

**Tania  
Gajardo  
Orellana<sup>1</sup>**

tgajardo@minpublico.cl

**Mayordomo Rodrigo, Virginia (2008).  
*El delito de tráfico ilegal e inmigración  
clandestina de personas*. Madrid: Iustel.  
286 páginas.**

1. La obra de Virginia Mayordomo Rodrigo, profesora asociada doctora de la Universidad del País Vasco, trata acerca de un tema que tuvo un período de efervescencia en España en el año 2008, y que hoy en día vemos que comienza a ser objeto de interés en Chile, se trata de los delitos asociados a la inmigración, especialmente los de tráfico ilegal de migrantes y el de inmigración ilegal.

2. La autora propone una visión del tema desde diferentes perspectivas muy interesantes para nuestro país, ya que, desde los compromisos asumidos por España tanto en el contexto de las Naciones Unidas como en el de la Unión Europea, analiza cómo se han tipificado e incluso se han ido modificando estos tipos penales en la legislación española, con discusiones sumamente interesantes acerca de problemas comunes a la regulación penal de semejantes conductas.

3. Este enfoque se aleja de los manuales de Derecho penal especial que, cuando contienen estos delitos, se quedan en la descripción de los elementos de cada tipo, sin profundizar en el bien jurídico afectado, ni en las obligaciones que los Estados intentan cumplir al sancionarlos. Otro factor destacable es la distinción y tratamiento de las obligaciones de tipificación y sanción, propia de las convenciones como la de Palermo, de aquellas relativas a la tutela de derechos humanos. Las primeras obligan a

perseguir ciertos delitos, mientras que las segundas distinguen el deber de abstención del Estado y distintas técnicas de control de cumplimiento de los mismos.

4. El texto analiza en profundidad el artículo 318 bis del Código penal español, desde su tipificación el año 2000 y sus reformas de los años 2003 y 2007. El artículo 318 bis del Código español comenzó tipificando el tráfico ilegal de migrantes hacia España, imponiendo una pena básica de seis meses a tres años de prisión más multa. Desde el año 2000, fecha en que comenzó a aplicarse el tipo penal, las discusiones versaban acerca de si lo relevante era la protección del sistema migratorio o los derechos de los extranjeros vulnerados. Con la reforma del año 2003, se agregó al tráfico ilícito de migrantes la inmigración clandestina, siendo la promoción o facilitación de cualquiera de estas conductas lo sancionado por el 318 bis. Se estableció también que esta promoción o facilitación debía ser directa o indirecta y se aumentó la pena a prisión de 4 a 8 años. La reforma del año 2007 amplió la persecución penal de esta figura a los tráficos ilícitos de migrantes e inmigración clandestina a cualquier país de la Unión Europea. En cuanto a la ley de Extranjería, analiza en particular el artículo 59, el que faculta a la autoridad administrativa para eximir al extranjero que está en situación

<sup>1</sup> La autora actualmente cursa estudios de doctorado en la Universidad de los Andes, Chile, Convenio Interinstitucional del Ministerio Público con la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.

irregular de responsabilidad administrativa, en los casos en que coopere con la persecución de redes de tráfico de personas.

El Código Penal español contemplaba desde antes del artículo 318 bis, en los artículos 312 y 313 las figuras de tráfico ilegal de mano de obra e inmigración ilegal de trabajadores. La disposición española del artículo 318 bis combina en parte nuestros tipos penales de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, artículos 411 quáter y 411 bis del Código penal chileno, esto porque entre las figuras agravadas de tráfico ilegal de migrantes contempla la finalidad de explotación sexual. La autora llama la atención de la confusión que implica no separar adecuadamente la trata del tráfico, y a su vez el tráfico de la inmigración clandestina, lo que ha quedado más confuso aún con las últimas modificaciones que critica en la obra. En España, para la autora, la discusión se ha centrado en dos visiones, la primera considera la migración como un factor que afecta al orden socioeconómico, lo que amerita la protección penal del sistema migratorio, y la segunda postula la necesidad de garantizar a los extranjeros migrantes un mínimo de estatus jurídico de reconocimiento de derechos, en el marco del orden jurídico del Estado. Las reflexiones en torno a estas posturas son el aporte fundamental de la obra, ya que el libro busca contestar a la luz de los textos internacionales qué bien protege la norma que sanciona el tráfico ilícito de migrantes. Y profundiza en la compleja delimitación de la tutela del sistema migratorio estatal o de los derechos de los migrantes.

5. Para llegar a la conclusión de que lo que realmente protege la tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes del artículo 318 bis son los derechos de los migrantes, la autora en el primer capítulo trata acerca de “Los instrumentos internacionales para la erradicación de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”. Divide la exposición entre el ámbito universal, de Naciones Unidas, y el europeo, con las convenciones de la Unión. Pormenorizadamente explica la Convención de Palermo en contra de la criminalidad organizada y sus protocolos, especialmente el protocolo en contra del tráfico ilícito de migrantes. En el segundo capítulo aborda el derecho internacional en la materia, se refiere ahí a los tratados de derechos humanos y las técnicas de control sobre ellos. Valora las técnicas de control de cumplimiento de estas convenciones como las relatorías de derechos humanos, en las que por ejemplo en materia de

migración se analiza pormenorizadamente la situación de los migrantes en cada país, y así se califica si dicho país está o no cumpliendo con lo suscrito. El tercer capítulo lo dedica al tráfico ilegal de migrantes y a la inmigración clandestina, en el Derecho español. Termina con los capítulos cuarto y quinto dedicados a los informes presentados por España ante los órganos de control de Naciones Unidas y Amnistía Internacional, respectivamente.

