



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO
ESCUELA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL Y
PROCESAL PENAL**

TESIS

**EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE
TRÁFICO DE MIGRANTES EN EL PERÚ**

**PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**

AUTOR:

Br. UBALDO CALLO DEZA

ASESOR:

Mg. LIZBETH NOHEMI YEPEZ PROVINCIA

ORCID: 0000-0001-5509-6933

CUSCO - PERÚ

2025



ANEXO 1
INFORME DE SIMILITUD

El que suscribe, el Asesor(a) LIZBETH NOHEMI YEPEZ PROVINCIA, quien aplica el software de detección de similitud al trabajo de investigación/tesis titulada:

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES EN EL PERÚ

presentado por: UBALDO CALLO DEZA con DNI Nro.: 23966495

presentado por: _____ con DNI Nro.: _____

para optar el Título Profesional/ Grado Académico de _____

MAESTRO EN DERECHO MENCION DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

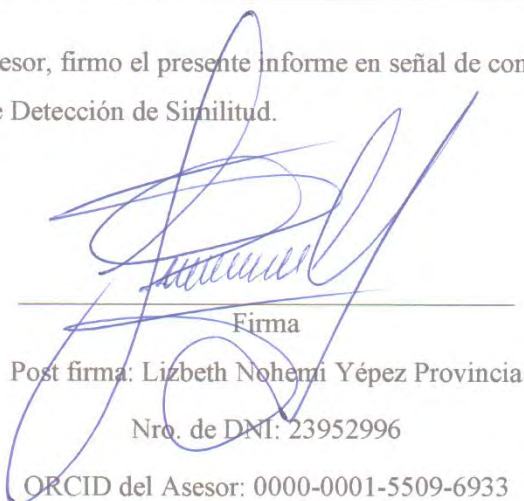
Informo que el trabajo de investigación ha sido sometido a revisión por **DOS** veces, mediante el software similitud, conforme al Artículo 6° del Reglamento para Uso del Sistema de Detección de Similitud en la UNSAAC y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de **1 %** de similitud.

Evaluación y acciones del reporte de coincidencia para trabajos de investigación conducentes a grado académico o título profesional, tesis

Porcentaje	Evaluación y Acciones	Marque con una (X)
Del 1 al 10%	No sobrepasa el porcentaje aceptado de similitud.	X
Del 11 al 30%	Devolver al usuario para las subsanaciones.	
Mayores a 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, conforme al reglamento, quien a su vez eleva el informe al Vicerrectorado de Investigación para que tome las acciones correspondientes; sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a ley.	

Por tanto, en mi condición de Asesor, firmo el presente informe en señal de conformidad y **adjunto** la primera página del reporte del Sistema de Detección de Similitud.

Cusco, 18 de ENERO de 2026


Firma
Post firma: Lizbeth Nohemi Yépez Provincia
Nro. de DNI: 23952996
ORCID del Asesor: 0000-0001-5509-6933

Se adjunta:

1. Reporte Generado por el Sistema de Detección de Similitud.
2. Enlace del Reporte Generado por el Sistema Detección de Similitud: **trn:oid::27259:546153732**

UBALDO CALLO DEZA

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES EN EL PERÚ .pdf

 Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco

Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid:::27259:546153732

177 páginas

Fecha de entrega

14 ene 2026, 10:22 a.m. GMT-5

60.011 palabras

Fecha de descarga

14 ene 2026, 10:33 a.m. GMT-5

324.537 caracteres

Nombre del archivo

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES EN EL PERÚ .pdf

Tamaño del archivo

1.2 MB

1% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

Filtrado desde el informe

- Bibliografía
- Texto citado
- Texto mencionado
- Coincidencias menores (menos de 25 palabras)

Fuentes principales

- 0%  Fuentes de Internet
- 0%  Publicaciones
- 0%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Marcas de integridad

N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.



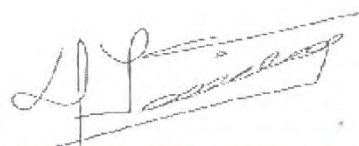
UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO
ESCUELA DE POSGRADO

INFORME DE LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES A TESIS

Dr. TITO LIVIO PAREDES GORDON, Director (e) de la Escuela de Posgrado, nos dirigimos a usted en condición de integrantes del jurado evaluador de la tesis intitulada **EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES EN EL PERÚ** del Br. **UBALDO CALLO DEZA**. Hacemos de su conocimiento que el (la) sustentante ha cumplido con el levantamiento de las observaciones realizadas por el Jurado el día **CATORCE DE NOVIEMBRE DE 2025**.

Es todo cuanto informamos a usted fin de que se prosiga con los trámites para el otorgamiento del grado académico de MAESTRO EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

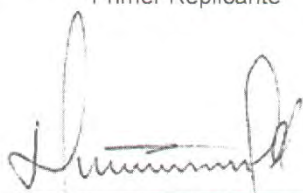
Cusco, ____22 de noviembre del 2025____



DR. JULIO TRINIDAD RIOS MAYORGA
Primer Replicante



MG. MIGUEL ARCE GALLEGOS
Segundo Replicante



DR. MÁXIMO CÓRDOVA HUAMANÍ
Primer Dictaminante



DR. JOE ORIOL OLAYA MEDINA
Segundo Dictaminante

Dedicado a:

A mi compañera, mis hijos a quienes les debo la motivación para concluir esta etapa académica, cumpliendo una meta trazada; sin ellos no hubiera podido concluir este trabajo; con sus palabras, actitudes y reproches no permitieron que decaiga en el largo camino intelectual.

Agradezco:

A mi esposa, que me dio la fuerza para alcanzar este objetivo. A la familia antoniana por haberme forjado profesionalmente acogiéndome en sus aulas, a la escuela de postgrado por permitirme concretar un empeño personal, sus docentes por brindarme sus conocimientos, a los distinguidos dictaminantes por sus sabios consejos, a mi hermano por inspirarme a seguir adelante hasta concluir esta tesis.

Resumen

En las relaciones entre los Estados, una cuestión delicada es verificar el respeto de los derechos fundamentales, especialmente en el campo de la migración. La Convención de Palermo asume que el tráfico de migrantes es una figura delictiva cometida por organizaciones criminales, y afecta la tranquilidad pública. En el Perú, esta modalidad delictual fue incorporada con la Ley 27202 antes de la suscripción de la Convención de Palermo. El Estado tiene la obligación de adaptar la legislación interna al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

A través de una investigación cualitativa siguiendo un paradigma interpretativo, se estudia el delito migratorio en el Perú, utilizando una investigación descriptiva exploratoria se establece cuál es el bien jurídico que se procura resguardar en el delito migratorio, resaltando las diferencias que existe con la trata de personas. El estudio ha permitido establecer que no existe uniformidad en la legislación y la doctrina respecto a la identificación del bien jurídico en el tráfico migratorio, estas posturas se ha visto reflejada en el legislador nacional al momento de determinar los marcos punitivos en el delito, generando dificultad para investigar y sancionar estas conductas; las penas establecidas no responde a la magnitud de la lesión ocasionado al bien jurídico. La investigación permite establecer que se trata de un delito pluriofensivo, donde las conductas reprochables afectan una variedad de bienes jurídicos. A fin de dotar una coherencia a la legislación penal en la materia se propone una modificación del delito migratorio.

Palabras claves: Migración, Delito, Bien jurídico, Tráfico migratorio.

Abstract

In relations between states, a delicate matter is verifying respect for fundamental rights, especially in the field of migration. The Palermo Convention recognizes migrant smuggling as a criminal act committed by organized crime, affecting public order. In Peru, this type of crime was incorporated into the law with Law 27202 before the ratification of the Palermo Convention. The State has the obligation to adapt its domestic legislation to the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air.

Through qualitative research following an interpretive paradigm, this study examines migrant smuggling in Peru. Using exploratory descriptive research, it establishes the legal right that is being protected in migrant smuggling, highlighting the differences between this crime and human trafficking. The study has established that there is no uniformity in legislation and legal doctrine regarding the identification of the protected legal interest in human trafficking. This lack of uniformity has been reflected in the national legislature's determination of penalties for this crime, creating difficulties in investigating and prosecuting these actions. The established penalties do not correspond to the magnitude of the harm caused to the protected legal interest. The research establishes that this is a multi-faceted crime, as the reprehensible conduct affects a variety of protected legal interests. In order to bring coherence to criminal legislation on this matter, a modification of the immigration crime is proposed.

Keywords: Migration, Crime, Protected legal interest, Human trafficking

ÍNDICE

Dedicatoria	2
Agradecimientos	3
Resumen	4
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1. Delimitación del problema	1
1.2. Formulación del problema	5
Problema general	5
Problemas específicos	5
1.3. Justificación de la investigación	6
1.3.1. Conveniencia científica	6
1.3.2. Relevancia social contemporánea	6
1.3.3. Implicancias prácticas	7
1.3.4. Valor teórico	8
1.3.5. Unidad metodológica	8
1.4. Objetivos de la investigación	8
Objetivo General	8
Objetivos específicos	9
II. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	
2.1. Bases de la teoría del delito	10
2.1.1. Derecho penal constitucional	12
2.1.2. La antijuridicidad en el derecho penal	13
2.1.3. Principio de lesividad en el derecho penal	15
2.1.4. Bien jurídico protegido	17
2.1.5. Funciones del bien jurídico	20
2.1.6. El bien jurídico protegido y la determinación de las penas	24
2.1.7. Principio de proporcionalidad y la pena	27
2.1.8. Finalidad de la Pena	30
2.2. La migración	32
2.2.1. Móviles de la migración	34
2.2.2. La migración irregular	38
2.3. Delito contra el orden migratorio	38

2.3.1. Antecedentes legislativos.	39
2.3.2. La criminalidad organizada y el delito migratorio.	40
2.3.3. Evolución normativa en el Perú	42
2.3.4. El bien jurídico en el delito migratorio	44
2.3.5. Tipicidad objetiva	46
2.3.6. Tipo subjetivo	53
2.3.7. Consumación	54
2.4. Circunstancias agravantes.	55
2.5. Diferencias entre delito migratorio y la trata de personas.	65
2.6. Legislación comparada	67
2.7. Marco conceptual (palabras clave)	77
2.8. Antecedentes empíricos de la investigación	81
2.8.1. Antecedentes internacionales	81
2.8.2. Antecedentes nacionales	82
 III. HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS	
3.1. Hipótesis	85
3.2.1. Hipótesis general	85
3.2.2. Hipótesis específicas	85
3.2. Identificación de categorías y subcategorías	85
 IV. METODOLOGÍA	
4.1. Ámbito de estudio: localización política y geográfica.	87
4.2. Tipo y nivel de investigación.	87
4.2.1. Tipo de investigación.	87
4.2.1. Nivel de la investigación	88
4.3. Unidad de análisis	88
4.4. Población de estudio	88
4.5. Tamaño de muestra	89
4.6. Técnicas de recolección de información.	89
4.7. Técnicas de análisis e interpretación de la información	89
 V. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	
5.1. En bien jurídico en el delito migratorio	91

5.2 La modificación del delito de tráfico de migrantes	102
Proyecto de Ley 314-2006-MP	103
Proyecto de Ley N° 513/2006-PE.	110
5.4. El delito migratorio en la legislación comparada	127
5.5. Análisis de los casos	129
 CONCLUSIONES	 147
RECOMENDACIONES	149
BIBLIOGRAFÍA	150
ÍNDICE DE CUADROS	
Cuadro 1	66
Cuadro 2	86
Cuadro 3	130
ANEXOS	
MATRIZ DE CONSISTENCIA	
PROYECTO DE LEY	

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Delimitación del problema

La migración de las personas es un fenómeno social que siempre ha existido desde los albores de la humanidad, ello ha motivado que la cultura se propague y se nutra de otros elementos sociales y motive el posterior surgimiento de sociedades disímiles en diferentes territorios del orbe; el ejemplo más claro, es el caso de los turkomanos que emigraron desde las estepas asiáticas hasta los territorios que actualmente ocupan, y que en su momento llegaron a crear un poderoso Estado que dominó gran parte del mundo oriental. Sin embargo, actualmente la migración de las personas se ha transformado en una problemática social, con implicancias económicas y políticas de trascendencia y de carácter internacional que surge a partir diferentes factores; ya sean por las desigualdades sociales, económicas, por la inestabilidad política, la presencia de conflictos religiosos entre otros; lo que motiva que muchas personas tengan que desplazarse desde sus lugares de origen hacia otras latitudes, en busca de regiones que les brinden mejores condiciones de vida.

Las personas que desean migrar, en primer lugar, tienen que identificar el territorio donde puedan tener la posibilidad de mejorar sus niveles de vida, tienen que sopesar la posibilidad de llegar al lugar elegido, identificar los requisitos para acceder al lugar, determinar las rutas por las que tienen que desplazarse.

Sin embargo, los Estados no siempre han estado de acuerdo con el tránsito migratorio, ya sean por razones de seguridad de Estado, con fines de estabilidad social y económica entre otros; por ello han introducido una serie de reglas migratorias que por lo común buscan impedir el ingreso a su territorio, a un grupo de personas a quienes consideran peligrosas para su sociedad a los que Zaffaroni (2006) llama los “hostis”. Generalmente esta diferenciación se hizo por razones éticas, religiosas, culturales.

Muchos países en su formación, fortalecieron sus políticas migratorias de captación de ciudadanos europeos, un claro ejemplo fue el caso de la sociedad Argentina que promovió la migración de ciudadanos italianos; por otro lado, en cuanto a los Estados Unidos de América, hubo una política migratoria favorable a ciudadanos

irlandeses, británicos, italianos, entre otros; empero crearon reglas para impedir la migración de ciudadanos mexicanos; sin embargo, los mexicanos inicialmente eran altamente apreciados por los empleadores estadounidenses debido a su alta resistencia en los trabajos más pesados; algunos grupos racistas ven en la migración mexicana una amenaza a la homogeneidad racial estadounidense, incluso una amenaza a su desarrollo económico, lo que motivó a través de la ley de migración de 1924 se impulse un cambio radical en la política migratoria estadounidense, comenzando a criminalizar el cruce fronterizo que se desarrollaba de manera informal; y, de la noche a la mañana los migrantes mexicanos comenzaron a tener que esquivar los cauces legales para ingresar a territorio americano, y empezaron a ser criminalizados y perseguidos. (Andrade 2022, p. 175-189)

Frente a ello, surge la necesidad de buscar otras alternativas a la migración legal, dando origen al surgimiento de la migración ilegal, y para satisfacer estas necesidades surge un mercado negro, lo que a su vez motiva la aparición de personas que se han de encargar de cubrir dicha necesidad, para ello, comienzan a desarrollar conductas que directa o indirectamente contravienen el ordenamiento jurídico de los países que pretenden evitar el flujo migratorio ilegal.

Este escenario, nos revela el surgimiento de redes criminales, que obtiene provecho de la necesidad que tienen los individuos de movilizarse de un territorio a otro, y como tal comienzan a desarrollar esquemas con conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Dada la complejidad de las actividades desarrolladas por el grupo de personas que facilitan la migración, se han venido introduciendo normas prohibitivas, ya sean de carácter administrativo como también normas penales que califican estas conductas como delitos de tráfico de migrantes. A partir de la Convención suscrita en Palermo se ha llegado a instaurar como norma que el tráfico de migrantes es una conducta propia de delitos ejecutados por organizaciones ilícitas, lo que ha motivado que se dicten normas vinculantes que exigen a los países suscribientes de la convención a reprimir y perseguir a los agentes que promueven el tráfico migratorio.

En su momento, el ex Defensor del Pueblo señaló que el Perú no se encuentra exento de las fluctuantes dinámicas migratorias a nivel mundial, habiéndose constituido,

en diversas etapas de su trayectoria histórica, como país emisor, receptor y de tránsito de flujos migratorios. Ha sido notable la recepción de miles de inmigrantes, con especial énfasis en aquellos de procedencia europea y asiática. (Gutiérrez, 2019, p. 9). El Instituto Nacional de Estadística reportó a diciembre del 2023, que existe un total de 3 millones 490 mil 519 peruanos viviendo en el extranjero, lo que representa el 10.5% de la población, donde los Estados Unidos de Norteamérica es el país que acoge a la mayor población migrante, seguida de España y Argentina; por otro lado, existen 1 millón 345 mil 891 residentes extranjeros viviendo en el Perú, donde la mayor cantidad de ciudadanos extranjeros está representada por la población venezolana con un 85%, seguida por la población colombiana con el 3.8% y luego vienen la ecuatoriana, la americana, entre otros (INEI, 2023).

