

TRÁFICO ILÍCITO DE INMIGRANTES Y OTROS ILÍCITOS MIGRATORIOS*

JOSEFINA GONZÁLEZ NUÑEZ**

Fecha de entrada: 16/11/2008
Fecha de publicación: 24/11/2008

Resumen: La autora realiza un estudio sobre los delitos migratorios contemplados en la legislación penal argentina, desde la perspectiva del derecho penal económico, haciendo hincapié en las diferencias con el delito de trata de personas.

Abstract: The author analyzes the crimes against immigrants in the argentinian penal legislation, from the economical penal law point of view, especially making a distinction with the slavery persons crime.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LEY DE MIGRACIONES N° 25.871. III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. 1. ¿Los ilícitos migratorios integran el Derecho Penal Económico? 2. Noción de las diferentes teorías doctrinales respecto al bien jurídico protegido. IV. TIPOS PENALES COMPRENDIDOS. 1. Realización, promoción o facilitación del tráfico ilegal de inmigrantes. 2. Promoción y facilitación de la permanencia ilegal de extranjeros. 3. Petición fraudulenta de beneficios migratorios. V. AGRAVANTES. VI. DELITOS MIGRATORIOS Y EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.

I. INTRODUCCIÓN

Los ilícitos migratorios, como parte integrante de lo que podríamos denominar la parte especial del Derecho penal económico, tienen como nota característica el carecer de una regulación específica dentro del Código Penal argentino, ya sea en un título o capítulo específico.

* Texto correspondiente a la conferencia dictada el 22/08/2008 en el marco del “Curso de Derecho Penal Económico”, organizado por la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba juntamente con la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

** Abogada, Especialista en Derecho Penal, adscripta a las Cátedras de Derecho Penal Parte General y Parte Especial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Docente del Curso de Derecho Penal Económico, organizado por la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba juntamente con la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

Por ello, en la línea seguida por los autores del Anteproyecto del Código Penal del año 2006, considero que sería adecuado incorporar este tipo de delitos en el Código, propiciando en consecuencia una recodificación, para paliar de algún modo, el fenómeno de dispersión normativa, propio del derecho penal económico, incompatible con la necesidad de coherencia, sistematicidad y proporcionalidad que debe caracterizar a la legislación punitiva¹.

El método de codificación, es una exigencia constitucional de validez del sistema de legislación penal, en tanto respeta el principio de legalidad, y también se impone para garantizar su vigencia efectiva y para reafirmar el acceso a la ley como garantía del principio de culpabilidad.

Sin lugar a dudas, instituir delitos en leyes especiales desglosados del contexto general establecido por el código penal, agudiza la existencia de diversos regímenes penales autónomos los unos de los otros, sin un orden racional que los englobe, dificultando al mismo tiempo el conocimiento del derecho penal vigente para el común de la gente.

Un buen ejemplo de consistencia sistemática en la legislación penal comparada, es el Código Penal Español, que regula ordenadamente en el Título. 15 los delitos contra los derechos de los trabajadores y en el título 15 bis los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, éste último añadido a ese cuerpo por una ley posterior, LO 4/2000 del 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social².

Formulada esta aclaración, o más bien, el auspicio de una reforma integral de nuestro Código Penal, vamos a realizar un análisis del tráfico ilícito de inmigrantes y demás ilícitos migratorios, a la luz de la legislación penal actualmente vigente en nuestro país.

II. LA LEY DE MIGRACIONES Nº 25.871

La ley 25.871 fue sancionada el 17/12/03 y promulgada el 21/01/04, y reemplazó a la ley de facto 22.439, sancionada en 1981, llamada Ley General de Migraciones y de Fomento de la inmigración –más conocida como Ley Videla-, la que no sólo era cuestionada por su

¹ Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y actualización integral del Código Penal de la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Res. M:J: y D.H. n 303/04 y n 136/04).

² Véase al respecto Arroyo Zapatero, Luis y AA.VV –directores-, Comentarios al Código Penal Español, Iustel, Madrid, 2007, págs 699/218.

origen, sino, también porque no garantizaba los derechos fundamentales de los inmigrantes (al negarles expresamente el acceso a la educación, a la salud, y a la vivienda, a quienes no contaban con residencia legal en el país y habilitaba a la Dirección Nacional de Migraciones a ordenar y ejecutar detenciones y expulsiones de extranjeros sin ningún tipo de control por parte del Poder Judicial. Asimismo, tampoco permitía una política migratoria compatible con los principios constitucionales rectores que se explicitan desde el Preámbulo de la Constitución Nacional, el cual invita a todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.

El espíritu que guía la nueva ley es favorecer la regularización migratoria de los extranjeros (art. 17 de la ley 25871). También, esta normativa da cabal cumplimiento a lo establecido en el plano internacional por el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar, y aire vinculada a la respectiva Convención de la ONU sobre la materia.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. ¿Los ilícitos migratorios integran el derecho penal económico?

Antes de ingresar al análisis del bien jurídico tutelado, cabe preguntarse ¿por qué esta materia integra la parte especial de este sector del derecho penal?

Desde una perspectiva amplia del concepto de derecho penal económico³, al cual adscribimos, éste se caracteriza por incluir infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que, si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente individual, trátense de intereses generales o de intereses de amplios sectores o grupos de personas (supraindividuales propiamente dicha).

En efecto, los delitos contra el orden migratorio, constituyen una de las derivaciones o formas del crimen organizado, de carácter transnacional, que genera para sus autores un lucro

³ Al respecto Balcarce, Fabián I –Director-, Derecho Penal Económico, Tomo I, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 29, Tiedemann, Claus, Lecciones de derecho penal económico (comentario, español, alemán), 1ª edición, PPU, Barcelona, 1993, pág. 31 y ss, y Martínez-Buján Pérez, Carlos, Derecho Penal Económico y de la empresa –Parte general, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 95.

productivo muy elevado, y que involucra también un altísimo número de víctimas. Creemos, entonces que es adecuado el tratamiento de estos delitos dentro de los hemos denominado derecho penal económico.

2. Noción de las diferentes teorías doctrinales respecto al bien jurídico protegido

Ahora bien, con relación al bien jurídico protegido por estos delitos, la cuestión es bastante discutida entre los doctrinarios españoles. Luis Arroyo Zapatero, desde una visión estrictamente funcionalista, entiende que lo tutelado es la política migratoria del Estado, pues a través de la gestión de los flujos migratorios se pretende la prevención de problemas sociales y la preservación de la identidad cultural⁴.

Se critica esta posición, puesto que se estaría legitimando la tutela de objetivos de organizaciones políticas, sociales y económicas, por lo que no se estaría cumpliendo la función propia del derecho penal, que es tutelar víctimas, y no funciones.

Para Rodríguez Montañés, lo tutelado es el **orden socio-económico**⁵, en tanto que para Serrano Piedecabras lo protegido es el **derecho a la integración social de los inmigrantes**⁶. Rodríguez Mesa sostiene la tesis de que lo resguardado es el **estatus de extranjero residente**, comprensivo de todo el conjunto de derechos reconocidos por la legislación a los extranjeros residentes⁷.

