaz para garantizar resultados coherentes y apropiados.

38. En la mayoría de los Estados de destino encuestados por la UNODC, los solicitantes de asilo representan una parte sustancial de los migrantes que son objeto de tráfico ilícito y, de hecho, a muchas de esas personas se las reconoce posteriormente como refugiados. En la práctica, en los casos de facilitación sin ánimo de lucro de la entrada o la estancia de solicitantes de asilo, las exenciones de carácter humanitario descritas brevemente con anterioridad se aplican sin que se establezca diferencia alguna fundada en si el migrante tenía la intención de solicitar asilo o si el traficante sabía o creía que esa era la intención del migrante.

39. Las exenciones con respecto a la facilitación de la entrada o la permanencia de familiares también parecen ser limitadas. Dependiendo de las circunstancias del caso, puede aplicarse la excepción humanitaria de carácter general antes descrita. En la mayoría de los Estados los especialistas confirmaron que es poco probable que se asigne prioridad al enjuiciamiento de los casos de facilitación de la entrada ilegal de familiares sin ánimo de lucro, y que, incluso si esos casos se llevan a juicio, es probable que no se imponga pena alguna o que se imponga una pena leve. Al mismo tiempo, se considera poco probable que la facilitación de la entrada ilegal de familiares con fines de lucro esté exenta como acto humanitario. Por consiguiente, aunque apoyan el ejercicio de esa discrecionalidad, las exenciones explícitas de enjuiciamiento por tráfico ilícito de familiares no gozan de apoyo general, habida cuenta también de que algunas organizaciones delictivas tienen una estructura familiar y de que el concepto de “familia” podría hacer extensiva esa exención a un gran número de beneficiarios.

40. Independientemente de si el afán de lucro o beneficio se recoge en la legislación nacional y de la manera en que lo haga, la aplicación del marco jurídico relativo al tráfico ilícito debe reflejar el hecho de que se trata de un delito que se comete con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

### **C. Cuestiones probatorias, sanciones y disuasión**

41. Entre las consideraciones de política y de índole práctica que explican la inclusión del “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” como elemento de los delitos básicos de tráfico ilícito cabe señalar la premisa de que es un componente esencial del delito de tráfico ilícito de migrantes y tiene una incidencia fundamental en la manera en que se entiende el delito y se responde ante este.

42. En cambio, un argumento para excluir completamente el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” o para considerarlo meramente un elemento agravante del delito es que, si bien el tráfico ilícito está motivado casi siempre por el lucro, los Estados deben cerciorarse de que tienen la flexibilidad necesaria para responder a todas las situaciones de facilitación de entrada y

permanencia ilegales. La discrecionalidad judicial o en materia de enjuiciamiento puede contribuir a mantener la atención de manera especial, si no exclusiva, en quienes están motivados por el lucro.

43. Al examinar los aspectos más prácticos, se detecta preocupación por la pesada carga probatoria que se deriva de la inclusión del “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” como elemento de los delitos básicos, en particular si los fiscales están obligados a demostrar la obtención de un beneficio real, en vez de la intención de obtenerlo. También deben tenerse en cuenta las dificultades para obtener pruebas fiables, en particular de los migrantes objeto de tráfico ilícito y en los casos en que el pago de los servicios se realiza a través de un intermediario o de otro modo indirecto. Sin embargo, la omisión del elemento de lucro no impide tener en cuenta ese aspecto, que con frecuencia es muy importante para entender lo ocurrido.

44. En los Estados en que el marco jurídico no incluye el “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” como elemento de los tipos penales básicos de tráfico ilícito, los especialistas consideraron que la exigencia de pruebas de beneficio financiero u otro beneficio de orden material entrañaría dificultades en las fases de investigación y enjuiciamiento. Señalaron la complejidad de llevar a cabo investigaciones financieras y de atribuir un beneficio concreto a una determinada persona, en particular en las operaciones de tráfico ilícito a gran escala. Haciéndose eco de las preocupaciones expresadas por especialistas de otros Estados, también subrayaron repetidas veces las dificultades para obtener pruebas fiables – directas o corroborantes – de los propios migrantes objeto de tráfico ilícito. Con frecuencia esos migrantes temen ser enjuiciados, comprometer las posibilidades de que se aprueben sus solicitudes de asilo y sufrir represalias. Incluso cuando están dispuestos a cooperar, los migrantes objeto de tráfico ilícito pueden ser testigos ineficaces y fácilmente descalificables, pues probablemente tienen un escaso conocimiento de quiénes son los organizadores que intervienen en su viaje en niveles superiores.