6. Esta última parte, al igual que la descripción exhaustiva en el primer capítulo de las normas de las Convenciones internacionales, exceden lo fundamental de la obra, desviando incluso un poco la atención del lector. Lo principal y valioso de la obra que se presenta es la toma de postura acerca del sentido de este “nuevo delito” de tráfico ilícito de migrantes, en el que la autora se muestra partidaria de la protección de los derechos de los inmigrantes por sobre el sistema migratorio del Estado. Esto tal cual está tipificado hoy en día el tráfico de migrantes en el Derecho español.

7. La obra es relevante para el Chile actual, en el que la oleada migratoria ha traído distintos tipos de dificultades y cuestionamientos, entre ellos lógicamente el jurídico, con la incorporación en abril del año 2011 del delito de tráfico ilícito de migrantes en el artículo 411 bis del Código Penal, el que a la fecha presenta muchos más ingresos en el sistema penal que la propia trata de personas, y que subsiste junto al delito de ingreso ilegal del vetusto Decreto Ley de extranjería, provocando diversas interrogantes en Chile muy similares a las que plantea la autora en el año 2008 en España.

8. Su propuesta interesa desde la realidad jurídica chilena del artículo 411 bis del Código Penal, el que tiene casi 6 años de aplicación y su interpretación a la fecha ha seguido a Palermo. Se trata de un delito que jurisprudencialmente ha sido vinculado directamente a la protección del sistema migratorio, y así se ha perseguido y sancionado al que lucra con la promoción o facilitación de la entrada ilegal de personas a nuestro país. Así tenemos sentencias condenatorias por la promoción o facilitación de la entrada al país de forma ilegal, de las más variadas formas, todas con la misma posibilidad de vulnerar el sistema migratorio. Se sanciona igualmente al que lucra con la promoción o facilitación de la entrada al país en forma clandestina como a quien lo hace de forma visible engañando al control de la autoridad migratoria. Se sigue al pie de la letra Palermo, interpretando el concepto de “entrada ilegal” como “toda aquella que no cumple con

las exigencias legales de entrada a un Estado”, concepto que también es analizado por la autora en la obra. En Chile al igual que en España tenemos situaciones de tráfico ilícito de migrantes agravadas, configuradas por el riesgo para el migrante en cuanto a su vida o salud, o si este es menor de edad, siguiendo en todo esto a Palermo. En España se presentan más agravantes que las nuestras incluida una hipótesis de explotación sexual, que como ya se dijo, en Chile se considera trata. Tal cual está descrito el tipo penal en Chile, y como se ha aplicado, parece ser que protege al sistema migratorio, sin vinculación alguna con los derechos de los ciudadanos migrantes, a tal punto que, en Chile junto al artículo 411 bis del Código Penal, sigue vigente el delito de ingreso ilegal, con el que podría sancionarse incluso a las “víctimas” del tráfico ilícito de migrantes o sujetos traficados<sup>2</sup>.

9. Nuestro país ha suscrito múltiples Convenciones de DDHH, además de las de crimen organizado transnacional ya tratadas, y estas fueron parte de la historia de la Ley N° 20.507 que tipificó la trata de personas y el tráfico de migrantes, como fuente inspiradora de la trata de personas. Las convenciones de derechos humanos y especialmente las que dicen relación con migrantes, no fueron la fuente que inspiró al tráfico ilícito de migrantes, ya que este siempre se vio desde la óptica del Estado y del control fronterizo, en otras palabras, desde la óptica de la Convención de Palermo. Lo que no obsta a que llegue un momento no muy lejano, en el que haya que replantearse la situación, sobre todo considerando los cambios que traerá la nueva ley de migraciones, y la necesidad social que al día de hoy implica para nuestro país el que los migrantes puedan ejercer

efectiva y libremente sus derechos.

10. La toma de postura de la autora por la protección del ejercicio de los derechos de los ciudadanos extranjeros, avalada por su examen del Derecho internacional y del Derecho español, resulta de fundamental lectura en Chile hoy en día, en donde hemos aplicado un art. 411 bis centrado en Palermo, sin cuestionarnos si el sistema migratorio merece el nivel más alto de protección, o si lo que en realidad debemos proteger es al migrante de las redes de traficantes que lucran con sus ingresos ilegales, dejándolos en una posición desmejorada y de vulnerabilidad. No es casual que nuestra legislación penal considere como fuente inspiradora principal, al igual que la española las convenciones en contra de la criminalidad organizada, específicamente Palermo, y no sean centrales en las discusiones sobre este tipo penal las convenciones que protegen los derechos de los migrantes. La autora destaca que, cada Estado debe proveerse de normas para controlar sus fronteras, lo que no necesariamente amerita que se haga a través del Derecho penal. Las irregularidades también se pueden solucionar a través de sanciones de tipo administrativas, específicamente respecto de la inmigración ilegal.

Finalmente, parece ser un libro de lectura imperativa para quienes estén ocupados de los temas que están surgiendo en Chile a raíz de la migración, ya que nos presenta discusiones que ya se dieron en un país con larga tradición migratoria y que muy probablemente se comenzarán a dar en nuestro país.

---

<sup>2</sup> Se hace la diferencia porque se ha considerado que al ser el sistema migratorio lo protegido por la norma del 411 bis del Código Penal, no habría víctimas, sino sujetos traficados. Ahora bien, en los incisos segundo y tercero, en donde se castiga más gravemente cuando se afecta o se pone en peligro la vida o la salud de los sujetos, entendemos que hay víctimas y se transforma en pluriofensivo.