Por último, Ana Perez Cepeda entiende que lo tutelado es la **dignidad humana** de los extranjeros, al encontrarse en una situación especial de vulnerabilidad frente a ataques específicos que presentan un nivel de gravedad notable⁸.

En la misma línea propuesta por la autora española antes citada, resulta fundamental, tener en cuenta que este tipo de delitos están comprendidos dentro de los *delicta iuris*

⁴ Arroyo, Zapatero L. “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en Actualidad penal num. 39, 2000, pág. 844 citado por Perez Cepeda, Ana I. Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 158.

⁵ Rodríguez Montañés, T. “Ley de extranjería y Derecho Pena”, en La Ley, núm. 5261, 6 de marzo de 2001, pág. 2, citado por Perez Cepeda, Ana I., ob. cit. pág. 163.

⁶ Serrano Piedecabras, J.R. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en El extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal, Manuales de formación continuada CGPJ, 1999, pag. 331 citado Perez Cepeda Ana I., ob. cit. pág. 166.

⁷ Rodríguez Mesa, M.J., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, Tirant Lo Blanch, 2001, pág. 60 citado por Perez Cepeda Ana I., pág. 167.

⁸ Perez Cepeda, Ana I., ob. cit. pág. 170/177.

gentium. En efecto, éstos se encuentran incriminados en numerosas convenciones internacionales y constituyen un peligro global percibido por la toda la comunidad internacional⁹, pues que ella está interesada en su erradicación, y ello ocurre porque sus conductas ofenden y agreden pautas culturales comunes a todos los pueblos, y porque esta clase de delitos asume una modalidad operativa transnacional frente a la cual únicamente es posible responder aunando los esfuerzos de las naciones interesadas¹⁰.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar, que esta última posición, es decir, la que entiende que el bien jurídico protegido por este tipo de ilícitos es la dignidad humana, es objetada por ciertos autores. Así, Maihofer, considera que “representa un error de bulto sostener que las injurias, los actos de violencia en el medio doméstico, la trata de personas y otras figuras delictivas ofenderían la dignidad humana. La equivocación proviene de confundir un atributo de la persona con aquellos elementos que posibilitan su conservación en el disfrute de dicha prerrogativa”¹¹.

Para el citado autor, la dignidad humana puede y debe servir, en cuanto valor puro, como fuente de objetos referidos mediata o inmediatamente a ese valor, del cual emergen así los bienes jurídicos, o sea, el conjunto de condiciones materiales e inmateriales que posibilitan la preservación y el desarrollo del individuo y de la sociedad en una existencia digna del hombre¹². Según su opinión, los distintos bienes objeto de tutela se substraen por principio a la nota que distingue a la dignidad del hombre¹³.

En la doctrina nacional, el debate sobre el bien jurídico tutelado no ha sido tan profundo como en España, debido a la reciente tipificación de estas figuras delictivas. Así, Hairabedián, siguiendo la perspectiva funcionalista, entiende que se protege la incolumidad de la función migratoria del Estado, tanto en lo que atañe a la regularidad del tránsito transnacional de personas, así como también las condiciones de permanencia de los extranjeros en la República¹⁴. De acuerdo a esta opinión, dicha función se ubica en la tutela general de la

⁹ Fierro, Guillermo J., *Ley penal y derecho internacional*, Tomo 1, 3ª Edic., Edit. Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 477.

¹⁰ Fierro, ob. cit. pág. 477/478.

¹¹ Maihofer, Werner, *Estado de derecho y Dignidad humana*, Editorial B de F, Colección Maestros del Derecho Penal, Montevideo, 2008, pág. XIX.

¹² Maihofer, Werner, ob. cit. pág. XX y XXI.

¹³ Maihofer, Werner, ob. cit. pág. XXI.

¹⁴ Hairabedián, Maximiliano, “*Delitos contra el orden migratorio*” en *Temas de Derecho Penal Parte especial*, dirigido por Sánchez Freytes, A., Edit. Mediterránea, Córdoba, 2008, pág. 308.

administración pública, que tiene por objeto el normal desenvolvimiento de todos los poderes estatales frente a los abusos de quienes lo integran o de los ataques de terceros.

Asimismo, los delitos migratorios, como integrantes del derecho penal económico, constituyen, quizás uno de los sectores de la parte especial, en la que la utilización del concepto de bien jurídico es más ardua y problemática, toda vez que los objetos de tutela son más difíciles de aislar y recortar al afectar una serie de intereses de distinta naturaleza, con respecto a los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo: intereses individuales y de grupo, intereses “difusos” e intereses referidos a la comunidad considerada en forma unitaria¹⁵.

Así, en ciertas figuras de la ley 25.871 la tutela se proyecta hacia otros bienes: la fé pública (petición fraudulenta de beneficios migratorios –art.- 118-), la libertad (violencia o intimidación –art. 119-), la vida e integridad física del inmigrante (peligro para su vida o salud –art. 121-), como así también la seguridad nacional –art. 121-, la administración pública –art. intervención de funcionarios públicos –art. 120-, lavado de dinero –art. 121-, o la salud pública (narcotráfico –art. 121-).

IV. TIPOS PENALES COMPRENDIDOS

1. Realización, promoción o facilitación del tráfico ilegal de inmigrantes

1.a.) *Tipo objetivo*

El tipo objetivo consiste en la realización, promoción o facilitación del tráfico ilegal de personas.

El concepto de “tráfico de personas” está definido por la propia ley en el 2º párrafo del art. 116, como el cruce ilegal de personas por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.

¹⁵ Martínez-Buján Pérez, Carlos Derecho penal económico y de la empresa, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, 2ª Edición, pág. 99.

Con relación a este concepto, se pueden formular algunos reparos. En primer lugar, la tipificación del delito es un tanto laxa y pueden llevar a una serie de interpretaciones diferentes, con las dificultades que ello puede acarrear en materia penal.

En efecto, la utilización del término *beneficio*, sin mayores aditamentos, no es clara ni precisa. Obtener un beneficio, es recibir un bien o alguna cosa útil. Dentro de este entendimiento, si una persona en su automóvil posibilita o facilita el cruce fronterizo de su cónyuge o de un hijo cuyo ingreso fuera negado por la autoridad migratoria o porque carece de documentos habilitantes para entrar al país, recibe un “beneficio psíquico”, consistente en la utilidad de reunir a su familia de la cual se encontraba separado. Ahora, cabe preguntarse si este sujeto comete el delito previsto en el art. 116. Sin lugar a dudas esta persona recibe un beneficio, sin embargo no es razonable entender que esa sea la intención del legislador al establecer el delito a que nos referimos.

Lo que se persigue al tipificar como delito el tráfico ilegal de personas (vulgarmente llamado coyotaje), es reprimir la actividad de aquellas personas que facilitan y/o promueven el cruce ilegal de personas por la frontera de un país, con el propósito de obtener un beneficio económico, es decir, se persigue la actividad de aquellos que lucran con la necesidad migratoria del emigrante. En consecuencia, incurren en este delito quienes realizan esa actividad con un propósito de beneficio económico.

