

EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES DESDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CASOS CHILENO, ESPAÑOL Y ECUATORIANO*

Smuggling of migrants from proportionality: a comparative analysis of the chilean, spanish and ecuadorian cases

Edison Calahorrano Latorre**

Recepción: 23 de octubre de 2019. Aceptación: 2 de junio de 2020.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2020.v29.a86>

RESUMEN

El presente trabajo analiza el tipo penal de tráfico ilícito de migrantes desde sus elementos, con la finalidad de establecer diferencias con el delito de trata de personas y verificar si se justifica su inclusión en el catálogo penal, a partir de someterlo al test de proporcionalidad, por lo que se toman como referentes las tipificaciones constantes en los Códigos Penales de Chile, España y Ecuador. A partir de los principios y subprincipios del test de proporcionalidad se argumenta que no todos los casos de tráfico ilícito de migrantes deben, necesariamente, estar inscritos en la protección del *ius puniendi* estatal, para lo cual se recurre a las funciones del Derecho Penal en el estado constitucional de derecho, el principio de proporcionalidad y la necesidad de combatir y sancionar la criminalidad organizada.

Palabras clave: tráfico ilícito de migrantes, principio de proporcionalidad, criminalidad organizada, migración.

ABSTRACT

This paper analyzes the crime of smuggling of migrants from its elements, in order to establish differences with the crime of trafficking in persons and to

* Artículo producto de trabajo investigativo elaborado en el contexto del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca, Chile.

** Candidato a Doctor en Derecho Universidad de Talca, Chile. Magíster en Política Pública, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Ecuador. Becario de Doctorado Nacional ANID Folio nro. 21190283. Dirección de correo: ecalahorrano@utalca.cl. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0408-5737>.

verify if its inclusion in the criminal catalogue is justified, from submitting it to the proportionality test, so the constant typifications in the Criminal Codes of Chile, Spain and Ecuador are taken as references. Based on the principles and sub-principles of the proportionality test, it is argued that not all cases of smuggling of migrants must necessarily be registered in the protection of state *ius puniendi*, for which the functions of criminal law in the Constitutional State are used of law, the principle of proportionality and the need to combat and punish organized crime.

Key words: smuggling of migrants, principle of proportionality, organized crime, immigration.

1. INTRODUCCIÓN

La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son identificados en las modernas legislaciones penales como delitos contra la migración; y, a pesar de sus similitudes, guardan características propias que les otorgan un distinto nivel de relevancia dentro de la política criminal.

El constitucionalismo contemporáneo exige que las normas penales sean calificadas bajo el principio de proporcionalidad. Bajo esta premisa, la limitación a derechos fundamentales que la pena causa sobre el condenado debe ser legítima, idónea, necesaria y estrictamente proporcional al daño que se ocasiona al bien jurídico protegido.

En el presente trabajo se verificará si la prescripción de tipificación del delito de tráfico de migrantes realizada por el Protocolo de Palermo se encuentra justificada mediante la aplicación del test de proporcionalidad, o cuáles de sus modalidades deben permanecer.

En primer lugar, se analizarán las características del delito de tráfico ilícito de migrantes y sus especificidades respecto al delito de trata de personas; posteriormente se indagará respecto a su configuración como un delito complejo cometido en red de ilícitos y bajo la estructura de criminalidad organizada. Finalmente, se desarrollará un marco teórico sobre el análisis constitucional de las leyes penales desde el principio de proporcionalidad; con el fin de que se pueda someter a la tipificación del delito de tráfico de migrantes a un control de proporcionalidad.

La hipótesis que se maneja es que solo determinadas condiciones del delito de tráfico de migrantes ameritan mantenerse en el ámbito penal, por lo que se pretende resolver el problema jurídico respecto a qué casos comúnmente

tipificados como delito de tráfico de migrantes cumplen con el principio de proporcionalidad para ameritar su inclusión en el catálogo penal de un Estado Constitucional de Derecho.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

La trata y el tráfico de personas son frecuentemente identificados como la nueva esclavitud. En este contexto, desde la estructura del delito, surgirán los sujetos activos del tráfico de migrantes como facilitadores del proceso, mediante mecanismos ilegales a cambio de un rédito económico. El bien jurídico protegido es la dignidad, como la calidad de personas de las víctimas y no de objetos o mercancías, ya que el resultado de la vulneración de este derecho siempre será la explotación (García, Gaxiola & Guajardo, 2007, p. 231).

La diferenciación entre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes es un punto inicial para abordar los elementos fundamentales de ambos delitos. La trata de personas se encuentra definida con un buen grado de precisión en el Protocolo para prevenir, reprimir, sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional¹.

Por su parte, el tráfico ilícito de migrantes consta en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la misma Convención².

1 El artículo 3 literal a) del Protocolo para prevenir, reprimir, sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional, señala que se entenderá por trata de personas:

la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

2 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 Internacional, en su artículo 3, literal a), señala: «tráfico ilícito de migrantes se entenderá 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».

El delito de trata es más complejo, ya que incluye una serie de acciones destinadas a colocar a la persona en la situación de explotación, las cuales se configuran desde la captación en el país de origen, el traslado, la acogida y la recepción final de la persona, hasta la situación de explotación. Dicha circunstancia puede darse a través de otros delitos violentos como el rapto, el fraude, la coacción, el abuso de poder, los engaños o los pagos a quienes representan a la persona objeto de trata o tienen una relación de autoridad con ella.