45. Tener en cuenta todo elemento del concepto de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” que esté presente parece ser importante, independientemente de si se recoge en la ley y de la manera en que se haga. Como se señaló anteriormente, el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” actúa como factor agravante en la imposición de penas por determinados delitos de facilitación de entrada y permanencia. Por lo general, si se incluye el lucro o el afán de lucro, el nivel de beneficio o ganancia se considera irrelevante para establecer si se ha cometido el delito. Independientemente del enfoque legislativo que adopten los Estados, parece que la motivación que impulsa el tráfico ilícito de migrantes es fundamental en la fase de imposición de la pena y que el peso que haya tenido la motivación económica en la comisión del delito influirá al determinar su gravedad objetiva.

46. De la misma forma en que resulta poco probable que el tráfico ilícito con fines humanitarios o de reunificación familiar sea objeto de las penas más severas, una motivación financiera clara, junto con pruebas de grandes beneficios reales o previstos, acarreará inevitablemente penas más severas. De conformidad con ese enfoque, cabe esperar que una rentabilidad financiera relativamente baja dé lugar a penas más leves (en particular si la obtienen o esperan obtener agentes locales pobres y de rango inferior contratados para tripular embarcaciones destinadas al tráfico ilícito).

47. Se considera que las personas que cometen delitos de tráfico ilícito sin más motivo que el lucro son más culpables y merecen sanciones más severas que aquellas cuyos motivos son altruistas o cuya motivación es una mezcla de ambas cosas. El enfoque también obedece a una cuestión muy práctica, a saber, que unos beneficios o ganancias reales o previstos bajos apuntan a autores de delitos leves. Un claro afán de lucro y la expectativa de obtener grandes ganancias muchas veces están asociados con la delincuencia organizada y la comisión de delitos graves, así como con una conducta de explotación de los migrantes objeto de tráfico ilícito o un trato que puede poner en peligro su vida. En los casos en que el beneficio no es financiero, sino que, por

ejemplo, reviste la forma de servicios o trabajo, los consiguientes factores agravantes (como el trato inhumano o la explotación) pueden no guardar relación con el concepto de lucro o beneficio.

48. Existe un vínculo fundamental y esencial entre el tráfico y el lucro; cuando no responde a motivos humanitarios o de reunificación familiar claros, el tráfico tiene invariablemente una motivación económica. Independientemente de cómo ello se recoja en la legislación, los tribunales no parecen tener dificultades para reconocer y responder a ese hecho. Entre los factores que se tienen en cuenta para deducir la existencia de un beneficio financiero u otro beneficio de orden material cabe citar la falta de relación de familia o de otra índole entre el traficante y el migrante, el hecho de que migrantes anteriores le hayan pagado, de que el acusado haya delinuido anteriormente o de que viva muy por encima de sus posibilidades legítimas, o de que el tráfico se realice en condiciones tan precarias que no pueda obedecer a motivos humanitarios.

49. Además de las pruebas proporcionadas por los testigos, las escuchas telefónicas constituyen también un instrumento investigativo esencial para demostrar la intención de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material y probar la existencia de un beneficio financiero u otro beneficio de orden material en ausencia de registros oficiales de cualquier transacción realizada. El seguimiento de las transferencias bancarias y de otro tipo también se utiliza de forma generalizada en muchos Estados, pero ha planteado problemas en otros, sobre todo en el caso de las transferencias desde o hacia bancos extranjeros. Al mismo tiempo, la jurisprudencia sobre el tráfico ilícito de migrantes muestra que los pagos se suelen realizar a través de Western Union y MoneyGram; la cooperación con esos proveedores de servicios financieros ha permitido reunir pruebas importantes sobre el movimiento de efectivo. Esa cooperación constituye un ejemplo notable de práctica óptima que se ha traducido en una colaboración eficaz entre entidades privadas y autoridades investigadoras<sup>10</sup>.