En cumplimiento de los estándares internacionales que exigen la regulación del fenómeno migratorio, el Estado peruano ha introducido la figura delictiva del tráfico de migrantes. Empero, el legislador nacional parece que no ha identificado claramente cuál es la naturaleza jurídica de éste delito, ya que al momento de su introducción en la legislación la reguló como una modalidad propia de la trata de personas al considerarla como conducta que atentaba contra la libertad personal, la dignidad de las personas; luego, el delito migratorio fue reubicado dentro del catálogo penal, a partir de ser un delito de peligro, y como tal fue considerado como un delito que transgrede la seguridad pública. Queda patente que existe una falta de claridad por parte del legislador nacional al momento de determinar el bien jurídico que se tutela en los delitos relacionados con la migración, lo que ha generado que al momento de establecerse la pena abstracta se haya hecho sin seguir una adecuada técnica legislativa, lo que a su vez genera problemas al operador jurídico al momento de determinar la pena final que debe imponerse al infractor de la norma

Para la determinación de la magnitud de la pena por exigencia del artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal, solo se puede imponer una pena si se ha causado un daño real o se ha generado un riesgo concreto a los derechos o intereses legalmente protegidos; en ese sentido, al no identificarse claramente cuál es el bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico de migrantes, las penas establecidas en el catálogo penal, no responden a la magnitud de la lesión del bien jurídico; precisamente por ello, el artículo 303-B del Código Penal regula las circunstancias agravadas y señala

que cuando concurren las agravantes específicas se sancionará con penas no mayores de ocho años; mientras que, cuando concurren circunstancias agravantes de segundo grado o circunstancias cualificadas se establecen penas no menores de veinticinco años, como es el caso que el tráfico de migrantes haya sido cometido por personas que integran organizaciones criminales.

Teniendo en cuenta que los actos de tráfico migratorio por lo general son ejecutados por grupos organizados. En la práctica jurídica es posible que ante un hecho fáctico se señale que el tráfico migratorio es cometido por dos o más personas, que tienen la condición de primarios, en ese caso, se les podría imponer penas no mayores de ocho años; no obstante, es paradójico que el operador jurídico, bajo la misma premisa fáctica, pueda considerar que el sujeto activo es parte de una organización delictiva organizada. A pesar de que posea la condición de primario, se le puede imponer una sanción no inferior a veinticinco años. Esta evidente contradicción revela una inadecuada técnica legislativa y una afectación al principio de lesividad del bien jurídico protegido, que puede conducir a una aplicación desproporcionada de la sanción penal.

A partir del entorno en el que se desarrolla el delito migratorio, es poco probable que sea cometido por una sola persona, ya que, de acuerdo a la descripción de la conducta prohibida, en la mayoría de los casos será cometida por una pluralidad de personas; es decir, propiamente es un delito cometido por redes criminales que operan en determinados sectores geográficos donde se produce el tránsito de los migrantes. Si los actos de tráfico migratorio son calificados como un delito perpetrado por una red u organización criminal en los términos establecidos en el precepto normativo del 317 del Código Penal, la pena que pueden enfrentar sus infractores no será inferior a ocho de privación de la libertad, ni mayor a los quince años; sin embargo, si los mismos actos son calificados como un tráfico de migrantes donde concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad de primer grado, es decir que sea cometido por más de dos personas conforme al artículo 303-B primer párrafo numeral 5, la pena fluctúa entre los cinco años como mínimo, y los ocho años como máximo; sin embargo, si los hechos son calificados como un acto de tráfico de migrantes donde el sujeto activo es considerado como una persona que integra una organización criminal -artículo 303-B segundo párrafo numeral 4 del Código Penal, la pena tendrá que ser no menor de

veinticinco años; es decir, por el mismo hecho, el legislador estimula a los operadores de derecho, la posibilidad de utilizar diferentes marcos punitivos, dejando a voluntad del persecutor del delito y del juzgador la facultad discrecional de determinar que bien jurídico se viene vulnerando y la posibilidad de imponer diferentes penas. Estas contradicciones surgen del hecho de no haberse establecido claramente cuál es el bien jurídico protegido en el delito migratorio, y hace que los operadores jurídicos tengan dificultades al momento de determinar la lesión al bien jurídico y de ese modo determinar la magnitud de la lesión causada, motivando la imposición de penas desproporcionadas.

1.2. Formulación del problema

A partir del contexto descrito, respecto a la introducción en la legislación peruana del delito de tráfico migratorio; para efectos de la investigación científica se considera provechoso establecer, como directriz fundamental, una pregunta de investigación precisa que permita enfocar la búsqueda de respuestas (Flick, 2015, p. 44), por ello se ha identificado el siguiente problema.

Problema general

¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de migrantes en la legislación nacional?

Problemas específicos

P1. ¿Cuáles fueron los criterios que tomó en cuenta el legislador al momento de identificar el bien jurídico tutelado en el tráfico de migrantes según la legislación peruana?

P2. ¿Cuáles son los criterios que vienen utilizando los órganos jurisdiccionales para identificar el bien jurídico protegido, en los delitos de tráfico migratorio?

P3. ¿Cómo incide la identificación del bien jurídico, al momento de la determinación de la pena en el delito de tráfico de migrantes en la

legislación nacional?

1.3. Justificación de la investigación

El inicio de una investigación requiere una justificación, por ello, Arbaiza (2016) señala es fundamental presentar la justificación del estudio mediante argumentos que detallen su propósito y resalten su importancia (p.72); en ese sentido la investigación tiene como propósito establecer la necesidad de identificar correctamente el bien jurídico salvaguardado en el tráfico de migrantes; ya que solo a partir de ello se podrá discernir claramente el desvalor de la acción, y luego poder identificar la necesidad de la imposición de una sanción, en atención a la magnitud de la lesión del bien jurídico tutelado.

1.3.1. Conveniencia científica.

Se estableció a partir de responder a la pregunta: ¿Para quién sirve la presente investigación? Consideramos que esta investigación es conveniente para los especialistas en derecho migratorio, especialmente para los fiscales y jueces penales quienes deben conocer e identificar claramente el bien jurídico en los delitos migratorios, es decir determinar el desvalor de la acción penal, en base a ello, de acuerdo a los hechos que son acreditados en el proceso, el operador jurídico estará en la capacidad de poder determinar la pena, analizar la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes.

Además, a través de la presente investigación procuramos generar un debate jurídico respecto a la coherencia que debe existir entre los bienes jurídicos que se pretende resguardar en la legislación penal; y cuando estos bienes son lesionados es evidente que las penas que se deben imponer como una consecuencia jurídica deben responder a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad de acuerdo a los hechos y la magnitud de la lesión causada.

1.3.2. Relevancia social contemporánea.

El estudio beneficia a la comunidad jurídica, especialmente a los operadores

jurídicos, ya que permitirá identificar la naturaleza jurídica del tráfico migratorio, permitiendo elaborar políticas públicas para una adecuada lucha contra esta nueva forma de criminalidad, también beneficiará a los abogados defensores de los derechos humanos, teniendo en cuenta que conforme a lo determinado en la Declaración de los Derechos Humanos, el derecho a migrar merece la consideración de derecho fundamental que tienen los seres humanos sin exclusión alguna; sin embargo, parece que los Estados, lejos de reconocer este derecho, vienen implementando normas para declarar ilegal el ejercicio de esta facultad, criminalizando la migración que busca mejorar los niveles de bienestar personal y familiar, procurando que el derecho penal sancione no sólo a los traficantes, sino a las personas que facilitan el ejercicio de este derecho, pues es difícil identificar la línea que existe entre los que apoyan el proceso migratorio con los que hacen un aprovechamiento ilícito de este fenómeno.

También es importante esta investigación para los especialistas en el derecho penal, especialmente para los estudios de la dogmática penal, ya que permitirá identificar claramente los elementos descriptivos y normativos del tipo respecto al delito de tráfico de migrantes; consecuentemente establecer cuál es la conducta reprochable penalmente. Este es un tema de actualidad, dado que el delito migratorio es un tipo penal nuevo que fue identificado a partir de los delitos cometidos por organizaciones criminales; sin embargo, existen algunas regiones donde la necesidad de migrar hace que los agentes del delito en realidad sean vistos como personas que ayudan a los migrantes y no como criminales como los califican los organismos estatales.

1.3.3. Implicancias prácticas.

Los resultados del presente estudio permiten un mejor tratamiento legislativo del tráfico de migrantes; si bien el legislador lo ha diferenciado del delito de trata de personas, empero su tratamiento legal ha sido como si se tratara de un único delito. A partir de un correcto análisis del tipo penal es posible un uso adecuado de esta figura penal al momento de reprimir las conductas de los traficantes y de ese modo se puedan imponer penas de acuerdo a la magnitud de las lesiones causadas al bien jurídico. Y en caso de identificar la existencia de una desproporción entre los supuestos de hechos calificados como reprochables y las consecuencias jurídicas, ha de permitir elaborar una

proposición de reforma de la ley penal, con la finalidad de alcanzar que se aplique un derecho penal en su real dimensión teniendo en cuenta que es un instrumento de control social de ultima ratio.

1.3.4. Valor teórico.

La investigación tiene como propósito de aportar al estudio de la dogmática penal nacional, a partir del estudio y análisis del bien jurídico protegido y la fijación de la pena en su tipo base y en las circunstancias agravadas, la viabilidad de este estudio se sustenta en la inserción profesional del investigador en el sistema de justicia particularmente en el área penal, lo que le confiere un conocimiento especializado de la problemática abordada. Se espera que los hallazgos ofrezcan nuevas perspectivas y conceptos de utilidad para la comunidad académica, además de servir de insumo para las organizaciones que se dedican a la protección de los derechos fundamentales y brindan asistencia a víctimas ya sean del tráfico de personas o de la trata de personas.

1.3.5. Unidad metodológica

El estudio sirve al conocimiento científico del derecho, ya que se elabora tomando en consideración los criterios metodológicos y científicos de una investigación; como tal, aportará información que puede ser utilizada por otros en investigaciones posteriores sobre el tráfico de migrantes.

1.4. Objetivos de la investigación

Conforme señala Hernández-Collazo y Batista (2014), el objetivo es identificar en forma clara lo que se aspira en la investigación, la misma que debe ser expresada con la mayor claridad posible, teniendo en cuenta que servirán de guías; en ese sentido en la presente investigación se ha propuesto como:

Objetivo General

Identificar el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de migrantes en la legislación nacional

Objetivos específicos

O1. Identificar los criterios que tomó en cuenta el legislador al momento de establecer el bien jurídico tutelado en el tráfico de migrantes.

O2. Establecer los criterios que vienen utilizando los órganos jurisdiccionales al momento de determinar la pena, en los delitos de tráfico migratorio

O3. Determinar si la identificación del bien jurídico incide al momento de la determinación de la pena en el delito de tráfico de migrantes en la legislación nacional.

II. MARCO CONCEPTUAL

2.1. Bases de la teoría del delito.

La teoría del delito se ocupa del estudio de los fundamentos jurídicos generales de la punibilidad, las razones que nutren la concepción del delito, la justificación de la legitimación de la pena, entre otros aspectos esenciales; el maestro alemán Jescheck (2014) sostiene que no trata del estudio de los tipos delictivos determinados, sino de aquellos tópicos relacionados al concepto del delito que son frecuentes a todos los hechos punibles, precisa que el análisis del delito se estructura en torno a tres pilares conceptuales: lo relacionado a la tipicidad, la antijuridicidad y también la culpabilidad. Estas categorías no son monolíticas, sino que se subdividen en una serie de elementos más específicos. Por ejemplo, la tipicidad abarca tanto sus componentes objetivos como subjetivos, mientras que la antijuridicidad se examina a través de los requisitos objetivos y subjetivos de las justificaciones, y la culpabilidad se define por sus elementos positivos y negativos (p. 290).

La teoría del delito persigue fines esencialmente prácticos, ya que pretende ofrecer al jurista, así como al operador jurídico instrumentos o modelos de análisis para poder establecer si un hecho tiene relevancia penal y si acarrea una responsabilidad para su autor. Bustos Ramírez sostiene que la teoría del delito se encarga de la ordenación y sistematización de las categorías relacionadas a la tipicidad, antijuridicidad y sujeto responsable, es un resultado metodológico de la dogmática, derivado de la ley penal. Este sistema agrupa las reglas jurídicas que determinan la responsabilidad penal y, a su vez, ofrece una base argumentativa para interpretar la ley penal de conformidad con los pilares de un estado social y democrático. (1997, p. 128).

En esa línea, Muñoz Conde precisa que la teoría del delito debe ser entendido como un sistema de hipótesis que se exteriorizan partiendo de una línea dogmática, que hacen posible o no la aplicación de una determinada consecuencia jurídica penal, frente a un comportamiento humano (2002, p. 203).

Sin embargo, estas hipótesis o tendencias dogmáticas no tienen permanencia en

el tiempo, ya que el derecho al ser un producto social, va cambiando con el avance del tiempo y la evolución de la sociedad, consecuentemente las tendencias y las formas de observar y analizar el fenómeno criminal también ha ido evolucionando. Por ello existe consenso en la dogmática penal respecto a cómo ha venido evolucionando el sistema de la teoría del delito, que viene transitando por varios estadios; donde cada uno de estos estadios constituye un modelo de análisis diferente, estos modelos de análisis se construyen sobre la base de un modelo o esquema anterior, bajo la perspectiva de superar los vacíos que la dogmática llega a advertir.

Respecto al desarrollo de la teoría del delito Shünemann (1991) señala que, en el transcurso de la historia, la dogmática del delito ha desarrollado su sistema en cinco fases distintas, influenciadas por diferentes corrientes filosóficas y concepciones sistemáticas. Estas incluyen el naturalismo, ejemplificado por los sistemas de Beling y Von Liszt; el neokantismo, que introdujo una perspectiva más normativa; una visión "totalizadora" que condujo a un irracionalismo; el finalismo, cuyo sistema más completo es el de Welzel; y las teorías funcionalistas modernas, que buscan integrar los elementos del Derecho penal con sus fines. La transición entre estas épocas no fue abrupta debido a la existencia de numerosas contracorrientes, aunque se puede estimar que el naturalismo fue dominante hasta 1900, el neokantismo hasta 1930, el irracionalismo hasta 1945, y el funcionalismo ha experimentado un fuerte auge en la actualidad (p. 43).

Actualmente, existen nuevas posturas respecto a la concepción del delito. Con los aportes de la dogmática alemana, surgieron las teorías funcionalistas, las cuales, sin dejar de reconocer los elementos del tipo definidos por las concepciones finalistas - como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- le otorgan una perspectiva político-criminal. Esta orientación, promovida por el jurista alemán Roxin, complementa la exigencia de culpabilidad con el criterio de necesidad preventivo-general de la pena, integrando ambos bajo el concepto de "responsabilidad". Se sostiene que el bien jurídico debe ser aquel que favorezca el desarrollo individual o el funcionamiento del sistema social, por lo que la noción material de lo injusto se traduce en la afectación de aquellos bienes que son esenciales para las personas (Peña G. y Almanza A, 2016). Por otro lado, también se tiene los aportes de otro profesor alemán, Gunther Jakobs, quien entiende los conceptos penales desde una perspectiva funcional, precisa que la

sociedad se construye a través de normas. En este contexto, el ordenamiento penal debe garantizar la observancia de dichas normas jurídicas, y cada persona, en función de su estatus social, tiene la obligación de actuar conforme a este objetivo.

2.1.1. Derecho penal constitucional

Tiedemann (1991) señala que existe una conexión entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal, lo que ha sido tratado de manera recurrente en los tratados que se ocupan de estas disciplinas desde la época de la Ilustración (p. 145), por ello, toda constitución enuncia un conjunto de principio para la actuación de los derechos fundamentales que deben ser entendidos, como derechos y poderes que tiene los individuos para limitar el poder estatal, orientando la facultad punitiva del Estado, formulando de ese modo las bases de lo se conoce actualmente como derecho penal. Entonces el derecho penal se sustenta en principios fundamentales, que ponen límites al ius puniendi estatal; entre los más importantes tenemos al principio de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad entre otros. El profesor San Martín Castro (2004) señala todos estos principios, y en general todo el conjunto que forma el derecho penal, están contenidos en lo que se llama el 'Programa Penal de la Constitución', el que está compuesto por un conjunto de proposiciones político-jurídicos y político-criminales que establecen el marco normativo, a partir del cual el legislador deberá tomar sus decisiones, mientras que el juez los debe utilizar como guía para interpretar las leyes que ha de aplicar (p. 417), agrega el autor, que más allá de este programa se configura lo que se conoce como el 'derecho penal constitucional' compuesto por un conjunto de valores de primer orden que sostienen el ordenamiento jurídico, que se encuentran consagrados como derechos fundamentales relacionados a la dignidad de la persona, al respeto de la libertad, la vigencia de la justicia, entre otros; en ese sentido, los aspectos mínimos contenidos en la constitución deben ser observados por los operadores jurídicos, esencialmente por el legislador y por el Juez que desempeña un papel crucial como garante del acatamiento de las normas fundamentales. (Villaroel, 2017. p. 26)

En esa línea, el Tribunal Constitucional Peruano en el Exp. N° 0017-2011 AI/TC, en cuanto a la relación del derecho penal y la constitución ha enfatizado que, bajo una constitución normativa, el margen de discreción en la actuación del

Parlamento para definir delitos, penas y regular el proceso penal se ve reducido en comparación con el Estado Legal de Derecho. Esto se debe a que, en el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Proceso Penal y la Ejecución Penal son moldeados significativamente por los principios, valores y derechos establecidos en la Constitución, idea que también ha sido recogida en el Exp. N° 0012- 2006-PI. En consecuencia, el legislador no puede tener una “discrecionalidad absoluta”, es decir, no goza de total libertad para determinar qué conductas son punibles o cuales son los límites de las sanciones, ya que tiene el deber de observar las garantías sustantivas consagradas en la norma Constitucional. Esto incluye principios que limitan el poder punitivo del Estado, como los el principio de legalidad y de lesividad, así como la obligación de no restringir de manera desproporcionada derechos fundamentales y bienes constitucionales reconocidos.