Por el contrario, el tráfico ilícito de migrantes se restringe a un momento específico del proceso de movilidad que consiste en el cruce de fronteras, para el cual, el sujeto activo presta su facilitación a cambio de un pago. Este delito comúnmente forma parte de la cadena de etapas de la trata, específicamente el transporte, el traslado y la acogida, enmarcándose en la categoría de migración forzada (Castles, 2003, p. 7).

En el tráfico ilícito, el migrante es socio desigual en la transacción. La ganancia se produce por el traslado, para lo cual puede sucederse una variedad de delitos como falsificación de sellos, timbres, documentos de viaje o de identidad; manipulación de bases de datos oficiales; cohecho o, simplemente, el traficante puede ser una guía en el incumplimiento de normas administrativas migratorias como el cruce por pasos fronterizos no autorizados.

La diferencia principal entre el tráfico y la trata radica, entonces, en que la segunda incluye la captación de la persona sujeto de trata; es decir, existe una voluntad e intención del sujeto activo de identificar una determinada persona para los propósitos de explotación; fase que no necesariamente es violenta, razón por la que el Protocolo señala que el consentimiento de la víctima no se tendrá en cuenta para descalificar este delito³. Por otro lado, el rédito económico en la trata no es el transporte o cruce fronterizo, sino la explotación de la víctima (García, 2008, p. 234).

El tráfico ilícito de migrantes tiene carácter transnacional siempre, por cuanto el acto típico constituye la facilitación del cruce de fronteras; la trata, por el contrario, puede darse en contextos internos, especialmente desde el ámbito rural hacia el urbano.

3 El artículo 3, literal b), se refiere a que muchas veces quien realiza la captación es una persona muy cercana a la víctima, y el consentimiento inicial existe. Por su parte, el literal c) señala que en el caso de niñas y niños la finalidad de explotación siempre permitirá calificar su traslado como trata, aunque los medios no sean por la fuerza.

En resumen, habría tres elementos en el tráfico que no se producen en la trata o, por lo menos, no en todos los casos: el consentimiento de la víctima, que en la trata se pierde en el momento en que se activa la variable de la explotación; el carácter transnacional, presente siempre en el tráfico y no siempre en la trata, y la explotación, rasgo característico del delito de trata de personas (García, 2008; p. 235)⁴.

Señalada esta diferencia (Requena *et al.*, 2012, p. 6), se puede continuar el análisis del tipo penal tráfico ilícito de migrantes por sus elementos principales.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) señala que el tráfico ilícito de migrantes no tenía una definición unívoca hasta la expedición del Protocolo correspondiente. En efecto, a partir de este documento, dicho delito tiene como sujeto activo al traficante intermediario, y como sujeto pasivo al Estado receptor de los inmigrantes traficados. Luego, el verbo rector es

4 Puede recurrirse también a la diferenciación hecha por el Tribunal Supremo Español en el Fallo STS 824-2016 de 04 de marzo de 2016 que señala:

Ambas conductas entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a inmigración ilegal (antes llamado tráfico ilícito, lo que generó la confusión): una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual. En el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados, extracción de órganos u otras formas de abuso; mientras que en el caso de la inmigración ilegal, el precio pagado por el inmigrante irregular, cuando se realiza en el subtipo agravado de ánimo de lucro, es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino. La otra gran diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, aun cuando no exija necesariamente la cooperación en el traspaso de fronteras, mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter transnacional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos, o incluso españoles. Generalmente las víctimas de la trata de personas comienzan consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro exclusivamente para realizar un trabajo lícito (inmigración ilegal), para después ser forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas del delito de trata de personas. Y una tercera diferencia se encuentra en la naturaleza del delito de inmigración ilegal como delito necesitado en todo caso de una heterointegración administrativa. Conforme a lo dispuesto en el art 318 bis, este tipo delictivo, que en realidad tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral, requiere en todo caso la vulneración de la legislación sobre entrada, estancia o tránsito de los extranjeros. Mientras que en el delito de trata de seres humanos esta vulneración no se configura como elemento típico, siendo los elementos relevantes la afectación del consentimiento y la finalidad de explotación.

«facilitar» la entrada de la persona al Estado receptor; pero tal entrada es irregular, es decir, atentatoria de la normativa migratoria de dicho Estado. Por último, el bien jurídico protegido sería la soberanía del Estado receptor y la finalidad, el lucro (OIM, 2012, p. 19).

El primer problema de este análisis, a nuestro criterio, es que convierte en invisible a la víctima, entendida como la persona sujeto de tráfico, por cuanto señala al Estado como sujeto pasivo y la soberanía como bien jurídico protegido lesionado.

El segundo elemento a analizar se refiere a si efectivamente la soberanía del Estado es el bien jurídico protegido, puesto que se ha establecido que existe una víctima del delito que, eventualmente, puede sufrir graves afectaciones a la integridad física o incluso la vida; sin embargo, parecería ser que el Protocolo señala al Estado y su derecho de admitir o inadmitir personas no nacionales ni residentes en su territorio como el verdadero afectado, razón por la cual las consecuencias comunes para este son la deportación o expulsión del territorio.

Resulta conveniente en este punto diferenciar entre inmigración irregular y tráfico ilícito de migrantes. La OIM señala que la migración irregular es entendida como todo movimiento internacional que tiene lugar fuera del marco regulatorio migratorio de los países de envío, de recepción o de tránsito (OIM, 2012, p. 24). El tráfico ilícito de migrantes es una de las modalidades en que puede producirse la migración irregular; aquella en la que un tercero la facilita o promueve con actos concretos como falsificaciones de documentos, cruces de frontera no autorizados, etc. Este facilitador debe estar motivado en el lucro, para que la conducta sea considerada tráfico; sin embargo, hay algunas variaciones en las tipificaciones de este delito.