50. Centrar la atención en el “beneficio financiero u otro beneficio de orden material”, independientemente de si es o no un elemento del delito, tiene un valor estratégico. Por ejemplo, en los casos en que no se da una remuneración a los traficantes de migrantes o en que se les paga mediante la realización de trabajos, la investigación o el enjuiciamiento puede reorientarse hacia la trata de personas o hacia una posible relación entre la facilitación de la circulación y el terrorismo. En los casos en que resulta claro que el tráfico ilícito de migrantes se realiza con fines de lucro, prestar atención a los aspectos económicos del delito puede contribuir a enjuiciamientos de gran alcance, como por ejemplo, enjuiciamientos por participación en actos de delincuencia organizada. Ese enfoque también contribuye al rastreo, el embargo preventivo y la incautación de los bienes de los organizadores, lo que ofrece una oportunidad importante para desarticular operaciones de contrabando complejas y de gran envergadura.

#### **D. Cooperación jurídica internacional**

51. La cooperación internacional es fundamental para hacer frente con eficacia al tráfico ilícito de migrantes. Además del marco específico de colaboración establecido en el artículo 8 del Protocolo, cobran especial importancia en la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes por mar, el artículo 10 sobre intercambio de información entre los Estados partes y el artículo 14 sobre capacitación y cooperación técnica.

52. También cabe esperar que los Estados partes utilicen plenamente las disposiciones relativas a la cooperación internacional de la Convención contra la Delincuencia Organizada, que se aplican, *mutatis mutandis*, al Protocolo.

53. La compleja naturaleza de las redes delictivas dedicadas al tráfico ilícito de migrantes y de su *modus operandi* hace que no se pueda identificar a los traficantes

<sup>10</sup> Véase el portal de conocimientos sobre el tráfico ilícito de migrantes, Asunto núm. 7472/15-RN G.I.P Glauco II, Italia, disponible en [www.unodc.org](http://www.unodc.org).

únicamente determinando cuál es su país de salida: es necesario rastrear la propia red delictiva hasta los países de tránsito y destino.

54. La clave para una respuesta eficaz e integral al tráfico ilícito de migrantes por mar radica en el fortalecimiento de la cooperación multilateral en las investigaciones realizadas en las rutas de tráfico ilícito. Se debe alentar a los Estados interesados a que intercambien información y conocimientos técnicos periódicamente, tal y como se dispone en el artículo 10 del Protocolo, y faciliten la comunicación directa entre los agentes encargados de hacer cumplir la ley en los países por los que discurren las mismas rutas de tráfico ilícito.

55. Se han de fomentar y multiplicar las iniciativas regionales y transregionales con miras a intensificar la cooperación en las investigaciones contra el tráfico ilícito de migrantes por rutas comunes. Estas iniciativas también podrían ayudar a determinar y establecer canales de cooperación cuando la inestabilidad de los países interesados suscite dudas acerca de quiénes son los interlocutores pertinentes.

56. La cooperación internacional en las investigaciones relacionadas con el rastreo, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de activos ilícitos y el producto del delito también es esencial para sancionar y disuadir debidamente a los grupos delictivos organizados que estén involucrados en el tráfico ilícito de migrantes. El producto del delito a menudo se esconderá en países distintos de aquellos donde se generó y, en algunos casos, podría incluso atravesar uno o más países durante el proceso. Es preciso, por lo tanto, que las autoridades y los organismos competentes encargados de hacer cumplir la ley cooperen a nivel internacional para descubrir el origen, el movimiento y la ubicación de los activos ilícitos producto del delito. Con ese fin, en los artículos 13 y 14 de la Convención, que se aplican al tráfico ilícito de migrantes, se enuncian disposiciones que abarcan los aspectos internacionales de la identificación, el embargo preventivo y el decomiso del producto y los instrumentos del delito. El cumplimiento de esas disposiciones dotaría de mayor eficacia a las medidas adoptadas por los Estados para privar a los traficantes del producto del delito.

57. El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes pretende promover un enfoque coherente para definir y tipificar como delito el tráfico ilícito de migrantes, entre otras cosas, a fin de sentar una base sólida para la cooperación jurídica internacional, en particular mediante la asistencia judicial recíproca y la extradición. Los principios generales de la cooperación jurídica internacional exigen que la conducta que sea objeto de una solicitud de asistencia judicial recíproca o de extradición se considere delito penal tanto en el Estado requirente y como en el Estado requerido.