·

Mir Puig (2016) desde una concepción de un Estado social democrático señala que el derecho penal estará sujeto a ciertos límites, que se traducen en los principios que sustentan la facultad punitiva del estado, en ese sentido señala que el principio de legalidad tiene como función, por un lado, asegurar que las conductas punibles estén precisamente definidas en la ley (tipificación específica) y, por otro lado, constituyan una infracción a una norma de tipo primaria. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a considerar el delito como un ataque injustificado a un bien jurídico penalmente tutelado, a menos que la agresión sea necesaria para proteger otro bien jurídico de mayor valor. En cuanto al principio de culpabilidad entendido en sentido amplio, precisa que la acción delictiva cuando cumple ciertos requisitos será atribuible a su autor en los planos objetivo, subjetivo y personal. (p.148).

2.1.2. La antijuridicidad en el derecho penal

Como es sabido para que un comportamiento humano pueda ser considerada como una que contiene un injusto penal, no basta que esta sea típica, ya que esta conducta además tiene que poseer un desvalor, es decir, debe contener una contrariedad al ordenamiento penal. En ese sentido la antijuridicidad de la conducta podrá definirse a partir de su contrariedad al derecho. Ello significa que la acción humana será considerada como antijurídica cuando no esté autorizada por el ordenamiento jurídico. (Caro, 2023, p. 475). Por su parte, Díez Ripolles (1991),

analizando los planteamientos del Günther Jakobs, en su análisis de la política criminal señala que el Derecho penal desde una perspectiva unitaria de la categoría del delito reconoce la antijuridicidad, considerando que esta categoría así como las causas de exclusión, operan afirmando la ilicitud o licitud del comportamiento en relación a la totalidad del ordenamiento jurídico, sin incluir en el contenido a consideraciones teleológicas que son propias del Derecho Penal. Esta postura se diferencia de la mostrada con otras categorías singulares del delito, como son la tipicidad y la culpabilidad; en donde si se le otorga componentes teleológicos particulares que permiten una diferenciación entre el Derecho Penal y las otras ramas del ordenamiento jurídico. (p. 718).

Inicialmente la dogmática penal consideraba a la antijuridicidad como la ausencia de una norma permisiva, esta concepción formal era incapaz de justificar la graduación de la sanción ya que no se podía diferenciar que conductas son más graves respecto a otras, ya que una conducta para que sea infractora no solo debe ser contraria a la norma penal, lo que se conoce como antijuridicidad formal, sino que el comportamiento tiene que poner en peligro o atentar a un bien jurídico protegido. Desde una concepción finalista del delito, el injusto penal a más de sustentarse en un desvalor del resultado, también se sostiene en establecer el desvalor de la acción, ya que el injusto penal deja de ser una categoría meramente formal, sino que además requiere de un análisis subjetivo que lo diferencia de las teorías causalistas.

García (2012) al ocuparse de la antijuridicidad señala que una conducta será antijurídica si defrauda una expectativa normativa de conducta básica, a través de una conducta típicamente notable, es decir, si comunica una perturbación del orden público que se produce con el desvalor de la acción, aceptando que necesariamente el desvalor del resultado también ha de influir en el nivel de perturbación, por ello, García Caveró precisa que conducta y resultado se vinculan de la misma manera que en la tipicidad penal, por lo que salta a la vista la uniformidad valorativa entre las categorías de tipicidad y antijuridicidad, ya que ambas, sólo se encargan de determinar la competencia por un acaecimiento socialmente turbulento, con la particularidad de que esta determinación se hace en escenarios particulares de conflicto (p. 571)

Teniendo en cuenta que la antijuridicidad es en realidad una categoría

conceptual que sirve para hacer referencia a aquellos comportamientos contrarios a la norma penal, para su existencia demanda de la concurrencia de dos presupuestos. Por un lado, que la misma sea consecuencia de la tipicidad, es decir que la conducta contenga un indicio de antijuridicidad de tal suerte que el tipo penal cobre vigencia al no existir causas de justificación; y, por otro lado, que se presenten lo que ya hemos indicado el desvalor de la acción y del resultado, que no es otra cosa que la acción desarrollada por el sujeto y la consecuencia ocasionada, presupuestos que deben analizarse de manera conjunta.

No es propósito de la investigación profundizar sobre la vigencia o conveniencia o no de establecer la existencia de una antijuridicidad formal o material que sin lugar a dudas se ha planteado con fines académicos, pero consideramos importante hacer referencia a la antijuridicidad material, que a decir de Plascencia (2002), pretende enfatizar cómo la transgresión de intereses esenciales para la sociedad, al ser tutelados por el ordenamiento legal, dan forma a una institución o al bien jurídico (p.134); por ello se afirma que, en realidad el contenido de la antijuridicidad material se sustenta en la lesión o en su caso, la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos, cuya afectación no tiene justificación alguna por la colectividad.

2.1.3. El principio de lesividad en el derecho penal.

Se ha dicho que el sistema jurídico penal busca salvaguardar bienes jurídicos, en ese sentido, el delito importa una lesión de un bien jurídico, consecuentemente se requiere de cierta lesividad del comportamiento criminal para justificar la imposición de una condena. El artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal estipula que la imposición de una pena exige, indispensablemente, la existencia de un daño o la generación de un peligro para los bienes jurídicos tutelados por la ley. La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-116, al abordar sobre la legitimidad de la intervención penal en relación al tráfico de influencia simulada, señaló que para que una acción sea considerada delito, debe cumplir el requisito de justificación penal; ello significa que la conducta debe ser relevante para el Derecho Penal, tal como lo exige el principio de lesividad (Fundamento jurídico 13); por su parte Villavicencio (2006) señala que para que un comportamiento sea considerado como un acto ilícito, no sólo

requiere de una realización formal de la conducta, es necesario además que dicha conducta haya puesto en peligro o haya lesionado un bien jurídico determinado (p. 94); agrega el autor que la vigencia del principio de protección de los bienes jurídicos conlleva las siguientes implicaciones legales: primero, toda norma penal deberá salvaguardar determinados valores jurídicos frente a daños o amenazas; segundo, el Estado no puede asignar una moral, una postura religiosa o política específica, pues ello corresponde a la libertad individual de elección; y tercero, teniendo en cuenta la potestad punitiva debe servir al interés general, es decir, deben resguardar intereses que beneficien a toda la sociedad y no solo a un colectivo en particular. (p.96).

El máximo intérprete constitucional en pronunciamiento recaído en el Expediente N° 0019- 2005-AI/TC, sostuvo que desde una perspectiva constitucional, la determinación de un comportamiento como antijurídica, será constitucionalmente válida si tiene con la finalidad de salvaguardar bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad), únicamente la defensa de un interés constitucional reconocido, podría justificar la limitación de un derecho fundamental; este criterio de exclusiva protección de bienes jurídicos han sido ratificado por el máximo intérprete al señalar que la restricción de derechos fundamentales para prohibir una conducta solo será constitucionalmente legítima si su propósito es proteger bienes jurídicos que tiene un rango constitucional, y que la conducta proscrita dañe o amenace dichos bienes. Precisamente, la relevancia constitucional del bien jurídico y el impacto social de la conducta perjudicial que lo lesiona o pone en riesgo, justifican que el Estado otorgue protección a ese bien tutelado. (Expediente n° 0012-2006-AI/TC y Expediente n° 008-2012-AI/TC)

Roxin (1994) señala que el vínculo del derecho penal y la defensa de bienes jurídicos no requiere que necesariamente haya punibilidad cuando se provoque una lesión de bienes jurídicos, considera que será suficiente la posibilidad de poner en peligro bienes jurídicos (p.60); esto se evidencia a partir de la constatación de la presencia de tipos penales que dejan de exigir cierta lesión de un bien jurídico y se constituyen sobre la existencia de un peligro; esta noción de peligro no debe entenderse como una apreciación subjetiva, sino como un resultado natural en una sociedad caracterizada por interacciones sociales complejas y un alto nivel de avance tecnológico, los delitos de lesión requieren también la concurrencia del riesgo no

permitido y la realización de un resultado; sin embargo, en la creación de nuevas estructuras de imputación como los delitos de peligro abstracto exige sólo una verificación de la creación y/o incremento de un riesgo penalmente prohibido, en ese sentido García (2012. p. 130) sostiene que para formular delitos de peligro el legislador debe respetar los siguientes criterios: a) la conducta prohibida debe estar manifiestamente descrita, b) que su relación con el bien jurídico sea visible, c) que no se quebrante el principio de culpabilidad.

Empero; no se debe olvidar que, no cualquier lesión o puesta en riesgo tiene capacidad para mover el sistema penal, sino que se requiere de aquellos comportamientos fuertemente reprochables y que no puedan ser controlados a través de otros mecanismos de control social menos estrictos, por ello se sostiene que para que se materialice el delito se demanda que el sujeto activo haya desarrollado un hecho que sea considerado como grave para ser pasible de represión penal, cobrando así un papel importante los principios de fragmentariedad y de subsidiariedad del derecho penal, es decir, que el llamado al derecho penal siempre será en casos estrictamente necesarios, por ello se señala que es de última ratio.

2.1.4. Bien jurídico protegido

Su contenido u origen, se puede hallar en la noción de objeto jurídico del delito, la misma que es resultado de la ilustración, cuando señalan que el individuo es sujeto de derechos y tutela de los mismos, por tanto, la violación de estos configura el ilícito penal; respecto a los derechos que merecen protección, Galan (2010) recogiendo el planteamiento de Rudolph Von Ihering señala que la diferencia de la juridicidad y la antijuridicidad dependerá del ordenamiento jurídico, cuando establece que está prohibido o permitido, al margen de la presencia del dolo o la mala fe de los sujetos, precisa este autor que cuando una ley positiva, que forma la estructura del ordenamiento jurídico, reconoce y adopta un interés social para consagrarlo, protegerlo y tutelarlos, ese interés, que tiene la naturaleza de un bien de toda la comunidad (un bien común), se transforma en un bien jurídico, un concepto incorporado a la dogmática jurídica (p. 111); a partir de ello, lo antijurídico se conforma por la vulneración al bien jurídico, por tanto sólo a las acciones reprochables que causan efectos a los miembros de la comunidad le corresponde una pena; agrega

Galan (2010) que el bien jurídico es una idea que sintetiza una relación individuo-sociedad dentro del sistema normativo, por ello, le incumbe al legislador la función de seleccionar los intereses sociales que deben ser elevados a rango jurídico, para ello debe hacer una selección adecuada de los valores jurídicos que serán dignos de protección jurídica; a partir de ello se debe indicar que la naturaleza del bien jurídico es trascendental, teniendo en cuenta que el titular de los bienes jurídicos siempre serán los individuos y no el Estado. (p. 112)

Siguiendo el trabajo del profesor Villavicencio (2006), respecto al desarrollo histórico del concepto de bien jurídico, señala que surge como resultado de los planteamientos de la ilustración, quienes influenciados por la tesis del contrato social, la consideran como afectación de derechos externos, orientación que sigue Feuerbach, por su lado, J.M.B Birnbaum desde una concepción material propuso concebir los bienes jurídicos como sustancias materiales que corresponden tanto a privados como a la colectividad y que el Estado protege; mientras que Franz Von Liszt señaló que los intereses jurídicamente protegidos son intereses valiosos del individuo y de la colectividad; Karl Binding desde su teoría de las normas señaló que el bien jurídico estaba establecido por el Derecho que selecciona las cosas que a consideración del legislador deben ser protegidos. Con el advenimiento de los neokantianos se buscaba al bien jurídico en un escenario exterior previo al derecho, ubicando a los valores en el mundo subjetivo, y durante la vigencia de la escuela de Kiel se pretendió dejar de lado una concepción de bien jurídico al reemplazarla con el concepto de infracción de deber. Hans Welzel reelaborando el concepto lo concibe como un todo deseable, en un estado social basado en el derecho requiere resguardarse de las lesiones; es decir el conjunto de bienes jurídicos constituyen el orden social. (p. 99)

Villavicencio (2009) señala que desde una perspectiva del derecho constitucional existen dos enfoques; las que interpretan a la Constitución desde una perspectiva de carácter general y las que consideran a la Constitución como disposiciones específicas; en esa misma línea de pensamiento Rudolphi consideró que se deben recurrir a los textos constitucionales ya que contiene un conjunto de principios constitucionales que servirán de marco referencial para el legislador al momento de seleccionar los bienes jurídicos que han de ser resguardados; en igual posición esta Roxin que considera que los principios fundamentales fundados en la

Constitución marcan límites a la facultad punitiva del Estado, definiendo a los bienes jurídicos como aquellas situaciones dadas o propósitos que son valiosos para el individuo para procurar su libre desarrollo dentro un sistema social, integral y estructurado, es decir, es un concepto normativo, mas no estático que se encuentra abierto a los cambios sociales. Desde un concepto sociológico, se procura definir el bien jurídico dándole un contenido social, en ese sentido, Amelung considera al bien jurídico como una dañosidad social, entendida como una disfuncionalidad del sistema social; y citando a Hassemer que presenta una teoría personalista del bien jurídico, busca explicar los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos de manera funcionalizada a partir de la persona, de modo que los bienes jurídicos universales sólo pueden justificarse y legitimarse en atención a que se correlacionan con intereses conciliados con el hombre. (p. 100)

Mir Puig (2016) al ocuparse sobre el concepto de bien jurídico, señala que la dogmática la utiliza en dos sentidos; por un lado, en sentido político criminal, cuando considera que lo único que debería ser protegido por el sistema penal es lo establecido en la ley penal; y en sentido dogmático cuando se hace referencia los derechos inherentes de las personas. El autor para proponer un concepto de bien jurídico, parte de afirmar que el bien es una cosa valiosa, y a partir de ello, entiende que los bienes como todas las cosas que existen en la realidad existencial independientemente de su carácter material o inmaterial, y a partir de ello sostiene que el concepto de bien jurídico es una manifestación de una relación dialéctica entre la realidad y valor. Consiguientemente el derecho penal como protector de bienes jurídicos no cautela valores puros como tales, sino realidades concretas. (p.174).

Para el maestro alemán Claus Roxin (1997) el bien jurídico protegido es un concepto político criminal que deriva de la ley fundamental, surge a partir de la constitución política de un Estado democrático, señalando que son circunstancias o finalidades útiles para el individuo y su perfeccionamiento, en el contexto de un sistema social global que se ha de estructurar sobre la base de una concepción de sus fines (p. 56); este concepto conforme lo reconoce el propio autor es de tipo normativo; sin embargo, el maestro alemán agrega que es un concepto no estático, sino que está abierto al cambio social y al progreso del conocimiento, además que sólo ofrece un criterio de enjuiciamiento, el cual debe ser desarrollado dentro del ámbito jurídico y

que el legislador y el aplicador de la norma penal tiene que indagar en las razones de su creación e interpretar cada disposición específica. (p. 58)

Por su parte, Bustos (1997) señala que el bien jurídico distingue el objeto protegido por el sistema jurídico penal, precisa que esta noción surge como un planteamiento programático cuya intención era confinar el poder que tiene el Estado de delimitar conductas criminales a la preferente protección de bienes jurídicos. De ahí que hayan sido cuantiosos los esfuerzos de los penalistas por dar un concepto material de bien tutelado, como un concepto que sirva de instrumento para acotar el poder definitorio del Estado. (p. 58)

2.1.5. Funciones del bien jurídico

Mir Puig (2016) propone las funciones que debe cumplir el bien jurídico dentro de la sistemática de la teoría del delito; i) en cumplimiento de una función sistemática, organiza los delitos basados en los distintos bienes jurídicos que protege como la vida, integridad, libertad, libertad sexual, propiedad, etc.-; ii) en cumplimiento de una función interpretativa, identificado el bien jurídico tutelado, la interpretación (teleológica) puede descartar del tipo penal aquellas conductas que no dañen ni pongan en riesgo ese bien jurídico, y iii) cuando cumple la función de graduación de la pena, la extensión del daño causado o el nivel de peligro al bien jurídico a consecuencia del ataque, influye significativamente en la gravedad del hecho. Este margen de discreción judicial permitido por la ley, puede utilizarse para determinar la pena concreta especialmente en ausencia de circunstancias agravantes o atenuantes, o cuando ambas concurren simultáneamente. Es importante notar que, si la antijuridicidad fuera puramente formal, no se podría graduar, ya que solo se podría afirmar si existe o no (p. 175)