Por tanto, esta interpretación del alcance del término *beneficio* resulta coherente con la terminología utilizada en el art. 29 inc. “f” de la ley 25.871 cuando establece como impedimento para el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio argentino haber sido condenado en la argentina o tener antecedentes por promover o facilitar *con fines de lucro el ingreso*, permanencia o el egreso ilegal de extranjeros en el territorio nacional, como se ve dicha norma se refiere específicamente al propósito de naturaleza económica.

También, se refuerza esta interpretación si pensamos que es admisible incluir incluir este tipo de delitos dentro del derecho penal económico, como ya se sostuviera al tratar el bien jurídico protegido.

Las acciones típicas previstas en este delito: *realizar* que implica ejecutarlo directamente (por ejemplo llevando al inmigrante en el auto escondido), *promover*, que es impulsar promocionar, o iniciar mediante actos concretos positivos que se dirigen a la obtención de la finalidad perseguida, y *facilitar* que es colaborar para hacer posible o más

fácil el tráfico ilegal, allanando las condiciones de la estadía o ayudando a salvar los obstáculos¹⁶. La redacción alternativa de tales conductas torna indistinto que se despliegue una o la otra, en todos los casos, se habrá consumado el ilícito.

La sola acción de solicitar autorización de ingreso al país (por ejemplo tramitación de visa) mediante instrumentos apócrifos, aún cuando se logre dicha finalidad, desplaza el delito hacia la figura de petición fraudulenta de beneficios migratorios (art. 18 Ley 25.871), salvo que de esta manera el autor haya querido obtener también una ventaja para él mismo (por ejemplo cobrando dinero a cambio de posibilitar el ingreso), en cuyo caso la maniobra queda en la órbita del tráfico¹⁷.

1.b.) *Elemento normativo*

El elemento normativo incluido en el tipo es la *ilegalidad*. Este vocablo que se encuentra equiparado al término irregularidad porque la ley de migraciones los emplea en forma indistinta como sinónimos (por ejemplo en el título V que trata “De la legalidad e ilegalidad de la permanencia”, en el art. 61 se refiere a la irregularidad). Se trata de la infracción a las normas migratorias y reglamentación que regulan el ingreso y la salida del territorio nacional, como así también la estadía de extranjeros en tránsito¹⁸.

La condición de ilegal se adquiere:

1) cuando se ingresa al país violando las leyes y reglas correspondientes al paso transfronterizo (por ejemplo la intromisión clandestina por fuera de los pasos y controles limítrofes, o la entrada de un inmigrante a quien se le canceló definitivamente una residencia anterior y no transcurrieron cinco años –ley 25871 art. 63 inc. b); o

2) cuando habiéndose ingresado en legal forma, se desnaturalizan las razones que autorizaron la permanencia en el territorio nacional (por ejemplo se entra como turista y se llevan a cabo actividades remuneradas –ley 25871, art. 53 y stes); o

3) si por otras causas que requieren declaración expresa, se dicta la cancelación definitiva de la residencia y la expulsión del país, habiendo vencido el plazo para abandonarlo

¹⁶ Hairabedián, ob. cit. pág. 309.

¹⁷ Hairabedián, ob. cit. pág. 309.

¹⁸ *Ibidem*.

y no hubiese mediado dispensa del Poder Ejecutivo –ley 25871, art 62 in fine- (por ejemplo condena por delito doloso mayor de 5 años –ley 25871, art. 62 inc. b.¹⁹).

1.c) *Elemento subjetivo*

La figura requiere dolo directo, es decir, la acción del sujeto debe estar dirigida a lograr el traspaso fronterizo con conocimiento del quebranto de las reglas migratorias²⁰. Por ejemplo no hay tal conocimiento cuando un taxista pasa a una persona sin interesarse en la legalidad del ingreso, situación que es muy frecuente en algunos puntos limítrofes terrestres.

1.d.) *Sujeto activo y pasivo*

Sujeto activo puede ser cualquier persona, inclusive un inmigrante ilegal (que trafica a otro). Admite todas las formas de participación.

Sujeto pasivo puede ser cualquier inmigrante ilegal. De acuerdo al art. 2 de la ley, inmigrante es todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitivamente, temporaria, o transitoriamente en el país conforme la legislación vigente.

Hairabedián, considera que el consentimiento del sujeto pasivo es irrelevante, y que podría ser, eventualmente, una pauta a tener en cuenta en la naturaleza del hecho como forma de graduación de la pena en el caso concreto, de acuerdo a las pautas del art. 40 y 41 del Código Penal.²¹

A nuestro entender, la disposición bajo análisis, presupone la convivencia, el acuerdo, o el consentimiento del extranjero que desea traspasar las fronteras nacionales, puesto que, de lo contrario, en el supuesto de que el cruce o traspaso se efectúe contra la voluntad manifiesta o presunta del ciudadano extranjero, el tipo penal aplicable podría desplazarse hacia alguna de las figuras previstas en el título V del Código Penal, es decir, a los delitos contra la libertad, como por ejemplo el art. 140²², o hacia el tipo del art. 145²³, o incluso concurrir idealmente con los delitos recientemente incorporados de trata de personas (145 bis y ter).

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Hairabedián, ob. cit., pag. 310.

²¹ *Ibíd.*

²² La figura de reducción a la servidumbre.

²³ La figura que castiga a quien condujere a una persona fuera de las fronteras de la República Argentina con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero.

Esta disquisición, no sólo se puede inferirse de una interpretación sistemática y armónica de la ley, sino del diferente ámbito de tutela, ya que en los delitos contra la libertad previstos por el Código Penal, el bien jurídico tutelado está constituido por el derecho a la libertad ambulatoria del ser humano, en cambio, en los delitos tipificados por esta ley, el bien jurídico protegido es el orden migratorio.

A más de todo ello, la interpretación que entiende que esta disposición presupone el consentimiento del sujeto pasivo, se ve corroborada por la reforma producida por la ley 26.364 al art. 119 de la ley 25871, cuando modifica, a nuestro criterio acertadamente, la redacción anterior que establecía que sólo la figura del art. 118 se agravaba si mediaba el empleo de violencia, intimidación o engaño o abusando de la necesidad o inexperiencia de la víctima.

A partir de la citada modificación, todos los delitos previstos en el capítulo VI del título X de la ley anteriormente citada, se agravan si se emplearen los medios comisivos mencionados. Entonces, ello supone, que en el caso de las figuras del 116 (tráfico) y 117 (facilitación o promoción de la permanencia ilegal) el sujeto pasivo presta conformidad a las acciones llevadas a cabo por el sujeto activo, y que en el supuesto de que este último empleare algún medio de los establecidos por la ley (violencia, intimidación, engaño, abuso de la necesidad o inexperiencia de la víctima) para doblegar la voluntad de la víctima, la conducta del agente se califica y deberá encuadrarse en el art. 119.

Es importante destacar que, el consentimiento prestado por el sujeto pasivo o la libre voluntad del inmigrante, es una de las características que distinguen los delitos migratorios del delito de trata de personas, que resulta de la constricción y de la violencia²⁴.