En Chile, la Ley 20.507 de 08 de abril de 2011 tipificó los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. Sobre el primero se adoptó la siguiente redacción:

El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260⁵.

En los considerandos del primer proyecto de Ley presentado sobre la materia, y que terminaría en la aprobación de la Ley 20.507, se señaló que la creciente delincuencia transnacional ligada al tráfico de niños, niñas y adolescentes, además de la necesidad de cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos que exigía una tipificación propia, llevó a la presentación del mencionado Proyecto de Ley⁶.

La redacción final acogería los verbos rectores “facilite o promueva”⁷ la entrada ilegal de una persona no nacional o residente; por lo que la amplitud sería mayor que la del tipo establecido en el Protocolo de Palermo. En segundo lugar, señala dos modalidades agravadas: la primera, cuando la integridad de la persona traficada se ve comprometida, y la segunda, cuando la vida sea afectada o la persona traficada sea un menor de edad. Como se observa, la redacción acogida en Chile tiene un acento especial en la víctima, algo que no contiene el Protocolo de Palermo, y demuestra el compromiso estatal respecto a la erradicación de la migración insegura que compromete la salud o la vida de la víctima.

El Código también agrava la pena si el que intermedia es un funcionario público; incluso si se prescinde de la recompensa dineraria⁸. Esto nos permite verificar que la tipificación del delito responde también a la necesidad de que se

5 Código Penal de Chile; tipificación introducida por la Ley 20507 de 08 de abril de 2011.

6 Moción Parlamentaria de 05 de enero de 2005 en sesión 352.

7 En la causa RIT 6978-2010 se condena imputados por promoción y facilitación de migración ilegal desde Pakistán.

8 Al respecto puede revisarse el fallo de la Corte Suprema de Rol 453-2014 de 11 de febrero de 2015:

Que, el artículo 411 bis del Código Penal, en sus incisos primero y segundo, sanciona al que, con ánimo de lucro, facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, poniendo en peligro la integridad física o salud del afectado, con la pena de reclusión menor en su grado máximo.

De este modo, se entiende por los sentenciadores y a diferencia de lo sostenido por las Defensas, que no es posible compensar la atenuante de irreprochable conducta anterior que beneficia a Clara Corporán y Cristián Carpio, con la circunstancia contemplada en el inciso segundo del artículo 411 bis referido, pues esta última tiene carácter especial y actúa como una calificante del ilícito, y no como una simple modificatoria de responsabilidad penal.

respete la soberanía del Estado respecto a quienes ingresan y salen de él, mediante el cumplimiento de requisitos administrativos, por lo cual es inadmisibles que un funcionario público atente contra estos procedimientos⁹.

El bien jurídico protegido en la redacción adoptada por Chile sería la ley migratoria, es decir, la política migratoria del Estado chileno (Aguilar, 2012, p. 187).

El análisis de los sujetos de este delito reviste una importante preocupación que radica en que el sujeto activo seguiría siendo el traficante individual o en red; el sujeto pasivo sería el Estado chileno y la persona traficada, el objeto material del delito; pero que, por la vigencia del artículo 68 del Decreto Ley 1094 de 1975, podría ser susceptible de sanción penal, en expresa contravención del artículo 5 del Protocolo de Palermo referente a tráfico ilícito de migrantes.

La normativa ecuatoriana, por su parte, ha tenido un recorrido complejo en la tipificación de este delito, iniciando con el texto del artículo 440 A del Código Penal introducido el 30 de junio de 2000:

Art. 440-A.- El que por medios ilegales facilitare la migración de personas nacionales o extranjeras hacia otros países, siempre que ello no constituya infracción más grave será reprimido con la pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años¹⁰.

Esta redacción imprecisa incluye la facilitación a la migración hacia dentro y fuera del país, incluso estableciéndolo como tránsito; puesto que así lo consagra la frase «hacia otros países».

Si bien esta redacción sufriría modificaciones, la complejidad de la reforma realizada en el artículo 213 del Código Integral Penal el 10 de febrero de 2014 se manifiesta de la siguiente manera:

La persona que, con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material por cualquier medio, promueva, capte, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración ilícita de personas nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado ecuatoriano hacia otros países o viceversa o, facilite su permanencia irregular en el país,

9 El agravamiento respecto al daño a la integridad o la vida corresponde a lo establecido en el artículo 6 del Protocolo de Palermo.

10 Código Penal Ecuatoriano, 30 de junio de 2000.

siempre que ello no constituya infracción más grave, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años¹¹.

Hay varios verbos rectores que traerían problemas prácticos al momento de la imputación; por ejemplo, acoger, colaborar, participar, ayudar; de hecho, estos abren desmesuradamente el espectro de las conductas que podrían ser punibles. El tráfico ilícito de migrantes, por lo general, es asumido por una red de servicios, algunos de ellos lícitos y otros ilícitos; con verbos rectores tan abiertos como los señalados, cualquier participación, por más indirecta que sea, podría generar que una persona sea imputable por este delito.

En esta tipificación aparece el beneficio económico como elemento central; así mismo, el bien jurídico protegido radicaría en la soberanía del Estado y su regulación migratoria¹². La pena, de siete a diez años, es especialmente alta, lo que denota una intención de sancionar severamente estos actos¹³.