Por su parte Feijoó (2013) señala que inicialmente la dogmática estableció una diferencia entre la dogmática del derecho penal y la política criminal; la primera es dueña del estudio de los presupuestos de punibilidad y la segunda como la encargada de determinar la forma y modo en que debe imponerse la pena, en ese sentido sostiene que la teoría del bien jurídico actúa como nexo entre el ámbito dogmático y el político-criminal del Derecho Penal. A partir de ello, la defensa de bienes jurídicos, como

justificación del Derecho Penal, desempeña un rol tanto dogmático como político-criminal al momento de definir el delito. Por tanto, la teoría del bien jurídico es útil para abordar tres aspectos fundamentales del derecho: desde la teoría general, se entiende que la función primordial que ha de justificar al Derecho Penal será la defensa de los bienes jurídicos; mientras que a partir de una perspectiva dogmática, la esencia del injusto penal reside en la lesión o puesta en peligro de estos bienes; y finalmente desde una visión político-criminal, la concepción del bien jurídico permite distinguir las criminalizaciones legítimas e ilegítimas. Ante la inexistencia de un bien jurídico afectado, la criminalización carece de legitimidad. (p. 93)

Por otro lado, Zaffaroni (2007), analizando la legislación argentina señala que la significación de bien jurídico debe entenderse en sentido limitado y liberal, ambos sentidos emergen de la constitución y exigen como requisito para el ejercicio del poder punitivo, la afectación de un bien jurídicamente tutelado, convirtiéndose en un noción que sirve únicamente para legitimar la producción de tipos penales por parte del legislador; empero; precisa el autor que el concepto de bien jurídico desde un sentido lógico es necesario y del que no se puede prescindir, ya que con su abdicación, desaparecería todo sentido de la prohibición ya que se prohibiría por el simple hecho de prohibir. (p. 372-373)

Ferrajoli (1992) señala que el problema del bien jurídico, debe entenderse siempre como el tema de los fines del derecho penal, el maestro italiano, sostiene que un enfoque de derecho penal mínimo deberá orientarse a una significativa reducción en la legislación penal del número de bienes jurídicos protegidos penalmente, lo que implica una notable disminución de las conductas consideradas prohibidas por la ley, como requisito para su legitimidad tanto jurídica como política. (p. 7). Agrega el profesor que a partir de lo que se conoce como principio de lesividad u ofensividad, un Derecho penal en el que no lesione o al menos ponga en peligro bienes jurídicos no tiene razón de existir, consecuentemente el criterio central para determinar el merecimiento de pena será el bien jurídico. En ese sentido indica que existen tres clases de delitos respecto a los cuales se debe ejercitar la función minimizadora. La primera desde una perspectiva cuantitativa, señala que resulta deslegitimante al principio de ofensividad los delitos de bagatela y los delitos sancionados con penas pecuniarias; la segunda minimización estaría referida al carácter cualitativo, sostiene

que se han establecido tantos bienes jurídicos como clases de delitos, y afirma que el principio de lesividad sólo permite considerar como bien jurídico a aquellas que lesionen y causen un daño a una persona, negando la posibilidad de que se pueda lesionar la personalidad del Estado por ser una creación del hombre; y finalmente una tercera minimización sería de carácter estructural, referido a aquellos delitos de peligro abstracto o aquellos que atentan la tranquilidad pública, ya que la puesta en peligro del bien jurídico, es presunto (p. 8)

Galan Castellanos (2010) formula una posición crítica al concepto de bien jurídico, señalando que, a pesar del amplio reconocimiento en la doctrina sobre la relevancia del bien jurídico, la antijuridicidad material, la teoría del delito y la teoría de la pena, perduran desafíos significativos en cuanto a su conceptualización, definición y contenido. Desafortunadamente, para una teoría del bien jurídico tan fundamentada y aceptada, las diversas corrientes que han intentado formalizar y concretar su contenido, tanto las trascendentalistas como las inmanentistas, han tendido a vaciar su significado o a caer en imprecisiones y ambigüedades, lo que conducen a la inutilidad del concepto en detrimento de su función como garantía y límite del poder punitivo. (p. 123- 125)

A partir de entender que las ofensas a bienes jurídicos protegidos, pueden ser reputados como conductas que las lesionan o ponen en peligro, Zaffaroni (2007) hace la precisión de que en recientes décadas con el subterfugio de que habitamos en una sociedad de riesgo, se multiplican en las legislaciones penales a nivel mundial los tipos de peligro que buscan adelantar el momento consumativo del delito hasta etapas anteriores a la lesión, como es el caso de los delitos de peligro concreto abstracto. Precisa que la creación de peligros por ofensas artificiales, intentan suponer ofensas imaginarias, donde además conciben y clonan bienes jurídicos, a pesar que realmente no existe, en ese sentido: a) se crean artificialmente bienes jurídicos invocando conceptos amplios como la seguridad, el bien colectivo, la paz general, los cuales resultan de la protección de todos los bienes jurídicos individuales; b) también se clonan bienes tutelados inventando supuestos bienes tutelados que tienen una categoría de intermedios que son lesionados sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos, como la falsedad documental, o c) se vienen tipificando como delitos los actos preparatorio que corresponde a otro tipo penal, habilitando el poder punitivo a su

tentativa, con lo cual se viene tipificando la tentativa de un acto previo a la tentativa de otro. También a partir de una pretendida lesión acumulativa o universalización hipotética de la conducta se están considerando como típicas conductas que no ofenden ningún bien jurídico; como cuando a pesar de haberse comprobado que fumar marihuana no lesiona bienes jurídicos ajenos, pero se arguye que se llegaría a lesionar si todos fumasen marihuana todo el día (p. 377)

Para las autoras cubanas Goite y Medina (2014), recogiendo las pautas propuestas por Hormazábal Malarée, considera que para poder realizar una correcta comprensión del bien jurídico protegido se deben tomar en cuenta algunas pautas. En primer lugar, el bien jurídico, entendido como una construcción social, será también un fenómeno histórico. Esto implica que no es inherente a una sociedad en abstracto, sino que emerge en un momento histórico en un contexto específico de relaciones sociales; en segundo lugar surge como resultado de unas condiciones concretas de la sociedad, especialmente de las características particulares del engranaje social y político, y más específicamente, de su estructura jurídico-penal; luego se sostiene que los bienes jurídicos deben originarse en la participación activa y en los procesos deliberativos que se desarrollan en la base social. La profundidad de estos debates dependerá de la capacidad del Estado para promover la participación, fomentar el diálogo y, fundamentalmente, permitir la existencia de disidencia dentro de la sociedad. Por ello, los bienes jurídicos poseen un carácter dialéctico; y finalmente se trata de relaciones sociales específicas, de naturaleza sintética, que son protegidas por el derecho penal y que surgen de la propia dinámica democrática. Representan un avance del conflicto dialéctico que se manifiesta en el interior de la sociedad.

En ese sentido se puede afirmar que los objetos que han de merecer tutela jurídica son aquellos que son útiles para que las personas logren desarrollarse en sociedad; sin embargo, el uso desmesurado del sistema penal y la implementación de políticas criminales de adelantamiento de la intervención estatal a zonas que están por encima de la efectiva lesión de bienes jurídicos, hace que sea necesario afianzar la vigencia plena del principio de la lesión al bien jurídico tutelado como presupuesto para la imposición de una condena.

Ante la creación de figuras penales, que tratan de proteger bienes jurídicos

supraindividuales, colectivos o institucionales, se hace forzosa nuevamente la discusión acerca de la teoría de los bienes jurídicos, resaltar los principios que garantizan la vigencia del derecho penal, caso contrario el afán criminalizador del legislador penal hace que se propague el Derecho penal en forma desmesurada. Haciendo un mínimo estudio dogmático jurídico penal comprueba fácilmente que muchos tipos penales adolecen de bien jurídico que es necesario para la protección penal, que como se dice es y debe ser última ratio. Feijó (1992) señala que últimamente se observa como empresarios, gestores ideológicos y morales que se encuentran debidamente organizados en colectivos, como los ecologistas, los feministas, los protectores de animales, o los organismos que buscan luchar contra la xenofobia, buscan criminalizar lo que ellos consideran incorrecto siendo esa una de las inclinaciones más sugerentes de los procesos legislativos contemporáneos y una razón más del agrandamiento del Derecho Penal, ya que “todo el mundo quiere su delito para demostrar que su causa es correcta” (p. 123)

Es decir, la doctrina viene alertando donde el uso indebido de un derecho penal sobreprotector, que está dirigido calmar los reclamos populistas, por ello García (2022) señala con acierto que el legislador sin tener en cuenta el rol del bien jurídico puede llevar en ocasiones a la creación de un Derecho penal simbólico diseñado sólo para acallar las voces de la sociedad que reclama la intervención penal en aras de una falsa apariencia de seguridad; lo que lleva consigo la pérdida de derechos y genera consecuencias graves como la criminalización de situaciones que realmente no producen lesión a bienes jurídicos, o no aquellos que se intentan proteger, ya sea porque no merecían protección penal o porque simplemente se expanden las conductas típicas a situaciones que no ponen en peligro el objeto de protección ante la tendencia intensificadora del legislador, que cree que todo debe ser amparado por el Derecho penal. (p. 41).

2.1.6. El bien jurídico protegido y la determinación de las penas.

De manera general se puede señalar que uno de los criterios más utilizados al momento de analizar el bien jurídico protegido, en cuanto a su influencia que tiene en la determinación y medición de las penas, es a partir de analizar la graduación de las penas que la parte especial que los estatutos penales instauran para la punición de las

conductas que las consideran lesivas, instaurándose una escala valorativa de tipo matemático en relación a la extensión de la pena que los tipos penales previenen.

Por ello, la revisión y análisis de los diferentes códigos penales en lo que corresponde a la determinación cuantitativa de la pena, permite establecer diferentes criterios que nos permiten jerarquizar el valor que se le asigna a los bienes jurídicos, Rojas (2004), precisa que: a) cuanto mayor sea la pena impuesta a una conducta, mayor será la jerarquía atribuida al bien jurídico protegido; b) cuanto menor sea la pena, menor será el valor asignado al bien jurídico; c) una sanción penal más severa indica que la conducta es considerada más grave y reprochable y d) una sanción penal más leve refleja que la conducta es vista como menos grave o censurable. En ese sentido, al momento de la determinación de la extensión de la pena, que ha de asignarse a un hecho considerado como injusto, deberá tomarse en cuenta los siguientes criterios: i) su utilidad social y ii) sus repercusiones y secuelas para el perpetrador, la sociedad, la víctima y el Estado en la que se aplica la pena (p. 283)

En realidad, en la realización de un injusto penal, no solo se lesiona el bien jurídico que el agente se propuso dañar, lo que sucede es que el injusto penal implica la generación de otras consecuencias colaterales, como la generación de gastos económicos que tendrán que ser asumidos por la colectividad con el funcionamiento del sistema judicial a través de los organismos encargados de impartir justicia, como la fiscalía, los juzgados penales en todas sus instancias; también al momento de ejecutar la pena con el funcionamiento del Instituto Nacional Penitenciario ya que cuando es más grave la afectación de bien jurídico protegido, mayor será la dificultad de hacer cumplir la pena. Eso significa que la lesión al objeto dañado o bien jurídico protegido no solo debe valorarse de acuerdo a la magnitud de la pena a imponerse; de ahí que se señale que el bien jurídico tiene un fundamento sociológico, por tanto, la identificación o determinación se tiene que hacer conforme a los valores de cada sociedad, en un determinado tiempo y determinado lugar, ya que tiene como propósito que sus integrantes procuren su realización personal dentro de su comunidad conforme a los ideales que rigen en la colectividad.

Se presenta un problema, al momento de establecer los criterios que tiene que utilizar el legislador penal al momento de fijar los bienes jurídicos, ya que el contenido

del bien jurídico ha de servir como límite al *jus puniendi*, por ello, el razonamiento que tenga mayor consenso al momento, servirá para seleccionar los bienes jurídicos protegidos, convirtiendo esta discusión en un tema de política criminal; por ello, es posible que un bien jurídico no responda a las exigencias sociales, sino que pretenda satisfacer la posición de un determinado colectivo u orientación política. Para ser considerado como bien jurídico es necesario que los intereses que lo representan contengan una valoración positiva y que sea común y esencial por la comunidad, lo que significa que tienen que ser intereses que sean apreciados de manera universal por la mayoría de la población, quienes deben expresar la necesidad que sean protegidos. De lo contrario, no podrá ser calificado como un bien jurídico.

Actualmente hay dos criterios claramente diferenciados que buscan dar contenido al concepto de bien jurídico para justificar los límites del *jus puniendi*. Con la aclaración de que estas dos posiciones no están libres de cuestionamientos; por un lado, tenemos las teorías sociológicas-funcionalistas propugnada por el jurista alemán Gunther Jakobs y, por otro lado, tenemos las teorías que podríamos llamar constitucionalistas representada también por el alemán Claus Roxin.

Es importante precisar que el estado actual de la cuestión, es que ninguna teoría ha conseguido un éxito respecto a la otra, en la procura de establecer un concepto material de bien jurídico protegido. Aguado citado por Rojas (2004) señala que es labor del legislador penal concretar cuáles son los bienes que deben proteger; en ese sentido debe, identificar el daño social que se pretende impedir con la norma penal. A partir de ello recién podrá ocuparse de cómo y del cuánto de la pena con lo que la protegerá, ya que en atención al resultado recién puede identificarse la nocividad social, y a partir de ello recién se podrá graduarse la necesidad de pena (p. 284)

Por ello, para que el juzgador sancione con una pena que sea considerada justa, se tiene que verificar o constatar que se ha vulnerado un bien jurídico, debe hacerse observando algunos principios fundamentales. Así tenemos al principio de igualdad, que significa que se debe valorar bajo el mismo criterio situaciones fácticas similares, sin perder de vista que para imponer la pena se debe realizar el juicio de exigibilidad normativa, determinando si el agente procedió con dolo o en su defecto

con culpa, de tal suerte que la pena que corresponde imponer tome en cuenta la diferencia normativa. Bajo la misma línea de razonamiento, también se debe tomar en cuenta el principio de culpabilidad o también conocido como de prohibición en exceso, que procura la vigencia del principio de igualdad, culpabilidad y de proporcionalidad y que demandan que las penas deben responder y guardar proporción con la gravedad del delito perpetrado; estos principios constituyen las columnas vertebrales al momento de establecer la pena.

2.1.7. Principio de proporcionalidad y la pena

Existe consenso en la doctrina en el sentido de que la primera referencia que se tiene de la proporcionalidad como principio viene del derecho administrativo policial alemán; se conoce que todavía en agosto de 1875 en la localidad de Bremen en una causa penal se solicitaba que se imponga las sanciones establecidas en un caso penal a periodistas que se negaban a prestar declaración como testigos, ocasión en que se utilizó el principio de proporcionalidad, que ya era usado en el campo administrativo (Rojas, 2004). A partir de ese momento, a través de la jurisprudencia hubo un desarrollo conceptual de este principio, hasta haber sido elevado a niveles constitucionales, ya que a la fecha se concibe este principio como uno que limita las injerencias del Estado frente a casos concretos relacionados a derechos fundamentales; en el proceso de creación legislativa se la acepta y se aplica al momento de crear tipos penales y establecer las penas abstractas, y cuando se imponen las medidas limitativas.

En ese sentido, en el proceso de determinación de marco punitivo que desarrolla el legislador para un determinado delito, esta debe ser proporcional al nivel de importancia social que tiene el hecho (Mir, 2016. p. 99), consecuentemente no puede aceptarse la que se impongan penas y medidas de seguridad que resulten irracionales o exageradas respecto a la lesión del bien jurídico. La determinación de la pena debe cumplir algunos requisitos; en primer orden la pena debe ser proporcional al delito, lo que significa que la pena no puede ser exagerada en relación al hecho que se pretende proteger; en segundo lugar, la proporcionalidad de la pena se mide de acuerdo a la importancia que le da la sociedad al hecho que se quiere proteger. A partir del cumplimiento de estas exigencias se establece que la necesidad de proporcionalidad es una exigencia que responde a los fines preventivos que cumple la

pena, ya que en cumplimiento de sus fines de prevención general, estas sanciones deben ser capaces de repercutir en la colectividad, en ese sentido su magnitud dependerá de la trascendencia y la afectación a los valores que genera los hechos en una sociedad en un determinado tiempo y espacio, y en función al intensidad de lesión al bien jurídico protegido.

Por ello, el análisis de proporcionalidad a nivel local debe estar en función a los fines que persigue un determinado colectivo social, no puede equipararse las necesidades que tiene una sociedad europea donde sus niveles de criminalidad y violencia son totalmente distintos a los elevados índices de criminalidad que revelan algunas sociedades en vías de desarrollo; eso quiere decir, que no se pueden evaluar con los mismos parámetros de proporcionalidad al momento de la determinación de las penas frente a una conducta punible, ya que el nivel de reproche será distinto en una y otra sociedad.

Por tanto, actualmente los principios que establecen los criterios de proporcionalidad deben ser observados y deben utilizarse al momento de la creación de la norma penal por parte del poder legislativo; pero la utilización de estos criterios no se agota en esa etapa de la creación de la ley penal; sino es ampliamente utilizado al momento de la aplicación a un caso concreto de la norma penal a través de los jueces o tribunales, e incluso como ya está reconocido por mandato constitucional, al momento de la ejecución de las penas.