1.e.) *Consumación*

El ilícito se consuma cuando se logra traspasar el límite fronterizo, ya sea ingresando o saliendo del país, inclusive si se trata de pasajeros en tránsito.

En el caso de un paso fronterizo en el cual la oficina de control migratorio (Dirección Nacional de Migraciones o fuerzas de seguridad que cumplen funciones accesorias de policía migratoria –por ejemplo Gendarmería Nacional-) que se encuentre alejado a cierta distancia del límite geográfico, el delito se consuma cuando logra superarse dicho puesto. Si existiera

²⁴ Perez Cepeda, Ana I., ob. cit. pág. 27.

una zona de seguridad bajo el control de la autoridad, la consumación ocurrirá cuando se ha logrado exceder aquélla²⁵.

Es posible la tentativa, por ejemplo cuando el que intenta realizar el tráfico es sorprendido en la oficina de control.

1.f.) *Confluencia con otras figuras*

El delito en muchos casos constituye la preparación o el medio para cometer otra conducta típica: promoción o facilitación de la corrupción y prostitución (C.P. arts. 125 y ss), raptó (art. 130 C.P.), delitos de tráfico de estupefacientes (ley 23.737)²⁶, o ligados a la seguridad pública (art. 186 y s.s.). En estos casos se aplican las reglas del concurso real (art. 55 C.P.)²⁷.

Idéntico concurso corresponderá, si al realizar el tráfico se transportan mercaderías de contrabando (Código Aduanero, art. 864), por ejemplo ingresándolas en horarios o por lugares no habilitados (C. Aduanero, art. 864 inc. a) o empleando transporte aéreo apartado de las rutas autorizadas o en puntos de aterrizaje no habilitados (Ibid. art. 865 inc. e)²⁸.

2) **Promoción y facilitación de la permanencia ilegal de los extranjeros**

2.a.) *Elemento objetivo*

Las conductas típicas son *promover* o *facilitar*. *Promueve* quien incita promociona, inicia o impulsa la permanencia, procurando que ésta se logre. *Facilita* el que hace posible o más fácil, allanando las condiciones de la estadía o ayudando a salvar los obstáculos. La redacción alternativa de tales conductas torna indistinto que se despliegue una o la otra, en ambos casos se habrá consumado el ilícito. La permanencia es la estancia en el país dotada de una duración firme, constante con cierta estabilidad.

2.b.) *Elemento normativo*

²⁵ Hairabedián, ob. cit. pág. 311.

²⁶ El supuesto de personas que son obligadas a ingerir cápsulas que contienen en su interior estupefacientes para transportarlas en forma oculta y de este modo evitar ser detectadas por las fuerzas de seguridad.

²⁷ Hairabedián, ob. cit. pág. 311.

²⁸ *Ibidem*.

El elemento normativo incluido en el tipo es la *ilegalidad*. Respecto de su definición resulta de aplicación lo reseñado al tratar la figura de tráfico.

En este punto, cuadra aquí decir que el alcance del término fue debatido en el marco de la causa “Jalil, Gabriel E y otros”, juzgada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de Córdoba²⁹. En tales autos, la ilegalidad de la permanencia de las ciudadanas extranjeras surgía de los expedientes labrados ante la Dirección Nacional de Migraciones en donde constaba la declaración de la irregularidad de la permanencia de las ciudadanas paraguayas, según lo establecido por el art. 61 de la ley 25.871, por encontrarse desarrollando tareas remuneradas sin estar habilitadas para ello, en virtud de haber ingresado encuadradas en la categoría “transitoria”, subcategoría “turistas” (aún cuando el plazo de permanencia acordado en frontera estuviera vigente), desnaturalizándose así los motivos de sus ingresos. Por tal motivo, se las conminó a regularizar su situación migratoria bajo apercibimiento de expulsión.

La defensa técnica de los imputados sostuvo que las conductas enrostradas a sus defendidos resultaba atípica, pues la permanencia en la Argentina de las ciudadanas extranjeras que fueron detenidas en los diferentes lupanares allanados no podía ser considerada ilegítima, sino irregular hasta tanto una decisión del órgano administrativo, en este caso la Dirección Nacional de Migraciones, así lo declarara.

En cambio, el Tribunal consideró que no era necesaria la declaración formal de ilegalidad por resolución de la Dirección Nacional de Migraciones, desde que ésta es declarativa de dicho estado, ya que lo reconoce, no lo constituye. El emplazamiento realizado por la autoridad administrativa y dirigido al inmigrante para que regularice la situación (ley 25871, art. 61) no impide la configuración del ilícito, aunque tenga un resultado positivo, porque dicho procedimiento administrativo ampara al inmigrante irregular y no al sujeto activo de este delito, esto es, quien ha causado o contribuido a ese estado, atentando así contra el orden migratorio.

En idéntico sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I³⁰, que confirmó el fallo del Tribunal Oral n° 1 de Córdoba, al referirse al status del elemento ilegalidad,

²⁹ TOFC 1, “Jalil, Gabriel E y otros”, 04/04/07, La Ley 2007-D, p.84. En tales actuaciones se juzgó a los dueños de unos prostíbulos, entre los que se encontraba un policía, que facilitaban la permanencia ilegal en el territorio nacional de ciudadanas paraguayas, a fin de que ejercieran la prostitución en los prostíbulos de su propiedad, a cambio de comida, alojamiento, y protección, entregándoles para ello documentos falsos y reteniéndoles los verdaderos.

³⁰ CNCP, Causa n 8566, 7/10/2007, –Sala I-, Registro n° 11.140.

interpretó que no debía verificarse *ex ante*, como pretendía la defensa, sino que, por tratarse de una resolución declarativa, no hace otra cosa que encuadrar jurídicamente una situación de hecho.

En el caso de la facilitación de la permanencia, la conducta no es delictiva si no va acompañada de actos tendientes al aseguramiento o protección de la ilegalidad (por ejemplo la ayuda a eludir los controles de la autoridad el suministro o el ocultamiento de documentación, datos del inmigrante, etc.).

La simple actividad de facilitación desvinculada e independiente de la protección de la ilegalidad puede no ser ilícita, por ejemplo, el que vende comida a un ilegal; o constituir una infracción administrativa reprimida con multa (por ejemplo dar trabajo individual a un ilegal – como el caso del servicio doméstico-, o darle alojamiento a título oneroso –ley 25871, art. 55-).

Por el contrario, si la contribución a la permanencia ha consistido en el aprovechamiento laboral diagramado ya no aisladamente, sino como “política de empresa”(por ej los casos de las industrias textiles o trabajadores agropecuarios o de la construcción), ello será constitutivo del delito, porque en este supuesto la ilegalidad del inmigrante será parte inseparable de la conformación comercial y resulta impensable dicha actividad (por el sistema de controles impositivos, previsionales, y laborales que pesan sobre las empresas, aún sobre las Pymes) sin el ocultamiento de la condición de inmigrante ilegal.