58. Existe la cuestión de si las diferencias entre los marcos jurídicos nacionales, en particular en lo referente a la definición de tráfico ilícito de migrantes y a la inclusión o exclusión del elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material”, pueden vulnerar el principio de la doble incriminación y poner en peligro esa cooperación.

## **E. Otros agentes: la sociedad civil**

59. Independientemente de si el “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” se recoge en la legislación nacional como elemento de los delitos de tráfico ilícito de migrantes, es necesario que el marco general de entendimiento y aplicación de las leyes pertinentes prevea salvaguardias para asegurar que las organizaciones religiosas, la sociedad civil y los particulares que actúen sin el propósito de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material queden excluidas de la aplicación de los tipos penales de tráfico ilícito y que esa exclusión no se utilice para escapar de la justicia.

60. Las investigaciones llevadas a cabo por el Centro de Estudios Políticos Europeos han confirmado que algunas organizaciones de la sociedad civil temen ser sancionadas por su labor de asistencia a los migrantes en situación irregular en relación con su entrada y con su estancia. En el informe también se señala que, si bien están

protegidos frente al enjuiciamiento en virtud de los regímenes jurídicos relativos al salvamento en el mar, el temor a ser procesados ha disuadido a algunos capitanes de barcos, en particular de pesqueros que navegan por el Mediterráneo, de rescatar a migrantes que se encontraban en peligro. Es importante observar que este y otros estudios han llegado a la conclusión de que los enjuiciamientos en casos de facilitación de la entrada, rescate o prestación de asistencia con fines humanitarios son poco frecuentes, aunque no inéditos.

61. En el plano normativo, distintos órganos de la Unión Europea se han pronunciado en contra del enjuiciamiento y la penalización de quienes presten apoyo a los migrantes con fines no lucrativos. En 2014, la Agencia de los Derechos Fundamentales recomendó que los Estados miembros de la Unión Europea incluyeran siempre el beneficio financiero u otro beneficio de orden material entre los requisitos de penalización o excluyeran expresamente la penalización de la facilitación de la entrada y la estancia cuando obedeciera a motivos humanitarios<sup>11</sup>. Además, recomendó que los Estados no sancionaran expresamente el salvamento en el mar y la prestación de asistencia a los refugiados que buscaran protección, así como la prestación de asistencia humanitaria a los migrantes en situación irregular, mediante alimentos, refugio, atención médica y asesoramiento jurídico (sin ánimo de lucro).

62. El Director General de Políticas Internas del Parlamento Europeo ha recomendado que se revisen los dos instrumentos de la Unión Europea para hacer obligatoria la exención humanitaria e incluir el propósito de obtener un “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” como elemento de todos los delitos de facilitación. Cabe señalar que el Plan de Acción de la Unión Europea contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020) pone de relieve la necesidad de centrarse en el “modelo de negocio” del tráfico ilícito y fortalecer las investigaciones financieras para privar a los traficantes de sus beneficios, garantizando que se apliquen sanciones penales apropiadas, sin correr el riesgo de penalizar a quienes prestan ayuda humanitaria a los migrantes que necesitan socorro.

#### **IV. Instrumentos fundamentales y recursos recomendados**

*Documento temático sobre el concepto de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material”*

La UNODC, consciente de la importancia fundamental de un entendimiento común de la definición internacionalmente acordada del tráfico ilícito de migrantes, ha realizado un estudio sobre el elemento de “beneficio económico u otro beneficio de orden material” de esa definición. En el estudio se examina la legislación y la jurisprudencia de un grupo ampliamente representativo de Estados con el fin de obtener una perspectiva comparativa sobre la manera en que ese aspecto de la definición se ha entendido y aplicado. Se presta especial atención a las experiencias y opiniones de los profesionales que participan en la investigación y persecución del tráfico ilícito de migrantes y otros delitos conexos.

##### **Otros instrumentos fundamentales y recursos recomendados**

Para información sobre otros instrumentos fundamentales y recursos recomendados, véase el documento de antecedentes preparado por la Secretaría, titulado “Utilización de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para hacer frente a los problemas relacionados con el tráfico ilícito de migrantes” (CTOC/COP/WG.7/2017/3).

<sup>11</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Criminalisation of Migrants in an Irregular Situation and of Persons Engaging with Them* (Viena, 2014).