Para finalizar este acápite tomamos en cuenta la tipificación española del tráfico de migrantes, por su redacción bastante ordenada y completa, además de matizar distintas modalidades que se presentan respecto a este delito. Se trata del texto del artículo 318 bis del Código Penal español¹⁴.

11 Código Integral Penal de Ecuador, 10 de febrero de 2014.

12 Así se ratifica en la jurisprudencia, como es el Caso 19-2012 de 14 de febrero de 2013, en el que se señala:

Este tipo de delitos comprometen la seguridad del Estado, cuya característica especial es el cruce irregular e ilegal de fronteras, uso de documentos falsos y consentimiento (real o mediante engaño). La actividad consiste en la utilización de medios como el engaño y oferta de dinero y un propósito cual es ir a trabajar para lograr una situación económica mejor. El elemento fundamental es la oferta de cruce seguro de fronteras.

13 La tradición de país productor de migración conllevó algunos fallos sobre la materia, la mayoría con resultado de muerte y que retratan momentos dramáticos que ameritarían la decisión de política criminal de aumentar las penas para este delito en el Código Integral Penal. Algunos fallos que pueden consultarse son el 593-07 de 16 de junio de 2009 y el 283-2010 de 20 de abril de 2010.

14 El texto de la norma es el siguiente:

1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España,

El numeral primero es expreso en señalar como sujetos pasivos a la legislación de entrada o tránsito de extranjeros y al Estado español como parte de la Unión Europea. El reforzamiento respecto a la prohibición de esta conducta es evidente ante un contexto comunitario. El tipo despenaliza la conducta si la intención de la ayuda al ingreso es humanitaria; pero la agrava si la finalidad es obtener un rédito económico. La intensidad de la pena se incrementa considerablemente cuando el delito sea cometido por una organización, especialmente si el imputado es quien la lidera, y cuando se atentare gravemente contra la vida o la integridad de las personas objeto del delito. Un tercer escenario agravado es el del funcionario público que cometa el delito como parte de abuso de su poder, lo cual coincide con la tipificación en Chile.

Finalmente, en consonancia con la sólida trayectoria de conceder responsabilidad penal a las personas jurídicas, se prevé el caso en que sea una de estas la perpetradora del delito. En el último acápite se establece una interesante carta abierta que permite al Tribunal cierto ámbito de discrecionalidad en la aplicación de la pena, atendiendo a variables como gravedad y circunstancias de los hechos, condiciones del culpable y finalidad perseguida. Por lo tanto, el análisis contextual e integral de las acciones llevadas a cabo por los sujetos activos

vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
 - a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.
 - b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.
4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.
Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.
6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

y la finalidad permiten distinguir la conducta que amerita separarse del ámbito administrativo e instalarse en el ámbito penal¹⁵.

3. EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES COMO CRIMINALIDAD ORGANIZADA

La cooperación interestatal es un elemento que se repite en el Protocolo de Tráfico de Migrantes, debido al carácter transnacional de este delito, ya que su acción misma consiste en facilitar a un tercero el cruce de una frontera por medios ilegales. El funcionamiento en red y la serie de servicios que requiere esta tarea necesariamente provocará que varios de ellos se presten en el país de origen, otros durante el viaje en los distintos lugares de tráfico, y también en el país receptor.

La OIM señala que los Estados deben cooperar en la mayor medida posible para prevenir, perseguir, combatir y sancionar el tráfico ilícito de migrantes, para lo cual establece una serie de recomendaciones de cooperación y asistencia internacional: respeto a medidas fronterizas, calidad de los documentos de viaje, capacitación y asistencia técnica, extradición de traficantes, repatriación de víctimas objeto de tráfico, asistencia judicial recíproca, coordinación para la incautación de bienes y fomento a la firma de convenios (OIM, 2012, pp. 57-59).

Esta serie de medidas recomendadas por la OIM se encuentran comprendidas en el Protocolo de Palermo dentro de la prevención del tráfico.

La delincuencia organizada es un fenómeno incrementado por la globalización y el acceso a mecanismos tecnológicos que permiten amplitud de comunicación, publicidad y acceso inmediato a la información; el internet y la capacidad de generar verdaderos mercados ilegales en su profundidad incentivan el consorcio de voluntades hacia el negocio ilícito con estructura corporativa. El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada. El derecho penal reacciona a estas superestructuras, por lo que la delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es crimina-

15 La jurisprudencia denota una mayor claridad del entendimiento de los elementos del tipo de una conducta concreta, sobre lo cual puede revisarse el fallo STS 2892/2016 de 10 de junio de 2016 emitido por la Sala Penal del Tribunal Supremo.

lidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada «legislación excepcional», a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene (Silva Sánchez, 2011, p. 106).

Los rasgos corporativistas de las organizaciones transnacionales criminales son reconocidos en la doctrina. La complejidad de definir la organización criminal se ha resumido en la permanencia de dos elementos que son la organización fuertemente estructurada y la búsqueda de poder o lucro (Faraldo, 2012, pp. 47-48).

En la legislación chilena las personas que se asociaren u organizaren para cometer el delito de tráfico ilícito de migrantes, trata con fines de prostitución o trata con fines de asociación deben ser imputadas también por asociación ilícita, según el artículo 292 del Código Penal. Para verificar si existe asociación u organización para cometer el ilícito se debe verificar la concurrencia de una pluralidad de sujetos, permanencia en el tiempo de esta asociación, organización dotada de jerarquía y asignación de funciones; y un objetivo ilícito común. Las penas son más altas para quienes provocaron la asociación o ejercían mando (Aguilar, 2012, p. 212).