2.c.) *Elemento subjetivo*

Respecto del aspecto subjetivo de este tipo, se requiere que la conducta se haya desplegado para obtener directa o indirectamente un beneficio, sin que sea necesario que se lo haya obtenido, basta sólo la finalidad. Al igual que al analizar el art. 116, la expresión beneficio utilizada “a secas” por el legislador trae los mismos inconvenientes que allí se describieran.

A modo de ejemplo, podemos citar el caso del cónyuge que aloja al otro o el padre que aloja a su hijo ilegal en el territorio nacional, incurriría en el delito porque está claro que obtiene un beneficio personal, aunque no lucrativo. Por ello, insistimos que una interpretación armónica de la ley, nos conduce a concluir que el beneficio debe ser *económico*.

Asimismo, esta figura es sólo compatible con el dolo directo, esto, es la intención de promover o facilitar la permanencia y conocer la condición ilegal del inmigrante.

2.d.) *Sujeto activo y pasivo*

Sujeto activo puede ser cualquier persona y admite todas las formas de participación (CP, art. 45).

Repárese que en el fallo mencionado anteriormente, a dos de los imputados, quienes eran los encargados de las casas de tolerancia donde se alojaban las ciudadanas extranjeras en forma ilegal, se los consideró sólo partícipes no necesarios del delito previsto por el art. 117 porque los mismos carecían de facultades de disposición y lo hacían en carácter de empleados o representantes de quienes fueron considerados autores de la facilitación de la permanencia ilegal de las ciudadanas extranjeras.

Sujeto pasivo puede ser cualquier inmigrante ilegal.

A nuestro parecer, la figura supone el consentimiento del sujeto pasivo, atento a los argumentos anteriormente esbozados al tratar esta cuestión, con relación a la figura prevista por el art. 116.

2.e.) *Consumación*

El ilícito se consuma cuando se promueve la permanencia, más allá de que ésta se haya o no concretado. En cambio, en el caso de la facilitación se requiere para su consumación cierta permanencia en la ilegalidad.

2.f.) *Confluencia con otras figuras*

El delito en muchos casos constituye la preparación o integra la modalidad para cometer otra conducta típica, por ejemplo, la promoción o facilitación de la prostitución o corrupción (art. 125 C.P.). Cuando la promoción es la preparación de otro delito (por ejemplo la acción consistente en persuadir a inmigrantes ilegales a permanecer en esa situación bajo promesa de beneficios con el fin de su posterior explotación laboral o sexual) las figuras concurrirán materialmente.

En cambio, si la facilitación de la permanencia es el medio o modo de comisión de otro delito (por ejemplo en un lupanar donde se obliga a mujeres a ejercer la prostitución, se da alojamiento y comida a inmigrantes ilegales) el concurso será ideal³¹.

3) Petición fraudulenta de beneficios migratorios

3.a.) Elemento objetivo

La acción típica es la petición de algún tipo de beneficio migratorio para un tercero mediante la presentación de documentación material o ideológicamente falsa.

El medio comisivo de esta figura constituye los delitos previstos en los artículos 292, 293 y 296, que hacen referencia, también, al uso de documentos falsos, que incluye la presentación. En virtud, de ello alguna doctrina considera que este tipo penal es sobreabundante³². Teniendo en cuenta que en el derecho penal vigente, se pune la presentación de documentación falsa ante la autoridad administrativa, no se advierte la razón que justifique la tipificación como delito, en una figura distinta, de la presentación de documentación apócrifa ante la autoridad migratoria, estableciendo una diferencia no justificada con el derecho penal aplicable en el caso de todas las otras autoridades estatales.

En este sentido, añade Pombar: “o es delito la presentación de documentación falsa para cualquier trámite administrativo, o no lo es para ninguno, conforme un principio esencial de coherencia en materia de política penal. O, ¿hay que entender que la autoridad migratoria se distingue de otra?”³³.

Más allá de esta crítica, que atañe a una cuestión de política legislativa, resulta claro que mientras no se modifique la redacción del presente tipo penal o eventualmente se elimine el mismo, sin duda, existe una confluencia entre esta figura y los delitos previstos en el título de los delitos contra la fé pública (arts. 292, 293 y 296).

Ahora bien, corresponde señalar, que si quien despliega la conducta es el propio beneficiado no incurrirá en el presente delito, pues se castiga a quien peticona beneficios para un tercero, no obstante lo cual, su conducta encuadraría en las figuras previstas en el título de

³¹ Hairabedián, ob. cit. pág. 321.

³² Pombar, Luis María, Comentario a la Ley de Migraciones 25871, Diario La Ley, 04 de febrero de 2004, comentario al art. 118 de la ley 25.871.

³³ *Ibidem*.

los delitos contra la fé pública del Código Penal, además, de estar sujeto a la sanción de cancelación de residencia y expulsión (ley 25871, art. 63 inc. a).

Por el contrario, si quien presenta la documentación lo hace “para un tercero” como requiere la norma, el ilícito migratorio desplaza la figura del artículo 296 del CP por mediar un concurso aparente, por relación de especialidad.

Sin embargo, el sujeto que peticiona el beneficio y que también participa en la falsificación del documento que presenta, dichas conductas deberán concursarse realmente en ambas figuras³⁴.

Pombar, ha objetado la utilización del término *presentación* en el art. 118 de la Ley 25.871, en lugar del vocablo utilizado en la redacción del art. 296 del C.P. que pune la *utilización* de documentos, reprimiendo con ello al que se beneficia con dicha acción³⁵.

Para el mencionado autor, en el tipo aludido se sanciona específicamente la presentación de documentación material o ideológicamente falsa, es decir, se reprime el hecho material de ingresarla a la administración migratoria. A su parecer, el apoderado o gestor o abogado, que presentara a la autoridad migratoria un trámite en el cual hubiera incluida alguna documentación falsa entregada por el cliente, aún sin saber de su falsedad, incurre en el delito aludido por el sólo hecho de haber sido quien la “presenta”, dejando fuera del tipo penal al cliente que la proveyó³⁶.

Ahora bien, entendemos que la figura en su aspecto subjetivo requiere dolo directo, es decir, el conocimiento por parte del sujeto activo de la falsedad del documento típico que presenta ante la autoridad migratoria con la finalidad establecida en la ley de obtener algún beneficio migratorio para un tercero, por ello, en el caso que el sujeto que presente la documentación carezca del conocimiento antes descripto, su conducta no resultará típica, por no satisfacer los requisitos del tipo subjetivo de la figura bajo análisis

Pese a todo, sí compartimos en parte la objeción formulada, por cuanto consideramos acertado, que hubiera sido preferible que el tipo en su redacción empleara la expresión “usar” y no “presentar”, puesto, que el primer concepto es más amplio e incluye al segundo.

³⁴ Hairabedián, ob. cit. pág. 323.

³⁵ Pombar, Luis M, Comentario a la Ley de Migraciones 25.871, Diario La Ley, 04 de febrero de 2004, comentario al art. 118 de la ley 25.871.

³⁶ Ibídem.