Ya es conocido que este principio exige que la pena para un caso concreto sea idónea para conseguir los fines buscados, es decir, se demanda que el derecho penal sea adecuado para la defensa del bien jurídico y que la medida que se adopta sea apropiada para conseguir la penalidad que persigue. Eso significa que los criterios que justifican la necesidad de la pena, demandan que el bien protegido reúna como cualidad imprescindible que sea merecedor de protección. Es decir, debe existir la necesidad de protegerla, ya que se entiende que dicho bien jurídico debe poseer una importancia social. Rojas (2004) señala que es a partir de esa capacidad de protección, se puede decir que el derecho penal será idóneo, o en también puede ser calificada el derecho penal como inidóneo, esta capacidad debe valorarse a partir de las circunstancias reales del sistema penal, ya que no todos los bienes jurídicos que son

merecedores y necesitados de protección, serán idóneos o aptos para ser preservados penalmente.

Respecto al principio de necesidad, conocida también como de intervención mínima, o subsidiaridad, es un subprincipio de la proporcionalidad, o conocido como principio constitucional de prohibición en exceso, lo que busca es que la eficacia de los derechos individuales sean optimizados, de cara a las limitaciones que pueden determinar los poderes públicos a través de la determinación e imposición de pena, ello obliga al Estado a hacer una comparación de medidas aplicables al caso, lo que permite elegir aquella pena o medida que sea menos lesiva para la protección de los derechos de la persona infractora, ya que el hecho de ser merecedor de una sanción no lo inhabilita para ser sujeto de derechos, además la aludida comparación de medios permitirá elegir la medida más adecuada que permita la eficaz protección de bienes jurídicos. Siguiendo esa línea Rojas (2004) señala que la función de garantía del bien jurídico protegido, adquiere significado cuando se parte de la afirmación de que el delito consiste en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, eso no significa que cualquier conducta puede ser castigada por el legislador, sino que sólo pueden merecer castigo aquellas conductas que lesionen o expongan a peligro el bien jurídico.

En el derecho penal el principio de necesidad se expresa nítidamente en el latinismo jurídico *nulla lex poenalis sine necessitate*, el que a su vez puede ser descompuesto en dos postulados diferentes; por un lado, el que se refiere al principio de pena mínima necesaria, que se conoce como *nulla poena sine necessitate*; es decir, se debe asumir que la pena al contener una aflicción a la persona, siempre procurará ser la mínima necesaria; por otro lado, la máxima que procura la menor necesidad de imponer pena, *nullum crimen sine necessitate*, es decir, cuando nos encontramos ante mínimos niveles de violencia al momento de afectar el bien jurídico protegido, no será necesaria la pena.

Finalmente otro sub principio, que ha de analizarse es el de proporcionalidad en sentido estricto, que se emplea una vez que concurre o es aceptada la existencia de los subprincipios de idoneidad y de necesidad, eso quiere decir que, una vez que se verifica la concurrencia de estos supuestos recién se puede hacer uso de las técnicas de contrapeso de valores, lo que se conoce como la ponderación de intereses en atención

a las circunstancias y entorno que rodean al caso; con la finalidad de determinar si la inmolación de los intereses individuales justifica la intrusión y si guarda una correlación razonable o proporcional con la jerarquía del intereses estatal que se busca salvaguardar. En ese sentido si el sacrificio es enorme la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque cumpla los otros requisitos del principio de proporcionalidad. Rojas (2004) señala que la vigencia de la proporcionalidad en sentido estricto involucra una correlación de proporcionalidad entre la magnitud del injusto y la gravedad de la pena. Cuando nos encontramos en el proceso de la creación de la ley en el trabajo legislativo, es llamada como una proporcionalidad abstracta, y cuando nos encontramos el momento de la aplicación de la ley penal a través de los operadores de justicia y que la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho, es lo que se conoce como proporcionalidad concreta.

Últimamente, apreciamos una propensión desmedida del legislador en materia penal al momento de determinar las penas, donde en un afán populista, fijan penas elevadas desconociendo los límites y garantías que establece el propio Estado de derecho a través del principio de proporcionalidad propiamente dicho; ya que desde una perspectiva a constitucional como se dijo, limita la actuación estatal, actuando en la búsqueda de fines preventivos y como tal, se opone a ser vulnerado en mayor medida, mas no lo hará cuándo sea hacia abajo; lo que significa que opera como un límite máximo, mas no, como un límite mínimo; es decir, no imposibilita que pueda renunciar a la pena o pueda disminuirla por motivos de prevención especial y para permitir la resocialización o permitir una rápida socialización, por ello, establece la posibilidad de que el juez posponga la aplicación de la pena cuando resulte innecesaria.

2.1.8. Finalidad de la pena

Toda conducta que realiza una persona que culmina con el atentado o vulneración de los valores que pretende proteger una sociedad, activa la necesidad de imponer un castigo, que se materializado con la imposición de una pena, la misma que se determina a través de la política criminal que implementa el Estado, por ello Jescheck (2014) señala que la misión que se le encarga a la pena estatal, como medio primario de reacción tiene un significado determinante para determinar la orientación

de una política criminal (p. 1108); por su parte Villa Stein (2014) desde una perspectiva normativista, define la consecuencia jurídica del delito como una sanción desfavorable impuesta al infractor con el objetivo principal de prevención general. Esta busca fortalecer la norma jurídica y, por ende, proteger la clase de bienes que fueron históricamente dañados por el acto delictivo, disminuyendo así la tasa de futuros ataques contra los bienes jurídicos y reafirmando la validez de la norma (p. 549-550).

En ese sentido la pena cumple dos propósitos; por un lado, se entiende a la pena en el sentido de una compensación frente al injusto cometido por el autor, es decir está dirigida a la persona ya que se la concibe como castigo frente a una conducta prohibida; por otro lado, se debe concebir la pena como finalidad, ya que busca influir en la comunidad en general lo que se llamada la función de prevención general y, por otro lado, también busca prevenir que la persona cometa delitos.

El profesor peruano Caro Coria (2023) siguiendo a Roxin desde un sistema penal abierto a valoraciones político criminales, considera que tiene su punto de partida en la persona humana, la que se erige en el fin último de la sociedad; valores que se encuentra recogidos en la constitución, a partir de ello, considera que la pena debe estar al servicio del orden social y debe poder vincularse a la protección de la libertad individual, agregando que un derecho penal que se sustenta en la lesividad o defensa de bienes jurídicos debe, pues, conectar el sentido de la pena a la evitación de aquellas conductas que lo lesionen o pongan en riesgo” (p. 555).

Una teoría de la pena de acuerdo al programa de la constitución, pretende alcanzar los fines del derecho penal constitucional. Si partimos de que la constitución, además del respeto de la persona humana, busca asegurar su libertad y la vigencia de su dignidad, el derecho penal debe posibilitar la vigencia de estos valores supremos, debe elaborarse como una concreción de los valores y fines de la constitución, por otro lado, debe procurar el respeto de la persona humana procurando la defensa y protección de los bienes jurídicos, que no es otra cosa que aquellas valoraciones positivas que la constitución irradia de manera imperativa al legislador penal. Actualmente es aceptada por la dogmática y la jurisprudencia, que todas las ramas de las ciencias jurídicas, tienen que tener como norma de observancia obligatoria, la

constitución vigente, por ello se dice que el derecho penal se ha constitucionalizado, avizorando ello Bottke (1997) en la traducción de Benlloch Petit señalaba que los bienes jurídicos están contenidos en aquellos sistemas que, por el impulso de la constitucionalización del derecho penal, cumplen las disposiciones del individuo y busca el favorecimiento de la libertad en condiciones esenciales, siendo elevados a niveles constitucional-penalmente los bienes jurídicos (p.49), por tanto, la pena lo que busca es la vigencia de los bienes jurídicos que han sido reconocidos así por la constitución.

Ahora, para la aplicación de la pena, tenemos que recurrir a los presupuestos de la punibilidad, que no son otra cosa que criterios añadidos al injusto culpable y que han de influir en el ejercicio efectivo del ius puniendi, y que han de afectar a la determinación de la necesidad de pena. García Caveró (2012) señala que los presupuestos de la punibilidad pueden exteriorizarse tanto de manera positiva como en forma negativa; una de las manifestaciones de la primera son las condiciones objetivas de punibilidad, y una manifestación de la segunda son las llamadas excusas absolutorias; precisa que se tratan de aspectos extraños al delito que inquietan la necesidad de pena, no interesando si se han de presentar de manera concomitante al hecho delictivo o con posterioridad, ya que únicamente sirven para determinar la necesidad de la pena.

2.2. La Migración

Conforme a la Real Academia Española (RAE) se entiende por migración a todo desplazamiento geográfico de individuos o grupos, originada ordinariamente por causas económicas y sociales. Por su parte, la ONU a través de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) señala que la migración es un movimiento de personas fuera de su lugar de residencia habitual, que ha de realizarse a través de las fronteras internacionales o dentro de un país (2023); entonces la migración, se entiende como el movimiento de personas sin importar la cantidad, su composición o sus causas que la motivan.

Desde los albores de la humanidad los seres humanos han migrado constantemente, ya nadie discute que las primeras poblaciones humanas proceden del

áfrica y que paulatinamente procedieron a poblar distintos territorios en la faz de la tierra, de acuerdo a las Naciones Unidas los procesos migratorios actualmente son un desafío para la humanidad, ya que muchos ingresan en esta dinámica migratoria escapando de conflictos armados, persecuciones; otros lo hacen movidos por factores ambientales, que generan desastres naturales en determinadas zonas que hacen que las condiciones de desarrollo personal del grupo social sea desventajoso. Para Arango (2022) los motivos por los cuales los migrantes se desplazan a otros países son variadas, generalmente han de ser por cuestiones económicas.

A pesar que existe la facultad natural para que los individuos pueden ejercer el derecho a la libre circulación interna o internacional, y tengan el derecho humano a migrar, los desplazamientos de las personas a nivel internacional están sujetas a las reglas que establece cada país, tanto para la entrada, su salida y su permanencia. Por otro lado, Geronimi (2002) señala que los flujos de migración desde los países pobres hacia los países centrales, responden a factores macro estructurales tales como el desequilibrio que existe entre los países más desarrollados y los países que se encuentran en vías de desarrollo, pero la existencia de estos factores no explica en su totalidad la necesidad de las personas de movilizarse.

Según los reportes de las Naciones Unidas (ONU, 2022) en la actualidad el número de personas que vive en un país diferente de su país originario es mayor que nunca. La OIM en su informe sobre migraciones en el Mundo que abarcan el periodo del 2020 a junio del 2019 estimaba que el número de migrantes a nivel internacional eran de casi 272 millones, cifra que se incrementó en más de 51 millones en relación al 2010. Casi dos tercios pertenecen a migrantes con fines laborales. Los migrantes internacionales constituían el 3.5% de la población mundial en el 2019, cifra mayor al 2.8% en la que se encontraba en el 2002 y el 2.3% en 1980.

En el derecho internacional no se ha previsto un límite a los Estados en cuanto a su facultad de admitir o expulsar a extranjeros de su territorio, ello se explica en el sentido de que una norma internacional que es aceptada por todos los Estados es el respeto y vigencia a la soberanía territorial, lo que significa la libertad que tienen los estados en pleno uso de su soberanía establecer su política migratoria acorde a su propia singularidad, determinando las condiciones o reglas que deben cumplir los

extranjeros para mantenerse en su territorio, así como la facultad de decidir los supuestos por los que se puede ordenar para que abandonen el territorio.

Por lo general, los países desarrollados aplican políticas migratorias restringiendo el ingreso de personas a fin de evitar y controlar los problemas de ingreso de personas que proveen una mano de obra barata o que genera el incremento de la criminalidad. Entre ellas, se tiene la implementación de estas políticas de rechazo, que, a decir de la OIT, inducen a la migración clandestina, y al mismo tiempo, explica la permanencia e inclusive el incremento del fenómeno migratorio ilegal (OIT, 1999)

2.2.1. Móviles de la migración

Es importante analizar los motivos de la migración para poder entender adecuadamente su naturaleza, de ese modo, podemos identificar las circunstancias por las que se puede vulnerar el bien jurídico en el delito migratorio; para ello, se debe identificar las razones que llevan a las personas a desplazarse de un lugar geográfico a otro y hace que muchas veces se sometan voluntariamente ante los traficantes. En las ciencias sociales se han identificado varias teorías en función al objeto de estudio. Para el presente trabajo vamos a seguir la propuesta de Massey, Arango, Graeme, Kouaouci, Pellegrino y Taylor. (1993)

Una de las primeras teorías que se recogen son las que podríamos considerar como teorías económicas del fenómeno migratorio. Entre estas tenemos, la llamada Teoría del Neoclasicismo económico o del modelo macroeconómico que según Massey y *et al.* (1993), ha sido propuesta inicialmente por Sjaastad (1962); Todaro y Maruszko, (1987) que señalan que la migración nacional e internacional esta motivada en las diferencias respecto a la oferta y demanda de mano de obra, consideran que las diferencias salariales entre diversos ámbitos geográficos motivan el desplazamiento de personas con capacidad laboral de los países, donde los salarios son inferiores hacia aquellos países donde los salarios son más elevados. Eso significa que, si la demanda laboral en los países pobres disminuye, traerán como consecuencia que los salarios aumenten; mientras que, si en los países ricos la necesidad de trabajo crece; lo que generará que los salarios tiendan a bajar, conduciendo a un equilibrio salarial.

Por otro lado, de acuerdo a la teoría del Neoclasicismo económico, la migración internacional debe ser concebida como una manera de inversión de la fuerza laboral. Ya que la gente elige desplazarse a aquellas zonas donde consideran serán más productivos, dada su especialidad profesional; para lo que tiene que hacer ciertas inversiones, como por ejemplo asumir el costo del traslado, la búsqueda de empleo, conocimiento de una nueva lengua, costos de adaptación entre otros, los que son compensados con la expectativa de una ganancia en el lugar de destino, donde la expectativa de obtener los beneficios esperados determina el incremento del flujo migratorio internacional. Es por ello, que los países de destino tratan de controlar la migración con la implementación de políticas públicas que buscan reducir la expectativa de ganancia como la exigencia de permisos temporales de trabajo a fin de reducir la probabilidad de empleo, el incremento de pago de rentas por servicios a extranjeros entre otros.

Tenemos también la Nueva Teoría Económica de la migración que surgió con el fin de cuestionar las iniciales teorías neoclásicas. Esta nueva teoría parte de señalar según Massey y et al. (1993), siguiendo las propuestas de Stark y Levhari (1982); Katz; Lauby y Stark (1988); Taylor (1986); que los motivos de la migración no se determinan por consideraciones individuales, si no por cuestiones más amplias como los lazos parentales, donde los individuos actúan de manera colectiva no sólo para incrementar las posibilidades de renta, sino también para disminuir los riesgos y rebajar las contracciones asociadas a las carencias de una pluralidad de mercados, distintos al mercado de trabajo. Es decir, cuando un grupo aprecia el incremento de sus actividades económicas en el lugar de acogida, hace que aumente el interés de la migración de otros miembros de su entorno familiar, ya que aprecia que hay mejores expectativas, e invertirá menos capital.

Conforme a Massey y et al. (1993), estas teorías neoclásicas del capital humano y las novísimas teorías planteadas respecto a la migración, a pesar que nos trasladan a conclusiones disímiles sobre la naturaleza y el origen de la migración internacional, ambas teorías son sustancialmente modelos basados en consideraciones microeconómicas. Frente a ello surge la Teoría del Mercado Dual, donde parte de considerar que en toda relación laboral siempre existen diferencias salariales de

acuerdo al estatus laboral de sus integrantes; en los países industrializados los empleos con salarios bajos, propios de personas que no requieren una alta especialización generan expectativas a los trabajadores extranjeros, ya que incrementa sus posibilidades de mayores ganancias, que a su vez elevan sus posibilidades de asumir y superar los riesgos, aumentando la posibilidad de acceder al crédito, e incrementa la capacidad de sus familias de aumentar sus ingresos por medio de los envíos de dinero en efectivo por parte de sus familiares en el exterior.

De acuerdo a la teoría de los Sistemas Mundiales propuesto inicialmente por Wallerstein (1974) citada por Massey y et al. (1993), se han propuesto teorías sociológicas con los que se busca explicar la migración internacional, a partir de la estructuración del mercado mundial. Se considera que la introducción de relaciones económicas de tipo capitalistas en las sociedades limítrofes no capitalistas, crea una población expectante dispuesta a migrar al extranjero con la finalidad de ser parte del modelo capitalista. Por tanto, la migración será un resultado natural de los diferentes cambios inevitables que vienen aconteciendo en el sistema capitalista; ya que, al haberse expandido este modelo económico desde su núcleo en el siglo XIX, a lo largo y ancho del mundo, incorporando a la población mundial a su dinámica de mercado, ha generado las ineludibles oleadas migratorias, algunos de los cuáles siempre han sido hacia el exterior.