La normativa chilena prioriza la erradicación de la organización criminal que genera el tráfico, al otorgar reducción de pena a quien preste cooperación eficaz ante este delito. La cooperación debe cumplir ciertos requisitos para que tenga este efecto, como que deba ser prestada por el mismo imputado. La eficacia calificada por Fiscalía puede ser invocada como atenuante en las fases preliminares del proceso, aunque excepcionalmente en el juicio; el ilícito descubierto con la cooperación debería ser, en abstracto, igual o de mayor gravedad que el investigado (Aguilar, 2012, 213-214).¹⁶

Como se puede observar, el tráfico ilícito de inmigrantes es un tipo de alta concernencia para el Estado al atentar directamente contra sus instituciones soberanas como la normativa migratoria ligada; pero además la presencia de organizaciones transnacionales delictivas conlleva una preocupación directa sobre la seguridad y la propia paz social, por lo que su tratamiento ha sido prioridad de política criminal para los países, a lo que se suma el monitoreo internacional respecto al cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, sobre trata y tráfico de personas.

16 Estos criterios son los mismos utilizados en el contexto de los delitos abarcados por la Ley 20.000, tráfico de estupefacientes; por lo que es aplicable la Instrucción del Fiscal Nacional sobre la materia.

Esto permite concluir provisionalmente que, a pesar de los esfuerzos de quienes propugnan el derecho penal mínimo y de *última ratio* por identificar a la integridad física y la vida de las víctimas como bienes jurídicos protegidos, es indudable que hay una preocupación casi omnipresente respecto de la seguridad y la soberanía como verdaderos afectados, por lo menos desde la forma como han sido configurados los instrumentos internacionales rectores y como se ha tipificado la conducta a partir de ellos.

La tipificación del delito de tráfico de migrantes, al estar respaldada en un Tratado Internacional de Derechos Humanos, deja poco margen a los estados respecto a la elección sobre incluir o no esta conducta en sus Códigos Penales; además se observa que las organizaciones criminales se desarrollan alrededor del mismo, por lo que no tipificar este delito conllevaría el incumplimiento de un estándar internacional.

La legislación, por otro lado, ha identificado un delito grave cuando el tráfico tiene como resultado la muerte o importante daño a la integridad de la víctima; igualmente cuando el que permite el paso ilegal es un funcionario público que abusa de su poder; y también aparece como circunstancia agravante que el delito sea cometido dentro de una organización criminal; pero en el caso en que no haya ánimo de lucro en la facilitación, la pena más alta es de un año en España, sin que incluso se castigue en los otros ordenamientos jurídicos.

El giro desde un entendimiento de la migración como decisión razonada e informada con finales puramente económicos a una migración multicausal (García, Gaxiola & Guajardo, 2007, p. 113) y manifestada en redes o instituciones nos coloca en una posición en la que el control fronterizo no es, necesariamente, la medida más eficaz para la reducción de los flujos, y el traficante se convierte en una pieza secundaria y constreñida por la red, en la que ganan peso los empleadores y las organizaciones criminales. La vinculación entre traficado y «coyote» es de beneficio y riesgo mutuo bajo un mismo objetivo que es lograr el traslado para un bienestar económico de ambos, razón por la cual pocas veces el «coyote» es denunciado (González, 2007, pp. 19-46).

Bajo esta perspectiva intentamos evidenciar que el tráfico ilícito de migrantes amerita ser abordado por el derecho penal únicamente desde su configuración compleja y, si se puede, demostrar que las penas tienen una función clara de prevención general de este entramado. En caso contrario, estaríamos frente al uso de una herramienta de *ultima ratio* utilizada para criminalizar a migrantes irregulares que son víctimas del delito o simples agentes asalariados de la red que, por lo general, constituyen su eslabón más débil.

4. LA PROPORCIONALIDAD Y LESIVIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la centralidad de los derechos fundamentales como objeto de protección constitucional, entendiéndose, por lo tanto, que la Constitución se convierte en norma suprema en el ordenamiento jurídico y se irradia a todo el ordenamiento jurídico.

Las leyes penales forman parte del poder punitivo del Estado como medida más intrusiva y lesiva que afecta directamente derechos fundamentales de las personas, debido a la protección de un bien jurídico protegido por la sociedad. La selección de ese bien jurídico, la tipificación de la conducta que lo lesiona y la pena aplicable a quien somete esa conducta, en todos sus matices posibles, es modelada por el legislador como aquel órgano democráticamente legitimado para hacerlo.

El principio de legalidad se ha configurado históricamente como un avance importante frente a la arbitrariedad del poder público respecto de su poder punitivo; especialmente si se toma en cuenta que proporciona seguridad de que nadie podrá ser imputado por un delito que no haya estado previamente establecido en una Ley, al igual que su pena; proporcionando seguridad jurídica y contraponiéndose a la voluntad del monarca o la arbitrariedad del poder político respecto al uso del *ius puniendi*.

En un Estado Constitucional de Derecho se da un paso más allá hacia la validez de la norma como efecto del principio de estricta legalidad; así, la validez jurídica se complementa con la vigencia de la norma. Una norma será válida siempre que esté conforme con los principios constitucionales, aunque esté formalmente vigente. Las normas jurídicas tienen dimensiones formales y sustanciales. La forma es una garantía para que la sustancia se produzca; pero si la forma no produce la sustancia o la forma viola la sustancia, pierde la cualidad de validez (Ávila, 2008, p. 314).