³⁴ Hairabedián, ob. cit. pág. 322

El beneficio que se procura peticionando a favor de un tercero mediante documentación ilegítima es la obtención de alguna ventaja o utilidad, vinculada a la cuestión migratoria, proveniente directa o indirectamente del Estado, sin importar que tenga contenido patrimonial. No es indispensable que el organismo o la persona ante la que se peticiona sea específicamente la autoridad migratoria, basta que lo reclamado se relacione con dicha función del Estado, teniendo en cuenta el bien jurídico tutelado³⁷.

3.b.) *Consumación*

El delito se perfecciona con el sólo hecho de peticionar acompañando la documentación apócrifa, sin que sea necesaria la obtención del beneficio, pero sí se requiere la efectiva recepción del pedido. Admite la tentativa, por ejemplo si se detectara la documentación falsa antes de su presentación.

V. AGRAVANTES

1. **Por el medio empleado**

El art. 119 en su redacción original, conforme el texto de la ley 25871, establecía un aumento de la escala penal en el caso de las conductas descriptas en el artículo anterior, es decir, la petición de beneficios migratorios para un tercero mediante la presentación de documentos ideológica o materialmente falsos, se realizaran empleando violencia, intimidación o engaño, abusando de una necesidad o inexperiencia de la víctima.

Evidentemente, al analizar tal artículo llamaba la atención que esta agravante sólo operara con relación a la figura del art. 118 y no para el resto de los delitos incluidos en la ley. A fin que se advierta más claramente la inconsecuencia que se deducía de este artículo, resulta conveniente valerse del siguiente ejemplo: un sujeto que habiendo realizado, promovido o facilitado el tráfico ilegal de personas, o que haya facilitado o promovido la permanencia ilegal de extranjeros utilizando los medios típicos descriptos anteriormente, su conducta no se agravaba porque la calificante estaba sólo prevista para el tipo del art. 118. En cambio, si los

medios descriptos en la figura del art. 119 se empleaban en la comisión de los delitos previstos por el art. 118, es decir, la petición de beneficios migratorios mediante la presentación de documentos material o ideológicamente falsos, la conducta si se calificaba.

Asimismo, sería más verosímil que los delitos de tráfico y de facilitación y promoción de la permanencia ilegal de extranjeros, puedan ser cometidos utilizando medios como violencia, intimidación o abuso que el delito previsto en el art. 118. No obstante ello, la ley agravaba sólo la pena de éste último si se empleaban tales medios. Por ello, creemos que con acierto, la ley 26.364, advirtiendo esta omisión de la anterior ley, sustituyó el artículo 119 de la ley 25.871 por el siguiente: “Será reprimido con prisión o reclusión de DOS (2) a OCHO (8) años el que realice las conductas descriptas en el presente capítulo empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de la necesidad o inexperiencia de la víctima”.

En consecuencia, ahora la escala penal de todos los delitos previstos en la ley 25.871 se agrava si los mismos se realizan empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de la necesidad o inexperiencia de la víctima.

Asimismo, esta reforma legislativa ratifica la interpretación que sostiene que en las figuras básicas del art. 116 y 117 el consentimiento del sujeto pasivo no es irrelevante, sino que lo es, ya que aquel debe prestar conformidad a las acciones llevadas a cabo por el sujeto activo. En caso de que el sujeto pasivo no consienta la realización de tales acciones y se haya utilizado algún medio comisivo establecido en el art. 119 para doblegar su voluntad, la conducta del sujeto activo se agrava.

Se trata de una calificante por el medio empleado en la comisión de estos delitos, y obedece al plus que significa la utilización de un medio que se dirige contra la voluntad del inmigrante ilegal, viéndose vulnerada en los elementos que la integran³⁸.

2. Por habitualidad

El art. 120 inc. a) de la ley 25.871, atiende al modo en que se ejecuta la conducta se funda en la mayor criminalidad que denota quien ostenta permanencia en la infracción³⁹.

³⁸ Hairabedián, ob. cit. pág. 313.

³⁹ *Ibidem*.

La habitualidad supone una reiteración de actos, que denota un especial impulso hacia la comisión del tipo delictivo, generando un estado de actividad, de permanencia, que lo vuelve hábito o costumbre⁴⁰. Es decir, que implique un modo de vida para los sujetos activos, que se acostumbran y se dedican por tanto a practicarlo. Requiere pluralidad de actos unidos por cierta proximidad temporal, y cuya existencia y autoría no hayan sido declarados por sentencia firme, puesto que ellos no pueden tomarse para la habitualidad, porque ello vulneraría la garantía constitucional de non bis in ídem⁴¹.

La ley no establece qué número de hechos configuran habitualidad, dejando a criterio del juzgador su determinación, en cada caso particular, de cuando existe dicha modalidad que constituye un agravante de este tipo de delitos.

3. Por la calidad del sujeto activo

El art. 120 inc. b) eleva la pena cuando “interviniera en el hecho un funcionario o empleado público en ejercicio u o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo, y se impone igualmente la pena de inhabilitación absoluta perpetua.

La calificación atiende al mayor perjuicio que sufre la administración cuando las disposiciones migratorias son burladas con la intervención de quienes participan en la función estatal. De ello, deriva una mayor capacidad para afectar el bien jurídico que pueden tener estas personas por manejar el resorte del Estado vinculado a la cuestión migratoria, cuya conducta, además, supone una infracción a su deber de responsabilidad funcional, e igualmente las mayores dificultades que pueden presentar el descubrimiento, la investigación, el juzgamiento de estos delitos si han tomado parte en los hechos sujetos que participan de la función estatal.

La agravante concurre cuando el sujeto activo del delito es un funcionario o empleado público. De acuerdo a la definición del artículo 77 del CP *funcionario o empleado público* es todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de sus funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

También, la ley se inspira en la Convención Interamericana contra la corrupción que define al funcionario público como cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus

⁴⁰Ibídem.

⁴¹Hairabedián, ob. cit. pág. 314.

entidades. Incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar funciones o actividades en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos (art. 1 de la Convención Interamericana contra la corrupción).

Asimismo, la actividad del dependiente del Estado debe estar vinculada de alguna forma con la cuestión migratoria, ya sea directamente (por ejemplo desempeñarse en la Dirección Nacional de Migraciones) o de manera conexa (por ejemplo cumplir tareas para la tramitación de pasaportes que realiza la Policía Federal, o de documentos de identidad, que lleva adelante el Registro Nacional de las Personas, o de control⁴² y de represión de delitos).

Vale citar como ejemplo de aplicación de esta agravante, el caso jurisprudencial antes mencionado, en el cual uno de los condenados era un policía provincial a la vez dueño de lupanares habitado por ilegales, que abusando de su condición logró eludir en algunas oportunidades los controles policiales y allanamientos y el control por parte de la autoridad migratoria de la situación de residencia de las ciudadanas paraguayas.

Ahora bien, se discute si esta agravante en razón de la calidad del sujeto activo se extiende a otros partícipes que no ostenten tal pertenencia al Estado.

Para algunos, no corresponde aplicarla igualmente a los partícipes en el hecho en el cual hubiera intervenido un funcionario o empleado público, sino revisten tal calidad. Esta fue la posición adoptada por el Tribunal Oral no 1 de Córdoba en los autos “Jalil, Gabriel E y otros”.