Conforme a la teoría de la Perpetuación de los flujos internacionales; el fenómeno migratorio esta inducida por una pluralidad de razones y se perpetuarán en el espacio y en el tiempo, y a su vez han de servir como causas en sí mismas: ya que el proceso migratorio crea redes de expansión migratoria, ya que se implementan entidades que apoyan el desarrollo de las personas a nivel internacional, y se da un mayor significado social a consecuencia del cambio al interior de las sociedades que cumplen la función de receptoras de ese flujo de personas. Todo ello, hace que se produzca una acumulación causal de las transformaciones que han de motivar nuevos flujos migratorios.

También se tiene la Teoría de la red; que señala que las redes de migración están compuestas de lazos interpersonales que vinculan a los migrantes; existen lazos de parentesco, vecindad etc.; que vinculan a los primeros migrantes y los no

migrantes, con las áreas de origen y las áreas de destino, generalmente motivados por la pertenencia a una misma comunidad. En ese sentido, estos lazos han de ser considerados como redes que incrementan la posibilidad de nuevos flujos migratorios al estrechar los costes y riesgos del desplazamiento, incrementando de ese modo los beneficios económicos cuando se alcanza el umbral de migrantes.

De acuerdo a la Teoría institucional, una vez que se da inicio a la migración internacional aparecen las entidades y organizaciones que voluntariamente tratan de mejorar las condiciones de subsistencia de los migrantes, dando lugar a un mercado negro y que crea condiciones para la victimización de los migrantes, estas organizaciones surgen con la finalidad de obtener un provecho económico proporcionando servicios a cambio de cuotas que son establecidas por dicho mercado ilegal, dando origen al contrabando de las personas a través de las fronteras, generando la necesidad de transporte clandestino, desde el país de origen, por los países que sirven de tránsito, hasta los países de destino; donde se gestionan contratos laborales entre contratantes e inmigrantes ilegales; para ello, se recurre a la falsificación de documentos, la obtención de visados en base a información adulterada; se promueven matrimonios de conveniencia entre los residentes del país de destino y los migrantes.

Otra teoría recogida por Massey y et al. (1993) es la denominada Teoría de acumulación causal, que sostiene que además de las teorías de crecimiento de redes o de las teorías de desarrollo de instituciones, la migración se auto sostiene por otras vías que incrementan los desplazamientos por un largo periodo de tiempo, denominando a esto como “proceso de acumulación causal”, dado que los primeros actos migratorios han de alterar el contexto social del país de origen e incluso de los países de destino lo que ha de generar nuevas decisiones de migración.

Este proceso acumulativo explica el surgimiento de la teoría de los sistemas de migración que a decir de Massey y et al. (1993) en realidad es una generalización de las teorías antes reseñadas, ya que revelan que los movimientos migratorios comienzan a obtener cierta permanencia y estructuración a lo largo de un determinado tiempo y espacio, posibilitando la implementación de sistemas que permiten procesos migratorios más estables.

2.2.2. La migración irregular.

Desde fines del siglo pasado el incremento inusitado de migraciones irregulares ha comenzado a ser parte de la problemática de cada Estado, se han visto flujos migratorios que pueden afectar sus políticas de gobernanza pública, ya que como explica la teoría institucional del origen de la migración, surgen instituciones que han de tratar de mejorar las condiciones de traslado de migrantes, y como cualquier actividad, el migrante tiene que hacer inversiones, y tratar de recuperar la inversión. Han de buscar ingresos económicos creando de ese modo el mercado negro de la inmigración, dando origen al contrabando de las personas; por ello Geronimi señala que la migración irregular se ha transformado en una preocupación creciente, fundamentalmente para los países de destino y tránsito. Esto se debe, en gran medida, a la falta o insuficiencia de políticas migratorias efectivas en muchos países centrales, así como a la continuidad de factores que impulsan y atraen la migración, (2002, p.3); pero estos problemas no sólo atañen a los países de recepción o de tránsito, sino también a los países de partida, en cuanto a sus obligaciones internacionales que tienen que asumir los países con respecto a la protección de sus nacionales, las repercusiones en su economía, por las remesas enviadas por sus emigrantes que afectan tanto al país de origen como al país de destino que observará la salida de capitales.

A partir de ello, Geronimi recogiendo los conceptos de Ghosh (1998) señala que las migraciones irregulares pueden ser definidas como todo movimiento internacional que tiene lugar al margen del marco regulatorio establecido en los países de envío, de recepción o de tránsito. Mientras que recogiendo la definición de Castles y Miller, (1998) la migración irregular es el producto de la legislación decretada para controlar los flujos migratorios, y es una infracción o delito, según el sistema penal que adopte cada una de las legislaciones nacionales.

2.3. Delito contra el orden migratorio

El proceso migratorio tiene repercusiones en varios ámbitos, entre ellos el derecho penal, ya que la forma como se desarrolla la inmigración tanto nacional como internacional ha merecido una respuesta del Estado a través de la política criminal, lo que evidencia la importancia del tratamiento criminológico que se ha dado al

fenómeno migratorio. Actualmente el Código Penal peruano ha introducido una tipificación del delito migratorio, describiendo conductas que tienen relación con la entrada, el tránsito y permanencia de los inmigrantes en el Perú, la misma que ha sido objeto de una serie de reformas en relación al desarrollo alcanzado por el delito hasta la fecha.

2.3.1. Antecedentes legislativos.

La primera referencia legislativa a nivel mundial respecto al tráfico de migrantes, la encontramos en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 143, que se ocupa sobre las migraciones en escenarios injustos y busca motivar una igualdad en el trato y mayores oportunidades a los trabajadores extranjeros en condición de migrantes, sancionado en Ginebra por el año de 1975. Dicho Convenio, impulsa a los Estados a ejercer su facultad punitiva para enjuiciar a los integrantes de las redes criminales dedicadas al traslado irregular de mano de obra. Posteriormente en el año 2000, la comunidad internacional suscribió la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, herramienta internacional que busca promover la cooperación entre las naciones suscribientes para prevenir, combatir, investigar y enjuiciar aquellos comportamientos ilícitos cometidos por organizaciones criminales traspasando fronteras, dedicadas a la comisión de delitos relacionados al lavado de activos, a los actos de corrupción, el tráfico de armas, entre otros.

Las Naciones Unidas tiene por objetivo ayudar a los Estados en la implementación de marcos legales adecuados contra esta delincuencia organizada, a través de la Oficina Guardian de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNODC), quienes se encargan de realizar labores de investigación y asistencia técnica para prevención y lucha más eficiente contra esta forma de delincuente internacional; en ese contexto se estableció el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que lo llamaremos indistintamente como Protocolo contra el tráfico de migrantes; en realidad es un instrumento normativo internacional que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000): dicho instrumento jurídico internacional fue ratificado por el Perú, el 22 de enero del 2002. Este protocolo surgió a partir de la preocupación de los Estados por el notable incremento de las actividades criminales de los grupos

organizados relacionados al tráfico de migrantes y otras actividades criminales conexas, que producen graves perjuicios; ya que el tráfico migratorio por lo general puede poner en peligro valores como la vida o la seguridad de las víctimas que no son otra cosa que los migrantes involucrados (UNODC, 2000), es decir, el protocolo aborda una problemática que va en aumento y que está relacionada con el tráfico de persona cometidas por las organizaciones criminales, actividad que frecuentemente implica un grave peligro para las víctimas y genera considerables ganancias para los responsables.

Cuando se sancionó el Protocolo contra el Tráfico de Migrantes, lo que se buscaba era que este marco normativo internacional se convirtiera en un instrumento del que valieran a los Estados para enfrentar el crimen migratorio, a partir del reconocimiento de que el tráfico de migrantes es una preocupación a nivel internacional, dado que afecta a una gran cantidad de países, identificados o no, como puntos de origen, tránsito o destino. Geronimi (2002) advierte que antes de su promulgación, existía una ausencia de una herramienta jurídico internacional de carácter universal, ello motivaba la existencia de una diversidad de definiciones y como tal una variedad de tipificaciones de las conductas prohibidas, junto con la ausencia de armonización y de un tratamiento uniforme en los marcos jurídicos nacionales, así como las lagunas legales existentes, constituían vacíos normativos que los traficantes explotaban al planificar las rutas del tráfico de personas. (p.17).

Partimos de entender que combatir el tráfico de migrantes constituye una labor compleja a partir de la naturaleza clandestina de su actividad, que existen dificultades para comprobar estas conductas, especialmente de cara a determinar que conducta es reprochable, cual es la lesión que se causa, cuál es su bien jurídico protegido, aunado a que se tiene una cruda realidad de que numerosas personas están dispuestas a poner en peligro su propia integridad así como su propia vida, con la esperanza de lograr un mejor futuro para ellos y sus familias. Esta situación de vulnerabilidad es explotada por los traficantes, que actúan con pleno conocimiento de las limitaciones existentes al momento de que son perseguidos por las autoridades estatales para su correspondiente sanción.

2.3.2. La criminalidad organizada y el delito migratorio.

Al mismo tiempo en que se gestaba la introducción del delito migratorio en la legislación nacional; también a nivel mundial los representantes de los Estados trabajaban en la necesidad de regularla. El fenómeno migratorio trajo consigo nuevas formas de criminalidad; ya que a partir de los diferentes conflictos políticos, militares y sociales que se dieron en diferentes regiones del mundo, generó una necesidad de desplazarse de un lugar inestable a otras zonas que ofrezcan mejores condiciones de vida. Teniendo en cuenta la globalización mundial y el uso de las nuevas tecnologías propias de la era digital, estas motivan el surgimiento de nuevas oportunidades que son aprovechadas por las empresas dedicadas a los negocios legítimos, y al mismo tiempo el surgimiento de nuevas oportunidades para la delincuencia organizada quienes aprovechan los avances de toda naturaleza para refinar y diversificar sus actividades criminales.

La lucha contra este fenómeno criminal en el pasado evidenciaba dificultades en la obtención de pruebas, por ello, generalmente los integrantes de las bandas criminales eran juzgados por delitos menores distintas a la actividad criminal principal. La existencia de estas dificultades ha sido enmendada por la Convención de Palermo contra el crimen organizado que fue sancionada en la ciudad de Palermo, entre el 12 al 15 de noviembre de 2001.

Actualmente a esta convención se han adherido o lo han ratificado 153 estados parte que son parte de la Red de los Estados, promovida por las naciones unidas sobre la problemática de la migración, (2002). En el Perú este instrumento internacional fue ratificada por el ejecutivo por Decreto Supremo N° 088-2021-RE, publicado el 21 de noviembre del 2000 y finalmente fue aprobada por el congreso por Resolución Legislativa N° 27527 en sesión del 04 de octubre del 2021.

El origen de esta norma convencional se ubica en el convenio suscrito contra la lucha contra el tráfico ilícito de drogas suscritas en los años de 1980 y 1988 el mismo que proporcionó una herramienta jurídico internacional para hacer frente a la delincuencia transnacional organizada que estaba relacionada al mercado de las drogas ilegales, al aceptar que constituía una amenaza a la seguridad de los pueblos y afectaba el desarrollo, mantenimiento y la consecución de la paz. Posteriormente a finales de

1998, se resuelve establecer un Comité Intergubernamental con la finalidad de preparar una convención contra la delincuencia organizada transnacional y para evaluar la posibilidad de elaborar marcos jurídicos internacionales sobre trata de mujeres y menores de edad, así como sancionar conductas relacionadas al transporte ilícito de migrantes, entre otros. Todos estos esfuerzos posibilitaron la Convención de Palermo, donde se establecen las bases para afrontar la criminalidad desde una perspectiva global lo que permite que se amplíe la cantidad de Estados que adoptan medidas más eficaces. En esta convención se establecen mínimos obligatorios para los Estados parte, en el sentido de que existe la obligación de tipificar los delitos de participación en la delincuencia organizada e incluso la de conspiración en este tipo de delitos, el blanqueo de capitales proveniente de delitos considerados como “determinantes” por la propia convención; también las conductas relacionadas a actos de corrupción a gran escala; y la obstrucción de la acción de la Justicia.

El instrumento internacional surgido en Palermo, está complementado por tres protocolos que tipifican formas específicas de criminalidad que son aplicables a la delincuencia organizada: En primer lugar, tenemos el Protocolo contra la trata de personas aprobado con la finalidad de prevenir y combatir la trata, proteger y ayudar a las víctimas y promover la cooperación entre las naciones. Luego se tiene el protocolo contra el tráfico de migrantes que tiene la finalidad prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, busca promover la cooperación entre los Estados y al mismo tiempo proteger los derechos de los migrantes que son objeto de dicho tráfico y finalmente el Protocolo sobre armas de fuego.

2.3.3. Evolución normativa en el Perú.

En la legislación nacional, el primer antecedente respecto a los delitos migratorios, la encontramos en el proyecto de ley N° 4183/98-CR, (1998) donde se propuso la incorporación de los delitos denominados contra el orden migratorio, donde en su exposición de motivos señalaba que el trasladar a un extranjero por lugares no autorizados para el ingreso al país, implica un accionar ya predeterminado y con intencionalidad dolosa de ocultar o sustraer al extranjero, del control Migratorio y policial, con el objetivo de facilitar a éste la comisión de hechos ilícitos, comprometiendo la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos, así como la seguridad

nacional (P.L. N° 4183/98/CR), luego de los debates respectivos el Congreso expide la ley N° 27202 que incorporó los delitos contra el orden migratorio al catálogo penal el 08 de noviembre del 1999, ubicándola dentro de los delitos que afectan la seguridad pública, introduciendo el Capítulo IV denominado “Delitos contra el Orden Migratorio” con el artículo 303-A.

El tipo penal reprochaba la conducta del agente que de manera ilícita y con finalidad de obtener una ventaja de tipo patrimonial promovía, favorecía o facilitaba el ingreso o salida del territorio nacional a terceras personas; habiendo establecido dos circunstancias agravantes, la primera relacionada a la condición del sujeto activo si era funcionario encargado de la administración y control migratorio y la otra relacionada a que si las condiciones del transporte ponían en peligro grave a las víctimas.

En el año 2006 el Ministerio Público elaboró y presentó el proyecto de ley N° 314/2006- MP, donde a partir de la afirmación de que la trata de personas era una actividad socio criminal que tiene relevancia internacional, señala que el tráfico de migrantes es el movimiento o traslado de personas, por ello el tránsito ilegal se debía entender como el quebrantamiento de las disposiciones normativas referidas a las normas de extranjería y migraciones dadas con la finalidad de buscar ordenarla y regular los flujos migratorios de acuerdo a los criterios legales y de ese modo posibilitar la defensa de los derechos de los migrantes; este proyecto motivó la emisión de la ley 28950 del 16 de enero del 2007, por el cual se modificó el artículo 303-A y se incorporó el artículo 303-B que establece las formas agravadas del tráfico ilícito de migrantes.

Con la modificación normativa, se agrego en el catálogo penal circunstancias agravantes de primer grado, referidas a la cualidad especial del agente activo cuando se comete el hecho abusando de la función pública, o cuando se trata de integrante de una organización social o tutelar; otra agravante está relacionada a la condición de la víctima, si existe pluralidad de víctimas o si se trata de adolescentes; otra agravante esta relacionada a la pluralidad de agentes y cuando se trata de una persona que tiene una relación especial sobre la víctima que le facilite cometer el delito. Del mismo modo se agregó agravantes de segundo grado, cuando se causa la muerte o se causan lesiones graves a las víctimas, cuando las condiciones del traslado ponen en peligro su

vida, cuando la víctima es menor de edad, o el agente activo integra una organización delictiva dedicada a la comisión de este tipo de delitos.

Por cuestiones de política criminal, se aprecia que el legislador pretende sancionar la migración ilegal, especialmente de las personas que hacen de dicha actividad un negocio lucrativo, Peña (2010) señala que es sobre dichos individuos que debe recaer con toda energía la reacción punitiva del Estado mediante la aplicación de las formas delictivas comprendidas en los artículos 303-A y 303-B, conforme a la modificación introducida por la ley 28950.

2.3.4. Bien jurídico en el delito migratorio.

Peña (2010) sostiene que al ubicarse el delito migratorio dentro de los delitos que atentan la seguridad pública, el bien jurídico será de naturaleza *supraindividual*, al representar un interés de carácter difuso, ya que pertenece a todos los miembros de la comunidad, y recurriendo a doctrina considera que más que orden migratorio “lo que verdaderamente se está protegiendo es la seguridad de quienes forman parte de ese tráfico migratorio, esto, es, de los emigrantes e inmigrantes al país, derecho que constituye el auténtico bien jurídico” (p. 164).

En la legislación española inicialmente los actos de colaboración eran sancionados administrativamente y existía un tratamiento unificado en los delitos de trata de personas y la inmigración clandestina; sin embargo, con la modificación de Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 se ha llegado a establecer que lo que se busca proteger es la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios. Pomares (2015) señala que es un delito que busca a perseguir conductas que facilitan la inmigración ilegal, cuya importancia penal gravita fundamentalmente en la infracción de la legislación administrativa de extranjería, es decir, sobre la condición irregular del inmigrante (p. 1-20).