El principio de proporcionalidad permite consolidar el principio de estricta legalidad mediante el examen minucioso de las normas penales respecto a la razonabilidad de su entidad como limitaciones a los derechos fundamentales, lo cual solo sería constitucional si la norma penal persigue un fin constitucionalmente válido, es idónea para cumplirlo, necesaria como el camino menos lesivo al cumplimiento de dicho fin y proporcional en sentido estricto. Se puede afirmar que el principio de proporcionalidad se contrapone con el principio de legalidad al sospechar de la norma penal y su validez intrínseca como norma formalmente vigente; pero lo complementa al superar la mera vigencia y materializar el principio hacia una estricta legalidad, por la cual la ley penal no

solo estaría formalmente expedida, sino que materialmente sería coincidente con los derechos establecidos en la Constitución (Ávila, 2008, p. 308).

La misma Ley del Talión sería un intento primitivo de proporcionalidad frente a la remediación de los conflictos por propia mano; efectivamente, el establecer la regla de que el daño que se puede ocasionar a quien provocó un daño debe ser equivalente al mismo es una primigenia limitación del *ius puniendi* (Fuentes, 2008, p. 15).

En este punto es donde la proporcionalidad adquiere importancia como estructura argumentativa (Lopera, 2010, p. 273) idónea para hacer un escrutinio respecto de la constitucionalidad de las leyes penales, caracterizando además la eficacia e intensidad de control constitucional y permitiendo calificar al sistema de control constitucional de un estado como fuerte o débil.

La lesividad reviste gran importancia dentro del análisis de los subprincipios del principio de proporcionalidad, por cuanto permite verificar si existe daño efectivo a un bien jurídico. En caso contrario, la norma penal estaría tipificando una conducta que no provoca daño a un bien jurídico protegido, pero sí a los derechos fundamentales de una persona por aplicación de la pena; lo que denota, a la luz de la proporcionalidad, la carencia de un fin constitucionalmente legítimo de dicha norma.

Para la aplicación del principio de proporcionalidad en las leyes penales existen dos presupuestos: en primer lugar, la identificación de la colisión entre derechos, lo que implica establecer qué derecho fundamental limita la Ley penal; en segundo lugar, examinar la legitimación constitucional de la Ley Penal, es decir, verificar el bien jurídico protegido y que su protección no esté prohibida constitucionalmente.

Cumplidos dichos presupuestos se deben verificar los subprincipios de la proporcionalidad que son la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Una medida legislativa es idónea si puede dirigirse hacia el fin previsto; es decir, hay un nexo causal entre la medida aplicada por el legislador y un estado de las cosas en que se incremente la realización del fin legislativo respecto al estado de cosas anterior a la medida legislativa. La idoneidad de la norma de conducta está relacionada con el daño verificable que esta produce al bien jurídico protegido y prevé que exista una manifestación externa de ese daño. Adicionalmente se debe verificar si el bien jurídico se encuentra verdaderamente en peligro; ambos criterios se refieren al principio de lesividad (Lopera, 2008, p. 276).

Respecto a la idoneidad de la sanción, el criterio a verificarse es si se cumple con la prevención general, que la conducta efectivamente procure que el hecho no se repita.

Podría declararse inidónea una ley penal porque el legislador no puede sustentar la protección al bien jurídico por parte de esta o porque la medida es contraproducente respecto de alcanzar la protección del bien jurídico protegido (Lopera, 2008, p. 277).

La necesidad, por su parte, compara la medida legislativa examinada respecto a otras alternativas de intervención, en cuanto puede haber alternativas más idóneas a la protección del bien jurídico o menos lesivas a los derechos fundamentales de quien comete la conducta. La necesidad es un análisis de eficiencia (alcance del objetivo al menor costo), mientras que la idoneidad es un análisis de eficacia (alcance del objetivo).

El análisis de la necesidad consiste en verificar una alternativa idónea al fin y menos lesiva de derechos; por lo que puede permitir el análisis de las posibilidades previstas entre la desregulación, hasta la tipificación de un delito de resultado y no de peligro, de peligro concreto y no abstracto.

La necesidad de la norma de sanción se refiere a la aplicación de los principios de subsidiariedad del Derecho Penal o búsqueda de alternativas a este, y a la búsqueda de penas alternativas. El primer criterio busca determinar que en las premisas empíricas que llevaron al legislador a elegir el derecho penal para la protección de un bien jurídico con su consecuente sanción de la conducta lesiva no se verificó la posibilidad de aplicación de medidas extrapenales que permitan tal protección. Este análisis permite corroborar que el Derecho Penal no fue usado como *primera ratio* por una falsa noción de efectividad. Se sugiere un análisis de lesividad entre la medida penal y una posible medida extrapenal atendiendo posiciones de derechos fundamentales afectadas, importancia de la afectación, intensidad de la afectación y garantías que acompañan a su imposición; esto último debido a que las medidas extrapenales suelen ser menos severas pero tienen mayor certeza de aplicación que la propia medida penal.

Superado el análisis anterior y constatado que para la protección del bien jurídico no queda otra alternativa que acudir al Derecho Penal, la ponderación siguiente es decidir si entre los tipos de penas disponibles y sus distintos grados de intensidad, es posible aplicar la menos gravosa con igual idoneidad. El examen de necesidad no sería superado si fue posible aplicarse una pena menor o una pena pecuniaria en vez de una privativa de la libertad. Finalmente puede darse el caso de una inconstitucionalidad de la norma y la sanción penal

por innecesaria si la pena es más elevada que la de otros hechos más lesivos al bien jurídico, ya que necesariamente una pena menor seguirá siendo idónea.