En cambio, para otros, la letra de la ley permite una interpretación distinta, por la cual la calificante se aplica también a aquellas personas ajenas a la administración pero que han participado en el hecho en el que intervinieron funcionarios o empleados públicos, conociendo que lo eran⁴³.

A nuestro modo de ver, esta última posición es la que más se ajusta a la redacción del texto legal, que establece expresamente que las penas se agravan si *interviniere* en el hecho un funcionario o empleado público, en ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo, es decir, se toma en cuenta la participación del sujeto que ostenta tal calidad en el hecho, agravándose, en consecuencia, el accionar de todos los que intervienen en él, ya que

⁴² Hairabedián, ob. cit., pág. 315.

⁴³ Hairabedián, M, ob. cit. pág. 315.

también sacan provecho del amparo, poder o seguridad que puede dar la participación en el hecho de agentes estatales, circunstancia que constituye la razón de ser de la figura calificada.

En este sentido, bien señala Maximiliano Hairabedián, que cuando la legislación penal en otras disposiciones, requiere agravar determinada sanción al agente por su condición de funcionario o empleado lo señala expresamente⁴⁴, y cita como ejemplo los artículos 117 bis inc. 4 CP, 139 bis 2º párrafo, CP, 142 bis inc. 5º y 170 inc. 5º CP, entre otros.

Por último, refuerza esta última interpretación del texto de la ley, la circunstancia de que nuestro ordenamiento punitivo cuando califica el hecho por la intervención de una persona que ostenta una determinada condición agrava igualmente la conducta de los partícipes o coautores, que no obstante carecer de tal calidad, participan en el hecho (v.gr. la agravante genérica prevista en el art. 41 4ter del Código Penal por la participación en el hecho de un menor de edad).

4. Agravantes del art. 121:

La ley 26.364 también modificó la redacción de este artículo, que prevé dos tipos de agravantes:

4.a.) La primera para todos los delitos previstos en el capítulo, elevándose la escala penal de de 5 a 15 años, y contiene a su vez dos hipótesis que califican la conducta del sujeto activo.

La primera, dentro de esta primera categoría, atiende *al modo y la constituye el supuesto en que se hubiera puesto en peligro la vida, la salud, o la integridad de los migrantes.*

Esta agravante se funda en la mayor criminalidad revelada por quien lleva a cabo la acción de forma tal que conlleve peligro físico para el inmigrante⁴⁵.

La vida se pone en peligro cuando la forma del traslado colocó al inmigrante en una situación en que razonablemente se podía pronosticar el riesgo de muerte (por ejemplo se lo introdujo en el baúl de un auto sin ningún tipo de ventilación por un lapso prolongado de tiempo). La salud se pone en riesgo cuando se expone al inmigrante ilegal a una disminución

⁴⁴ Ibídem.

⁴⁵ Hairabedián, M., ob. cit. pág. 314.

del normal funcionamiento del organismo o porque genere o agrave una dolencia o sus secuelas⁴⁶.

Repárese que se trata de una figura de peligro concreto, es decir, para que se configure la agravante sólo se requiere que concurra un peligro real para la vida, salud o integridad de los inmigrantes sin exigir un efectivo menoscabo, pero sí que se creen unas condiciones tales que quepa afirmar que dicho bien estuvo en una situación próxima de lesión⁴⁷.

La segunda, dentro de esta primera categoría, atiende a *la edad de la víctima*. La penalidad superior se funda en la mayor protección jurídica integral que deben recibir los menores como consecuencia de su especial vulnerabilidad, tutela que se encuentra especialmente regulada en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, incorporada a nuestro derecho interno con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Como bien señala Hairabedián, no debe funcionar la agravante si el ilícito ha tenido por fin favorecer al menor.

Cabe aclarar, que si bien para la ley civil argentina la mayoría de edad se adquiere a los 21 años (Código Civil art. 26), en el delito bajo análisis se considera menores de edad a los que no han alcanzado los 18 años, ya que éste es el límite establecido en el Convenio Internacional antes citado (art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), que rigen esta materia por el principio de especialidad y prelación normativa⁴⁸.

4.a.) La segunda clase de agravante contemplada en el art. 121 sólo está prevista para la figura de tráfico de personas del artículo 116, elevándose, en este supuesto, la escala penal de ocho a veinte años. Cabe resaltar que el mínimo previsto es equiparable al mínimo previsto para el homicidio (art. 79 CP).

Al respecto, podría validamente considerarse, atendiendo a las condiciones propias de cada caso en particular, que dicho mínimo resulta desproporcionado respecto del grado de culpabilidad del agente y en consecuencia, podría imponerse una pena por debajo de ese mínimo, que siempre ha de considerarse indicativo a efectos de acatar leyes de mayor

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Martínez Buján, ob. cit. pág. 208.

⁴⁸ Hairabedián, ob. cit. pág. 316.

jerarquía (constitucionales e internacionales) que prohíben la imposición de penas que excedan la cuantía señalada por el grado de culpabilidad en el hecho⁴⁹.

La agravante atiende a los fines del autor, porque concurre sólo cuando el tráfico de personas se hubiera efectuado con la intención de cometer actos de terrorismo, actividades de narcotráfico o de lavado de dinero.

Los hechos de terrorismo son las acciones delictivas cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma, o temor y que se realicen empleando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo, siempre que sean idóneos para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas (art. 1 de la Ley 25.241).

La regla es, que los delitos que se cometen como consecuencia de los fines contemplados en la agravante, concurrirán materialmente con el tráfico ilegal de personas agravado (por ejemplo homicidio, incendio, estragos, tenencia y portación de armas, etc.).

Las actividades de narcotráfico, tal como lo establece el tipo penal, son todas aquellas comprendidas dentro del tráfico ilícito de estupefacientes, v.gr. producción, fabricación, venta, entrega, transporte, etc.

Acertadamente, señala Hairabedián, que la elevada penalidad prevista para esta agravante, exige una cuidadosa interpretación para que su aplicación al caso concreto no afecte el principio de proporcionalidad de la pena. Por ello, las acciones deben estar orientadas por un específico “dolo de tráfico”, esto es un objetivo comercial, de lucro⁵⁰.

El lavado de dinero es una operación tras la cual el dinero que ha sido obtenido con la comisión de delitos se coloca, vende, administra, transfiere, invierte o de otro modo se lo hace reingresar al sistema económico formal, con un viso de legalidad que disfraza su real origen ilícito.

El tráfico de personas con este fin, sólo es compatible con las formas dolosas previstas en el CP (art. 278 inc. 1 y 3), pero no con la modalidad culposa del mismo (art. 278 inc. 2 CP).

⁴⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho Penal Parte General, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 731; T.S.J. Cba, Sala Penal, Sent. N° 56, 8/7/2002, “Zabala”, en la cual se declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal del parricidio en estado de emoción violenta.

⁵⁰ Hairabedián, ob. cit., pág. 317.

La anterior redacción de la ley incluía como finalidad también la prostitución, objetivo que actualmente fue suprimido por Ley 26.364.