Cancio Meliá (2004) analizando el tipo delictivo de tráfico ilegal de personas considera que este delito debe entenderse como comercialización de personas, precisando que no es posible identificar como una inmigración ilegal, ya que la mercantilización no exige necesariamente de la entrada o residencia del extranjero de

manera ilegal; precisa que existen dos formas principales de interpretar el concepto de tráfico ilegal de personas. Una primera lo vincula directamente con el cruce ilícito de fronteras, lo que implicaría que no se puede hablar de tráfico si este ocurre dentro de un mismo país o entre naciones con fronteras abiertas, o bien que, en tales contextos, dicha actividad carece de relevancia penal. La segunda interpretación lo concibe como una forma de comercio de seres humanos, la misma que se configura desde el momento en que una persona es tratada como mercancía. Bajo esta perspectiva, lo esencial no es el cruce ilegal de las fronteras, pues el tráfico de personas se distingue claramente de la inmigración ilegal o clandestina, ya que ambas responden a fenómenos distintos. (p.75-76)

Por su parte Arango (2021) analizando la legislación panameña a partir de su evolución legislativa, y sus modificatorias tomando en cuenta los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales señala a primera vista que el bien jurídico protegido a partir de su ubicación legislativa sería exclusivamente la humanidad, pese a que la redacción del tipo penal hace referencia a violación de normas migratoria; lo que le lleva a la conclusión de que el bien protegido es pluriofensivo, y no puede ser apreciada exclusivamente como una vulneración a la legislación migratoria, pues su ubicación de dentro de los Delitos contra la Humanidad deja establecida de manera pacífica que también se protege la vida e integridad de la persona migrantes, sobre todo cuando se trata de delincuencia organizada (p. 83).

Por su parte Faican (2016) siguiendo a Burusco Barber señala que la doctrina internacional no se ha puesto de acuerdo en determinar el bien jurídico en los delitos migratorios, señalando que existen hasta tres teorías; una primera teoría que la considera como derecho reconocidos a ciudadanos extranjeros; una segunda tesis que sostiene que en este tipo de delitos los Estados buscan proteger la ordenación y el control de flujos migratorios dando al delito una connotación administrativa, y por último, una tercera tesis que sostiene que el tipo penal busca proteger por un lado el control del flujo migratorio y al mismo tiempo busca proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Uno de los países que ha palpado y viene viviendo intensamente el tráfico de personas es el país caribeño de Cuba y analizando su legislación Goite y Medina

(2014) señalan que la protección del tráfico de personas como bien jurídico está dirigido a la protección de intereses fundamentales de los individuos, así como de la sociedad en general en atención a la nuevas y complejas formas que ha desarrollado el crimen organizado, consecuentemente el bien jurídico será el desarrollo normal del tráfico migratorio y al mismo tiempo la protección de los derechos de las personas que son objeto del tráfico (p. 146); sin embargo, reconocen estas autoras que a nivel de la doctrina no existe unanimidad respecto a la denominación y determinación del objeto de protección para este tipo de conductas, existiendo una variedad de formulaciones teóricas y jurisprudenciales propias de cada realidad y los fines que procuran cada uno de los países.

La dogmática, al ocuparse de los delitos migratorios, asume distintas posiciones, por un lado, hacen referencia a bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, ya que se afecta indirectamente el orden socioeconómico y los flujos migratorios, pero al mismo tiempo también se hacen referencia al carácter pluriofensivo de este tipo de delitos, es decir nos refieren a bienes de carácter individual y colectivo.

Pérez (2004) señala que siguiendo una tendencia de que se trata de bienes pluriofensivos, lo que en realidad se protegería es la libertad, la seguridad y la dignidad del migrante; empero, no se toma en cuenta que la situación de vulnerabilidad especial en la que se encuentran los migrantes, lo que obliga a los Estados a tomar acciones para una especial protección de los migrantes al ser un grupo sensible. (p. 170)

2.3.5. Tipicidad objetiva

a. Sujeto activo

La Defensoría de Pueblo en su informe N° 001-2009-DP/ADHPD, señala que en su tipo base el sujeto activo es el ‘traficante’, y como la norma no exige cualificación de ninguna clase, lo puede cometer cualquier persona, la única condición es que el agente esté involucrado directa o indirectamente con el delito.

El autor nacional, Peña (2010) al ocuparse de esta figura delictiva, respecto al sujeto activo señala que nos encontramos ante la participación de varios sujetos quienes por lo general están organizados; estos sujetos proveen transporte, luego se encargan de brindar refugio temporal, elaboran y brindan documentos falsos de viaje, información y otros servicios desde el país de origen, luego en el país de tránsito, hasta llegar al país de destino (p. 166).

De la redacción del artículo 303-A, que describe el delito de tráfico migratorio, se aprecia que el tipo base no exige cualidad alguna para el sujeto pasivo, lo que nos lleva a considerar que se trata de un delito común, basta que el agente despliegue o desarrolle cualquiera de las conductas prohibidas, como favorecer, financiar o facilitar la entrada o salida ilegal del país de una persona. Sin embargo, la calificación del sujeto activo en algunos supuestos agravantes contenidos en el primer párrafo del artículo 303-B, requiere cualidades especiales; es decir, para la materialización de la circunstancia agravante el agente activo debe cumplir ciertas condiciones específicas; una de ellas está referida al hecho de que sea un funcionario público que aprovechando de los poderes que le otorga la administración pública pueda favorecer la entrada o salida ilegal de personas en el país, la casuística nos ubica que este delito lo pueden cometer aquellos funcionarios que laboran en las oficinas de migraciones, en los controles migratorios, entre otros. La otra cualidad que se exige al agente activo es que sea promotor o representante de una organización tutelar y aprovechando de dicha condición cometa el delito.

Conforme al Protocolo, el agente activo de la conducta será el “traficante”. A quien será cualquier persona, pues en el protocolo no existe calificación especial de ninguna clase, ya que la única condición es que esté involucrado en forma directa o indirectamente con el tráfico de migrantes. (UNODC, p. 28).

b. Sujeto pasivo

Peña (2010) señala que el delito migratorio constituye un ilícito penal, que trasgrede contra la soberanía del Estado Peruano, por cuanto se trasgreden las normas migratorias que éste ha impuesto, como consecuencia de su potestad soberana, en ese sentido el sujeto pasivo del delito es el Estado, más no el migrante.

Partiendo del artículo 6 del Protocolo contra el tráfico migratorio, es viable también que los sujetos pasivos puedan ser los migrantes de quienes se les ha puesto en peligro, su vida, su seguridad o su integridad en caso hubieran sido sometidos a tratos inhumanos. Es migrante, también aquella persona que es acudida por el traficante con la finalidad de ingresar a un país de manera ilegal. (UNODC, p. 28).

De la atenta lectura de la norma penal, se puede apreciar que el legislador nacional considera que el sujeto que es objeto de tráfico, siempre será una persona no nacional; es decir, la persona que es ayuda a ingresar y/o salir de forma ilegal del país siempre tiene que ser una persona extranjera

c. Comportamiento típico

Uno de los primeros presupuestos que corresponde analizar en la teoría del delito es el comportamiento considerado como típicamente relevante, siendo uno de los temas más debatidos en la dogmática penal, ya que es el elemento común sobre el cual se construye el delito. Sólo las personas pueden realizar conductas que califican como delito, por ello se sostiene que la responsabilidad penal se atribuye siempre a quien desarrolla un comportamiento a pesar de estar imposibilitado de hacerlo; o a quien no lo realiza pese a estar obligado; señala Meini (2014) que lo determinante es el significado que el comportamiento adquiere en sociedad y que condiciona su particular desvalor, a partir de la cual se legitima su prohibición y justifica su sanción. (p. 98). En ese sentido en términos de la teoría causalista propuesta por Von Litz el comportamiento será el fenómeno de la conciencia por el cual se establecen las causas que provocan una modificación del mundo exterior. Ahora, desde la óptica finalista propuesta por Welzel la conducta se entiende como un proceso lógico-objetivo, es decir, busca una finalidad, será el proceso causal que desencadene la lesión del bien jurídico, la misma que se convierte en una conducta típicamente relevante para el sistema penal, en la medida que está dirigida por una finalidad, y desde una perspectiva funcionalista la conducta penal es aquella que es socialmente relevante, es decir, que sean significativas para la sociedad.

Conforme a la redacción contenida en la ley penal referido al tráfico de

migrantes, se aprecia claramente que son varios los verbos rectores que le son exigibles al sujeto activo, esto es la promoción, el favorecimiento, el financiamiento o la facilitación de la entrada o salida ilegal de una persona en el territorio nacional.

El primer supuesto de hecho, está referido a que el sujeto activo “promueve” la entrada o salida de otra persona. Conforme a la Academia de la Lengua Española (REA) el verbo promover tiene una acepción referida a iniciar el desarrollo de algo o impulsar la realización de algo, es decir, impulsar un proceso procurando la consecuencia de su logro. La Defensoría del Pueblo (2019) siguiendo a la legislación argentina precisa que la acción de promover debe estar destinada al cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos, siempre es con la finalidad de obtener una ventaja económica ya sea en forma directa o indirecta (p. 133); a partir de ello, podemos concluir que se materializa la acción de promoción al tráfico de migrantes cuando el sujeto activo procura el ingreso de la persona o las personas que son víctimas por lugares distintos a los controles autorizados; es decir, de manera deliberada el sujeto activo evita hacer pasar a dichas personas por los puestos de control formales, o en todo caso, hacen pasar a estas personas por dichos puestos de control, pero de manera fraudulenta. Un ejemplo de esta conducta es cuando se procura el paso por los controles migratorios fraguando documentos, suplantando identidades, procurando de ese modo inducir en error a las autoridades responsables del control migratorio.

El segundo supuesto normativo es el favorecimiento en la entrada o salida ilegal del país, para ello, nuevamente acudimos a la acepción de la palabra, conforme a la academia española de la lengua donde se entiende el “favorecer” como el ayudar o amparar a alguien, o el ayudar en el intento o en la empresa de algo; es decir, el favorecimiento significa la ayuda que se da para el ingreso o salida del país del migrante siempre de manera ilegal a través de diferentes modalidades de acuerdo al modus operandi que se venga utilizando en el lugar

Un tercer supuesto de hecho que recoge la norma es el “facilitar” el ingreso o salida del país de otra persona; en ese sentido, conforme a la academia de la lengua española, el facilitar es hacer fácil o posible la ejecución de algo. En ese sentido, deberíamos entenderla como cualquier acto que está dirigido a permitir o facilitar que una persona ingrese de manera ilegal a un país o permanezca de manera ilegal en un

país (RAE) a través de la participación de un intermediario o traficante quien proporciona al migrante información, documentos para su viaje, una identidad falsa, medios para de transportes formal como sería los vuelos comerciales, o medios de transporte informales a través de vehículos particulares o que circulan al margen de la reglamentación de tránsito. Conforme a la exposición de motivos de la Ley 27202 (1999) que introdujo los delitos contra el orden migratorio al estatuto Penal, facilitar es brindar asistencia en los cruces de fronteras, acogida y empleo en el país de destino, en la exposición de motivos se hace referencia a que el agente deberá producir el ingreso de la persona víctima del tráfico, por lugares distintos a los controles autorizados, olvidando que es posible que se haga pasar a estas personas por dichos puestos de control, pero de manera fraudulenta.

De lo reseñado, se tiene que la facilitación es un componente clave en este delito para que entren o salgan los migrantes de un país, y para ello se requiere el apoyo de otras personas, que generalmente laboran en los controles fronterizos quienes a cambio de alguna ventaja no dudan en colaborar con estas personas para su entrada ilegal.

Otra modalidad propia del tráfico de migrantes es el financiamiento, que significa el aportar dinero para la consecuencia de una empresa o un fin, es decir el sufragar gastos de una actividad, que en este caso sería las actividades del tráfico migratorio; este verbo no fue explicado ni desarrollado en la exposición de motivos por el legislador nacional; sin embargo, en la legislación colombiana se precisó que el financiar era otra forma de conducta punible en la descripción normativa de tráfico de migrantes, (UNODC Colombia, 2014, p. 47). Se considera que el espíritu de la norma es acometer contra las grandes mafias que se dedican a la explotación de aquellas personas que requieren entrar y/o salir de un determinado país, teniendo en cuenta que para desarrollar el injusto se requiere la inversión de dinero, y al reprimir estas conductas se estaría atacando realmente a los grupos criminales dedicadas a esta actividad,

La Organización Internacional para los Migrantes (OIM, 2012), en su informe sobre el tráfico migratorio describen la conducta que los sujetos activos pueden desarrollar, si bien estos supuestos no están descritos en el tipo penal; sin embargo,

resulta relevante teniendo en cuenta que los delitos migratorios son cometidos por organizaciones criminales, y ese supuesto se encuentra regulado como una circunstancia agravante. Así se pueden identificar como posibles comportamientos que pueden desarrollar los sujetos activos los siguientes:

El coordinador u organizador, que es la figura central ya que se encuentra a cargo de toda la operación de tráfico. Es la persona que ha de actuar de manera directa o puede contratar a otros. Supervisa la operación, gestionando personal, rutas, transporte y alojamiento. Obtener pruebas contra ellos es complejo, ya que no suelen participar directamente en los actos delictivos.

Los reclutadores, son los que promocionan los servicios y conectan a los traficantes con los migrantes. A menudo son independientes e interactúan con un traficante específico. Por lo general residen en los países desde donde empieza el tráfico y en algunos casos en los países de tránsito, hablan idiomas extranjeros y son claves por su habilidad para identificar y aprovechar la vulnerabilidad de las personas, a las que manipulan, desinforman, se encargan de cobrar a los migrantes por el transporte y la ayuda concreta que brindan.

Los transportistas o guías, son lo que llevan a cabo el componente operativo del tráfico, guiando y acompañando a las personas entre uno u otro país. Suelen ser varios individuos, por lo general uno por cada etapa del viaje. Su función será la de facilitar el cruce de las fronteras. Por lo general son naturales de las zonas por donde se realiza el tránsito y esa posición les permite explotar o maltratar a las personas que traslada afectando gravemente la reputación de los implicados.

Los observadores y mensajeros, son los que informan sobre los controles policiales, la presencia de los guardias fronterizos y militares; generalmente también hacen el viaje junto a los migrantes, pero lo hacen a cierta distancia del grupo traficado, ya que su función es alertar sobre posibles problemas.

Por su parte los ejecutores son los que se encargan de la protección del negocio ilícito. Utilizan amenazas o violencia contra las personas traficadas con la finalidad de conservar el control durante el traslado que por lo general puede involucrar a muchas

personas y además se encargan de cobrar las tarifas del tráfico.

Los proveedores de servicios e insumos son lo que reciben una parte de las ganancias por su colaboración en el proceso de tráfico. Sus servicios pueden ser contratados de forma puntual o continua. Por ejemplo, son dueños u operan embarcaciones utilizadas para traslado de los migrantes.

Al margen de los comportamientos antes detallados; también se debe mencionar el comportamiento de los funcionarios corruptos que aceptan sobornos, quienes si bien no están claramente vinculados con el delito, también pueden ser parte del comportamiento. En algunos casos, es posible que cometan estas conductas el o la policía de fronteras, los integrantes de las fuerzas armadas, el funcionario o funcionaria de la oficina de migraciones, el personal que labora en las embajadas o consulados, entre otros actores estatales. No se puede dejar de mencionar que, a lo largo del proceso de tráfico, hay personas que se encargan de dar hospedaje a migrantes y a los traficantes, a partir de ello, los propietarios o conductores de los hoteles o casas de acogida también serán responsables de proporcionar alojamiento a las víctimas del delito y los criminales.

El Protocolo contra el Tráfico de Migrantes y las normas penales de los países andinos también reconocen la participación y la complicidad en la comisión de este delito, y como tal también se les penaliza

d. El beneficio económico.

Uno de los elementos normativos del delito migratorio es el denominado beneficio económico, que sería en realidad el componente subjetivo; el propósito o finalidad a este tipo de conductas, como toda actividad criminal es alcanzar un beneficio monetario concreto; este elemento del tipo penal, permite delinear el límite de lo punible, descartando aquellas de ‘ayuda’ o simple ‘apoyo’ que si bien podrían encajar en la descripción típica del verbo ‘facilitar’, pero al estar motivadas por razones humanitarias o altruistas no podrían ser catalogadas como conductas criminales a la luz del Protocolo contra el tráfico de migrantes. En ese sentido el concepto de beneficio económico debe ser interpretado de manera amplia con la

finalidad de incluir cualquier forma de pago, ya sea a través de sobornos, recompensas, ventajas, privilegios, intercambio de propiedades o incluso servicios sexuales.

Por ello, a nivel nacional la Defensoría del Pueblo (2019) considera que el beneficio al que alude el tipo penal debe ser interpretado de una manera extensa, debiéndose incluir cualquier tipo de pago, recompensa o ventaja, donde puede incluirse cualquier cambio de propiedad incluso el intercambio de servicios sexuales. Conforme a la opinión de la comisión parlamentaria de justicia y derechos humanos en los proyectos N°s 108/2006 314/2006-MP y 513/2006-PE, proponían modificar la ley de trata de personas y el delito migratorio, donde “el comportamiento del tráfico ilegal de migrantes en su forma genérica, describe como móvil del delito, la obtención o provecho lucrativo u otro beneficio tanto directo como para terceros” (p. 21).