Luego del análisis de la necesidad corresponde el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la ponderación por la cual el daño ocasionado a los derechos fundamentales por la penalización de la conducta y su pena son sopesados frente a la satisfacción en la protección al bien jurídico protegido. Lopera Mesa trae a colación los criterios de la fórmula del peso de Robert Alexy para esta ponderación: grado de satisfacción y afección; peso abstracto de los derechos y seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención (Lopera, 2008, p. 287). Se debe atender además a los criterios de alcance, duración, probabilidad de producción y comparación con la sanción prevista para conductas similares; todo esto referido a la intervención penal.

La intensidad con la que la norma penal juzgada satisface el principio que respalda la intervención legislativa debe tomar en cuenta, en primer lugar, la lesividad de la conducta prohibida: a mayor lesividad del bien jurídico protegido por parte de la conducta, mayor justificación tendrá su prohibición. En la modalidad de la imputación subjetiva, por ejemplo, la intervención estaría mayormente justificada en delitos dolosos que culposos.

Respecto al peso abstracto de los derechos se señalan como criterios la jerarquía constitucional de los bienes jurídicos afectados por la conducta; el carácter individual por sobre el colectivo; la vinculación con el principio democrático o la dignidad humana, y la calidad de principio preferente en casos análogos anteriores (Lopera, 2008, pp. 287-291).

5. UN ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD RESPECTO AL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

A partir de los criterios establecidos en el acápite anterior se puede aplicar el test de proporcionalidad a la tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes; como se ha mencionado, hay una limitación importante que se refiere a la prescripción de un Tratado Internacional de Derechos Humanos como es el Protocolo de Palermo, que detalla minuciosamente los elementos que deben ser tipificados, incluyendo el delito de tráfico de migrantes.

El elemento central de la aplicación del test de proporcionalidad a la tipificación del delito de tráfico de migrantes consiste en dar un giro hermenéutico que permita que el mismo sea eficaz en la lucha contra las organizaciones criminales de tráfico y quienes las dirigen; y a su vez, que el entendimiento del bien

jurídico protegido se centre en las víctimas de tráfico y no en la política migratoria estatal, lo que permitiría trasladarnos desde un enfoque de seguridad y defensa de la soberanía a uno de derechos.

El primer parámetro del test de proporcionalidad se refiere a la identificación del propósito de la limitación del derecho por parte de la Ley Penal como constitucionalmente válido. En este punto el delito de tráfico ilícito de migrantes impondría una limitación al derecho de libertad del traficante con el fin de fortalecer dos posibles elementos: la vigencia y respeto de la legislación migratoria del país o el derecho a la vida y la integridad de la persona traficada. Ambos fines son constitucionalmente válidos; sin embargo, el segundo contiene un enfoque de derechos humanos, y el primero uno referente a la seguridad. Desde la perspectiva de la prevención general, la finalidad de este tipo penal busca frenar la migración irregular y contrarrestar los beneficios económicos que genera la actividad ilícita del tráfico de migrantes frente a la posibilidad real de una pena privativa de la libertad; ambos son constitucionalmente válidos, aunque no necesariamente eficaces, puesto que el tipo no toma en cuenta la estructura criminal detrás de la actividad que constriñe el actuar de los sujetos activo y pasivo. La norma chilena y la española se acercan más a esta realidad al establecer penas agravadas al funcionario público o la persona jurídica que perpetra el tráfico de migrantes.

Una vez que se ha establecido que los fines de la limitación de la norma penal analizada son constitucionales, continuamos con el análisis de la idoneidad de la limitación al derecho. La idoneidad se refiere al cumplimiento del fin y el examen respecto a si existe un bien jurídico en peligro por la conducta tipificada y si efectivamente ese peligro es real. Una vez más, según la información reseñada en el presente trabajo, cuando el bien jurídico protegido es la vida e integridad de la persona víctima de tráfico, existiendo de por medio engaño, muerte, lesiones, abandono en el trayecto, intimidación, robo, explotación, definitivamente nos encontramos ante una conducta que debe ser intervenida por el Derecho Penal. Sin embargo, no se considera que sea una medida eficaz por sí sola; debe estar acompañada con tipos penales que sancionen a todos los intervinientes de la red, pero especialmente a quienes la dirigen y reciben el rédito final, como empleadores, servidores públicos corruptos o líderes de organizaciones criminales.

Si se considera a la legislación migratoria como el bien jurídico protegido, se considera que amerita la tipificación en los casos en que servidores públicos sean quienes cometen o dirigen el tráfico, por el abuso de poder y corrupción que esto significa y porque puede ser altamente nocivo para una sociedad. De igual manera debe aplicarse a las personas jurídicas que realicen esta actividad y efectuarse la aplicación de agravantes para el tráfico concurrente

con delitos complementarios como falsificación de documentos, narcotráfico o tráfico de armas.

Se sostiene que la relación bilateral de facilitador y migrante debe quedar fuera del Derecho Penal por inidónea para el fin de proteger a la víctima, puesto que en la mayoría de los casos el flujo migratorio seguirá y con mayor peligro. Respecto a la protección de la legislación migratoria puede ser idóneo tipificar el tráfico de migrantes.