Antes de la modificación efectuada por la ley citada, la doctrina entendía que el propósito que debía guiar al autor al cometer el delito de tráfico, para que pudiera concurrir la agravante, debía ser la prostitución forzosa o abusiva y no la mera intención de facilitar el ingreso al país de un inmigrante mayor de edad para que ejerciera la prostitución en el país voluntariamente⁵¹. Una interpretación que no efectuara tal distinción, no se correspondería con el principio de proporcionalidad de la pena.

En nuestra opinión, la ley 26364, con acertada técnica legislativa, ha suprimido el fin de prostitución como una agravante del tráfico, debido a que tal supuesto configura actualmente el delito de trata de personas, incorporado por tal normativa. No obstante ello, ambas figuras, el tráfico ilegal de personas puede concurrir idealmente con las figuras de los arts. 145 bis o ter del CP (trata de personas mayores y menores de edad, respectivamente).

Para todos los supuestos de agravantes, basta con que el tráfico ilegal de personas sea movido con el propósito previsto en la norma, sin que sea necesario que hayan comenzado a ejecutarse los delitos tenidos como finalidad por el autor. La norma abarca el traspaso ilegal ya sea como un acto predatorio de uno de los objetivos ilícitos del autor (por ejemplo para planear un ataque terrorista), comienzo de ejecución, o como parte de la consumación (por ejemplo contrabando agravado de estupefacientes)⁵².

VI. DELITOS MIGRATORIOS Y EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

En este punto, quisiéramos hacer referencia y distinguir los delitos tipificados por la ley de migraciones de los tipos recientemente incorporados por Ley 26.364, que incorpora los arts. 145 bis y 145 ter al C.P.

Mediante la sanción de esta ley, el Estado argentino ha dado cumplimiento al Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente de mujeres y niños (Protocolo de Palermo), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra

⁵¹ Pombar, Luis María, ob. cit. pág., comentario al art. 121 de la ley 25.871.

⁵² Hairabedián, ob. cit., pág. 319.

la delincuencia organizada transnacional, aprobada por nuestro país por ley 25.632 del año 2002.

Los artículos incorporados penalizan un crimen considerado *delicta ius gentium* la trata de personas en situación de explotación, en cualquiera de sus formas, ya sea sexual, laboral o de otra índole. Se define la trata de personas como la captación, el transporte y/o traslado –ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior- la acogida o la recepción de personas cuando sea con fines de explotación.

La nueva legislación contempla dos hipótesis: la primera de ellas, compuesta por la trata de personas mayores de edad, prevista en el art. 145 bis del CP, que requiere que el sujeto pasivo sea una persona mayor de 18 años de edad, y exige que medie engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

El delito se agrava por el parentesco entre la víctima y el victimario o cuando éste sea funcionario público o cuando las víctimas sean mas de tres, o cuando fuere cometido por 3 o más personas en forma organizada.

La segunda hipótesis contemplada, en el art. 145 ter es la trata de personas menores de edad. Dicha figura prevé que cuando las víctimas sean menores de 18 años, este delito se configura aún cuando no mediare engaño, violencia o cualquier medio de intimidación o coerción. Esta figura se califica si la victima fuera menor de 13 años, y en los supuestos antes mencionados.

Desde distintos sectores sociales, se ha criticado la reciente ley porque consideran que en el caso de víctimas mayores de 18 años, si hubo consentimiento por parte de ellas, no se configura el delito.

No obstante ello, se advierte que tal preocupación no tiene asidero, puesto que el tipo penal incorporado por la ley ni invierte la carga probatoria en lo atinente al consentimiento, ni tampoco despenaliza la conducta cuando éste exista, ya que en todos los casos previstos por la norma, hay un consentimiento que se encuentra viciado en su origen y fundamentación⁵³.

Esta ley derogó los artículos 127 bis y 127 ter que dentro del título de los delitos contra la integridad sexual, tipificaba la trata de personas con fines de explotación sexual, es decir

⁵³ Tazza, Alejandro O, Carreras Eduardo R, “El delito de trata de personas”, La Ley, 21/05/08, 1.

cuando la promoción o facilitación de la entrada o salida del país de menores de 18 años es realizada con la finalidad de que ejerzan la prostitución.

Conforme la nueva ley, y su ubicación dentro del Código Penal (en el título delitos contra la libertad) estas figuras penales tienden a tutelar el bien jurídico libertad individual, con los alcances y límites, que ostenta en nuestro ordenamiento punitivo, y secundariamente las posibles afectaciones a otros bienes jurídicos (integridad sexual, integridad física, o corporal).

Ahora bien, analizando estos nuevos tipos penales incorporados en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal –trata de personas-, y los tipificados en la ley de migraciones, se advierten una serie de diferencias entre ambos regímenes.

En primer lugar, el bien jurídico protegido en los delitos de trata de personas es la libertad individual de la persona, en tanto que lo tutelado en el caso de los delitos migratorios es, desde una perspectiva funcionalista, el normal y correcto funcionamiento y desarrollo de la política migratoria de nuestro país.

En segundo lugar, son distintos los sujetos pasivos de ambas figuras, mientras que en el delito tipificado en la ley bajo análisis el sujeto pasivo es un inmigrante ilegal, y además supone su consentimiento en las figuras básicas (arts. 116 y 117 de la ley 25.871); por el contrario en el caso del delito de trata de personas mayores de edad (art. 145 bis CP) el sujeto pasivo puede ser cualquier persona y no debe existir tal consentimiento porque las conductas delictivas se consuman contra la voluntad de la víctima, o al menos ella actúa con el consentimiento viciado por alguna forma de error, engaño, coacción, u otro medio vulnerante de su libertad de decisión.

Por último, otra diferencia es el elemento transnacional que distingue a los delitos migratorios de la trata de personas. Es decir, el cruce de fronteras como modalidad comitiva esencial, circunstancia que no se configura necesariamente en el ilícito de trata de personas.

De este modo habiendo resaltado las diferencias entre ambos delitos, cabe analizar cómo confluyen ambas figuras.

Siempre que el sujeto pasivo sea un inmigrante ilegal podría existir un concurso ideal entre la figura de tráfico ilegal de inmigrantes prevista por el art. 116 de la ley 25871 agravada por el art. 119 y el art. 145 bis del C.P., porque ambos delitos suponen el consentimiento viciado del sujeto pasivo.

Así, podemos citar el caso de un sujeto activo que transporta o traslada violentamente a un inmigrante ilegal, cruzando ilegalmente las fronteras del país con la finalidad de que este último sea explotado laboral o sexualmente en nuestro territorio. En efecto, se advierte claramente que se trata de un único hecho que encuadra en dos o más disposiciones legales distintas⁵⁴.

En nuestra opinión, también existiría concurso ideal entre la figura básica del art. 116 de la ley 25871 y el art. 145 ter del C.P., en el supuesto en que el sujeto pasivo sea un inmigrante ilegal menor de 18 años, cuyo consentimiento es irrelevante.

⁵⁴ Nuñez, Manual de Derecho Penal Parte General 4ª Edic. actualizada por Félix González y Roberto Spinka, Edit. Lerner, Córdoba, 1999, pág. 261.