La necesidad se refiere a la inexistencia de medios menos lesivos que el penal para llegar al fin. En este punto consideramos que la vía administrativa es mucho más eficaz que la penal para la mayoría de los casos de tráfico. La sanción pecuniaria elevada a empleadores, personas jurídicas o promotores de tráfico junto con penas como la extinción o el comiso de todos los beneficios del delito podrían ser más eficaces que una sanción penal.

En definitiva, se recomienda que el tráfico ilícito de migrantes sea abordado por el Derecho Penal cuando ocasiona o pudiere ocasionar graves daños a la vida o integridad de la persona traficada, tenga o no beneficio económico; y cuando es ejercido en el contexto de una organización criminal, con situaciones agravantes cuando lo dirigen servidores públicos o personas jurídicas.

Finalmente, respecto a la proporcionalidad en estricto sentido, para las tipificaciones posibles identificadas en el acápite anterior, una vez que se han enmarcado en delitos graves con afección profunda de bienes jurídicos importantes para la sociedad como la vida, la integridad y la dignidad de personas vulnerables, así como, la seguridad y la paz social más allá de la legislación migratoria nacional, se justifican las penas altas.

6. CONCLUSIONES

El tráfico ilícito de migrantes es un delito que ha adquirido una nueva dimensión desde la perspectiva de la delincuencia organizada, convirtiéndose en prioridad internacional al contar con el Protocolo complementario de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, la cual abarca una regulación exhaustiva de los contenidos que deben estar tipificados para el cumplimiento de los estándares internacionales.

A partir de los casos de Chile, Ecuador y España se puede verificar que, en general, se cumple con lo prescrito en la norma internacional. Sin embargo, las modalidades tipificadas y las penas son distintas; igualmente, abordan el delito con una intensidad menor al delito de trata de personas.

El tráfico ilícito de migrantes tiene también diferencias doctrinales respecto a la determinación del bien jurídico protegido. En el presente trabajo nos hemos inclinado a que el mismo sobrepasa la mera legislación migratoria o soberanía, abarcando la vida e integridad de la persona traficada y la seguridad y paz, cuando se manifiesta como red organizada delincuencia.

Finalmente, se concluye que las modalidades más débiles de este delito deberían ser reguladas en el ámbito administrativo, quedándose en el ámbito penal únicamente el tráfico que implique las consecuencias más graves y lesivas para los derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- Aguilar, C. (2012). *Delitos Sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile: Metropolitana.
- Arias, D. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad, *Revista de Derecho*, 38, 142-171.
- Arnold, R., Martínez, J., Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Estudios Constitucionales*, 10(1), 65-116.
- Ávila, R. (2008). El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces). En Miguel Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 307-349). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia.
- Castles, S. (2003). La política Internacional de Migración Forzada, *Migración y Desarrollo*, 1, 1-28.
- Chía, E. (2011). El Tribunal Constitucional Chileno y los límites del Derecho Penal. Breve examen crítico, *Revista de Derecho Público*, 76, 355-371.
- Código Penal Integral de Ecuador, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.
- Corte Nacional de Justicia de Ecuador, nro. 19-2012 de 14 de febrero de 2013.
- Corte Nacional de Justicia de Ecuador, nro. 283-2010 de 20 de abril de 2010.
- Corte Nacional de Justicia de Ecuador, nro. 593-07 de 16 de junio de 2009.

Corte Suprema de Chile, Rol 453-2014 de 11 de febrero de 2015 .

Faraldo, P. (2012). *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Fuentes, H. (2008). El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la pena, *Ius et Praxis*, 14(2), 15-42.

García, N.; Gaxiola, E. & Guajardo, A. (2007). Movimientos transfronterizos México-Estados Unidos: Los polleros como agentes de movilidad. *Confines*, 3(5), pp. 101-113.

García, S. (2008). Inmigración ilegal y Trata de personas en la Unión Europea: La desprotección de las víctimas, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 10, 231-274.

García, S. et al. (2007). Los polleros como agentes de movilidad, *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, 3(5), 101-113.

González, H. (2007). Marco jurídico que controla el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas en Nicaragua. Estudio de caso Puesto fronterizo Peñas Blancas, *Encuentro*, 34(78), 19-46.

Izcara, S. (2015). Las transformaciones del coyotaje en el contexto de políticas migratorias restrictivas, *Estudios Sociales*, 23(46), 314-340 .

Ley 17.266, Código Penal de Chile, Diario Oficial de la República de Chile, 12 de noviembre de 1874.

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

Lopera, G. (2005). Principio de Proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (73), 381-410.

Lopera, G. (2008). Principio de Proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En Miguel Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 269-306). Ministerio de Justicia, Quito.

Lopera, G. (2011). Principio de Proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia, *Revista de Derecho*, (24), 113-138.

Melo, V. (2008). La organización criminal y el futuro del Derecho Penal, *Revista Cien*, 111, 163-192.

Organización Internacional para las Migraciones, OIM. (2012). *Manual sobre el Delito de Tráfico de Migrantes*, Módulo V, Lima, Perú: OIM.

Requena, L. *et al.* (2012). Estudiar la Trata de Personas. Problemas metodológicos y propuestas para su resolución, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14(13), 1-28.

Resolución A/RES/55/25, Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional, 15 de noviembre de 2000.

Silva, J. M. (2001). *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo: BdeF.

Tribunal Supremo Español, STS 2892/2016 de 10 de junio de 2016.

Tribunal Supremo Español, STS 824-2016 de 04 de marzo de 2016.