Es evidente que en el desarrollo del tráfico de migrantes, existirá siempre un acuerdo previo entre el traficante y el migrante, quien le hace la oferta de facilitarle el ingreso o la salida ilegal en un determinado país, a cambio de un beneficio económico, que puede ser financiero o material, este acuerdo que de manera implícita tiene la intención de obtener un beneficio económico, no necesariamente tiene que ser expresa, o requiere que se establezca en cláusulas respecto a las obligaciones de las partes; sino bastará que sea tácito, dado la naturaleza ilegal del acuerdo. Basta la existencia de la intención de procurar el beneficio, para que se configure el elemento subjetivo aun cuando el traficante no vea materializado su beneficio.

Se debe señalar que el ánimo de lucro es un componente normativo del tipo penal, y puede incluso considerarse como un elemento de tendencia interna intensificada, ya que el agente activo no busca desarrollar la acción típica establecida por el legislador, sino que además le confiere un sentido subjetivo específico, que no es otro que la obtención de beneficio económico.

2.3.6. Tipo subjetivo.

De la descripción típica establecida por el legislador, es evidente que la conducta delictiva en la esfera subjetiva del agente exige el dolo, es decir, el agente

debe tener conocimiento de la descripción típica y a pesar de ello tiene la voluntad consciente de promover, favorecer, financiar los actos de ingreso y salida de extranjeros a cambio de un beneficio económico, ya que los actos de tráfico, indudablemente están impulsadas por un ánimo de lucro. Teniendo en cuenta que este delito pretende cubrir las necesidades de un mercado negro que tiene que ser satisfecho, por lo general serán varios los sujetos que intervendrán en la comisión del tipo penal, lo que explica que este delito sea cometido por lo general por organizaciones criminales. Sin embargo, dado los antecedentes de la creación y la redacción del tipo de injusto la existencia del ánimo de lucro no es determinante para determinar la reprochabilidad de la conducta, ya que la simple ilegalidad administrativa en el acto de ingreso o salida del país burlando los controles migratorios, consuma el delito, a pesar que en el fondo resulta una inobservancia de actos administrativos. Una mera infracción administrativa no puede justificar la penalización de la conducta y más aún con las penas graves que prevé el legislador nacional.

2.3.7. Consumación.

Para la UNODC (2015) el tráfico de migrantes es un delito de mera actividad se perfecciona con el despliegue de la sola conducta del traficante, no se exige la materialización de un resultado concreto, se entiende que se comete el injusto con la presencia de un pacto o acuerdo entre el migrante y el traficante, con el fin de facilitar ya sea su entrada o su permanencia de manera ilegal, siempre a cambio de alguna ventaja económica; para su consumación no se requiere que el ingreso se materialice y que la permanencia sea constatada, tampoco que haya existido un efectivo beneficio. La UNODC cuando se ocupa del tema, de cara a la legislación colombiana señala que es importante entender que este delito se consuma por la mera realización de la actividad de facilitar la inmigración ilegal, sin que sea necesario que se concrete el objetivo final del proceso de tráfico, es decir su entrada ilegal, o la permanencia ilegal en el espacio territorial. El delito se consuma con el simple acto de facilitación, que puede comprender acciones como la organización de la logística para el traslado de personas, las coordinaciones que se tiene que hacer para conseguir el fin propuesto, el reclutamiento de las víctimas, el transporte de las personas, la provisión de documentos falsos para facilitar el traslado, el alojamiento ilegal de las personas en los

países de tránsito entre otros. (p. 29).

Este parecer lo comparte el autor nacional Peña Cabrera cuando conviene en que se trata de un delito de mera actividad, es por ello que sostiene que se debe rechazar la posibilidad de que sea un delito tentado, ya que no se puede identificar con propiedad actos anteriores que puedan develar una peligrosidad objetiva para el bien jurídico (Peña, 2010, p.173).

En consecuencia, el tráfico de migrantes se consuma, cuando el agente activo llega a ejecutar alguna de las acciones que han sido descritas como conductas típicas por el legislador nacional ya sea promoviendo, favoreciendo, financiando o facilitando la entrada o salida ilegal del país; es por ello que no se debe exigir la entrada o salida del ciudadano extranjero; bastará con acreditar que el comportamiento del agente sea idóneo o apto para desarrollar los verbos típicos que son reprochables penalmente, sin olvidar que el propósito del sujeto activo es la de obtener una ventaja económica en el marco de una participación delictiva, ya que el hecho de favorecer los actos ilegales de migración por sumas irrisorias será considerada como una conducta de imposible realización.

Al respecto Goite (2014) señala que el delito, según sus diversas formas, puede dar lugar a un resultado de peligro concreto cuando implica una amenaza inmediata al bien jurídico protegido, o bien produce un resultado material en el momento que se produce un daño efectivo sobre dicho bien (p.172), precisando que es necesario resaltar en que existe una tendencia en la doctrina en aceptar la concreción de tipos penales de peligro concreto teniendo en cuenta la propia naturaleza de los bienes jurídicos que son objeto de protección y la materialización de la conducta desplegada por el agente, es decir asume la postura que el delito migratorio es un delito de peligro, consecuentemente no es necesario que se produzca un resultado, ya que el solo hecho de dar inicio a los verbos rectores ya da por consumado el delito.

2.4. Circunstancias agravantes.

Las agravantes en realidad son las circunstancias modificatorias de responsabilidad y constituyen aquellos datos accidentales de los que no depende la

existencia del delito, sino que tienen incidencia en la necesidad de sancionar conductas que se consideran mucho más graves, o que el desvalor del resultado causa mayor rechazo de la colectividad y por tanto, merecen mayor reproche; estas circunstancias modificatorias pueden afectar el ámbito de la antijuridicidad haciendo más reprochable la conducta, otras circunstancias afectan a culpabilidad y en algunos casos afectan a la punibilidad.

El estatuto penal en el artículo 303-B, establece circunstancias agravantes en las que puede incurrir el sujeto activo. Se aprecia que el legislador nacional ha precisado dos tipos de agravantes.

a. *Agravantes de primer nivel*

Entre las agravantes de primer nivel, se tienen aquellas conductas que son sancionadas con penas por encima de los cinco años, y por debajo de los ocho años privativa de libertad, así como con una pena accesoria consistente en la inhabilitación consistente en la privación del ejercicio de una función y cargo público, la incapacidad para obtener cargos de carácter público, la suspensión de derechos políticos y la incapacidad para ejercer profesión u oficio; estas penas se aplican cuando el delito sea cometido por el sujeto que tiene cualidades especiales con relación a la víctima e incluso puede significar que se le inhabilite para el ejercicio de la patria potestad o la tutela según sea el caso

En ese sentido la ley penal ha establecido varios supuestos normativos que describen conductas que incrementan la punibilidad, en el delito migratorio, que desarrollaremos a continuación.

a.1. Abusar de la posición de funcionario público

La primera agravante establecida en el primer párrafo del artículo 303-B del código sustantivo, está referido a que el acto de tráfico de migrantes, es cometido por el agente al momento de cometer el delito abusa de la función pública que viene ejerciendo; esta agravante hace referencia a una cualidad especial que debe ostentar el sujeto activo, referida a que debe tener la condición de funcionario público. La

agravante tiene sustento en el prevalimiento del que puede hacer uso el funcionario que desarrolla actividad pública, si bien la norma no lo dice, pero entendemos que se trata de un funcionario que labora en la sección de migraciones del Estado Peruano o en todo caso, tiene que ser algún funcionario que éste relacionado con aspectos migratorios. Con acierto se señala que no basta que el agente tenga la posición de servidor o funcionario público vinculado a temas migratorios, sino que se exige que cometa el delito aprovechando de dicha condición, ya que, si se diera el caso de que comete la infracción penal en su tiempo libre o cuando se encuentra de vacaciones, sin aprovecharse de su condición especial, deberá responder únicamente por el tipo base.

La agravante tiene una justificación funcional, ya que se espera que el servidor público vinculado a temas migratorios tengan el deber de garantizar la observancia y respeto de las normas establecidas por el Estado sobre materia migratoria, especialmente las normas referidas al control, el ingreso y/o salida de extranjeros del territorio patrio; es lógico que en estos funcionarios surja el deber de exigir a los ciudadanos extranjeros el cumplimiento de los requisitos señaladas en las normas migratorias, empero la inobservancia o la infracción de este deber, hará que su conducta sea reprochable penalmente en doble medida, ya que por un lado, infringe sus deberes funcionales que le son inherentes por su condición, y por otro lado, vulnera las normas que busca eliminar el tráfico de migrantes.

a.2. La pertenencia a organizaciones sociales.

Una segunda agravante de primer grado está referida al hecho de que el sujeto activo se aprovecha de su condición de promotor, o en su caso de integrante de una organización social, tutelar o empresarial, al momento de cometer el delito; o incluso aprovechando su condición de representante de estas organizaciones. Esta agravante se puede ejemplificar claramente con un caso de una cantante de música criolla que se hizo público. La cantante, aprovechando las presentaciones musicales que tenía en los Estados Unidos, aceptaba dineros de parte de la productora musical para llevar personas a dicho país haciéndolos pasar como músicos, personas que indudablemente nunca retornaban al Perú, es decir, aprovechando su actividad empresarial perpetraba delitos migratorios. La misma conducta puede ser cometida por los titulares de organizaciones empresariales dedicadas a las actividades turísticas, las asociaciones

culturales o deportivas que muchas veces son invitados a otros países para hacer sus presentaciones.

El otro supuesto se da en aquellas organizaciones gubernamentales o privadas que se dedican a colocar menores de edad en hogares de acogida cuando se encuentran en estado de abandono, estos hogares por lo general se encuentran en países de destino y aprovechan la circunstancia de ser entidades benéficas que desarrollan sus actividades con fines altruistas, para posibilitar la salida ilegal del país.

Para que se materialice esta agravante no basta que se acredite la existencia de la organización, sino que el sujeto o sujetos activos deben valerse de la misma aprovechando su influencia o recursos de la organización para lograr su cometido criminal.

a.3. Pluralidad de víctimas

Conforme señala Peña (2010), la norma quiere sancionar con severidad la afectación colectiva de las normas migratorias y fundamentalmente el poner en peligro la integridad de los migrantes ilegales, para ello, bastará con constatar objetivamente la concurrencia de varias personas que son objeto de salida o ingreso ilegal por parte de los traficantes. En realidad, esta agravante no resulta ser muy operativa ya que las personas dedicadas al tráfico de migrantes no lo hacen de manera aislada, sino que su labor es posibilitar la entrada y salida de la mayor cantidad de personas, lo que puede considerarse como la comisión de varios delitos a la vez al presentarse un concurso real homogéneo, lo que podría implicar que se sumen las penas de cada uno de los delitos conforme a lo regulado en el artículo cincuenta de la parte general del estatuto penal; sin embargo, teniendo en consideración que se trata de una misma voluntad criminal, es lógico considerarlos como un único delito, en los términos de un concurso ideal de delitos. Sin embargo, no se debe dejar pasar por alto que esta agravante parece que fue trasladada de los delitos de tráfico de personas sin mayor análisis.

a.4 Edad de la víctima

Esta es otra agravante que también ha sido trasladada del tipo penal de trata

de personas. Esta circunstancia modificatoria de responsabilidad tiene su razón de ser, en el hecho de que cuando el sujeto objeto de tráfico resulta ser una adolescente, es decir mayor de los catorce años, donde el traslado por los pasos fronterizos burlando los controles migratorios se hace más riesgosa dada a la edad del traficado, quien por su falta de madurez puede generar dificultades al momento de evadir los controles; es evidente que dada su edad representan una mayor vulnerabilidad de cara al complejo entramado que representa cada modalidad de tráfico de personas, por ello, en el traslado ilegal de adolescentes es más probable que se afecten sus derechos fundamentales, aspecto que no puede pasar por alto, por lo que el legislador considera que se incrementa el desvalor de la acción, lo que motiva y justifica que la pena tenga que ser incrementada.

Al respecto Goite (2014) señala que el establecimiento de esta agravante, se justifica en la especial vulnerabilidad de este grupo etario y como tal requiere de una mayor protección normativa; sin embargo, al mismo tiempo se exige que el agente tenga pleno conocimiento de la minoría de edad de la víctima, pues de lo contrario, podría presentarse lo que se llama el error de tipo. (p. 170).

En su supuesto que la víctima sea una persona incapaz, la norma hace referencia a una circunstancia especial donde la víctima puede ser vulnerable por presentar una enfermedad, o alguna situación especial como una discapacidad, como por ejemplo cuando la persona que es sujeto de tráfico, sufre de alguna incapacidad física o mental, que representa una condición de vulnerabilidad ya que en el proceso de tráfico ilegal el peligro será mayor. Sin embargo, esta agravante representa un problema en cuanto a la diferenciación que se quiere hacer con el tipo penal base, ya que precisamente se sancionan los actos de tráfico en vista de que sujetos al margen de la ley aprovechando la situación de vulnerabilidad del potencial migrante, les ofrecen sus redes de tráfico para posibilitar su entrada y salida; consecuentemente para que concurra esta agravante el traficado debe estar en una especial situación de vulnerabilidad que incremente la posibilidad de que pueda sufrir mayores perjuicios acrecentando la contingencia de ser sometido a actos de violencia, amenaza o intimidación a través de medios fraudulentos o actos de abuso que hacen que se incremente el desvalor de la conducta.

a.5. Pluralidad de personas.

Una quinta agravante está referida a que los actos de tráfico ilegal de migrantes sean cometidos por dos o más personas; la Corte Suprema en Casación N° 1150-2019-Ica (2022) desarrollando esta agravante ha precisado que el concurso de más de dos personas durante el desarrollo de la acción criminal incrementa la peligrosidad de los agentes y ello genera mayor riesgo para la vida o integridad de la víctima; convirtiéndose este incremento de peligrosidad en el fundamento sobre criminalizador. Sin embargo, como bien anota Peña (2010) no debe confundirse esta agravante con la presencia de una organización criminal cuyo plan criminal es cometer este tipo de delitos, ya que para que se dé dicha circunstancia modificatoria de responsabilidad se requiere la concurrencia de otras condiciones que más adelante se desarrollara. La jurisprudencia nacional ha señalado en reiterados pronunciamientos que no debe confundirse la agravante de la participación de más de dos personas, con la concurrencia de algún cómplice ya sea primario o secundario ya que se entiende que los cómplices tienen un grado de participación menor en el desarrollo de los actos de tráfico y no tienen bajo su control el dominio del hecho; lo que significa que se presenta la agravante cuando varios imputados actúan a título de autores o coautores del hecho, es decir todos tienen dominio del hecho, previo reparto de roles o acuerdo de voluntades para la distribución de tareas.

a.6. Por la calidad del agente

Esta última agravante establece el incremento de la necesidad de pena cuando el agente activo del delito se aprovecha de su condición de cónyuge o conviviente de la víctima o incluso cuando tiene un deber especial de cuidado como tutor, curador, adoptante, o cuando tiene relaciones de consanguinidad hasta de cuarto grado o segundo de afinidad, también cuando la víctima se encuentra bajo su protección por cualquier motivo o incluso cuando vive en el mismo lugar en el que vive el autor del delito. Esta agravante tiene su justificación dado que es posible que un familiar del traficado aprovechando la necesidad que tiene de salir o ingresar del país y poder dirigirse al país de destino, le surge una posibilidad de procurarse de ingresos económicos y coloca en una situación de riesgo al migrante que es su familiar, esta conducta se hace más reprochable dado que el sujeto activo no solo busca vulnerar las

normas migratorias sino que aprovechando de su cercanía con el migrante por su condición de familiar, ejerce control sobre el comportamiento de la víctima a consecuencia de la estrecha relación; esta agravante también es propio del delito de trata de personas.

Díaz (2014) pone el ejemplo de aquellos padres de un menor o adolescente que en situación de pobreza recibe una cantidad de dinero a cambio de trasladar al menor a otro país para que sea explotado laboralmente o incluso sexualmente, o de cualquier otra naturaleza, recibiendo una cantidad de dinero por ello, o en todo caso, no hace nada para evitar la comisión del delito. En la realidad nacional puede darse el caso que alguna persona que haya logrado trasladar a otro país a un familiar, desarrolla acciones para favorecer la salida ilegal de otro miembro cercano de la familia a fin de que pueda tener mejores posibilidades de desarrollo personal en otro país, pero desarrolla dicha labor a cambio de una ventaja económica; en este caso se tiene que demostrar que el familiar tuvo la intención de obtener un beneficio económico como primera intención más allá de ayudar a su familiar.

b. Agravantes de segundo nivel.

Son aquellas circunstancias que aumentan en mayor medida la responsabilidad criminal, en ese sentido se aprecia que, en el delito migratorio, se han establecido cuatro supuestos que le dan mayor gravedad a la conducta. En estos supuestos el legislador ha previsto penas por encima de los veinticinco años, dado que son conductas que generan mayor repulsión social.

b.1. Muerte o lesión de la víctima

Esta agravante es una circunstancia específica objetiva que afecta las consecuencias del delito, ya que la pena será mayor cuando se produzca el fallecimiento de la víctima, precisamente producto de los actos de tráfico, o cuando a consecuencia del tránsito irregular, haciendo uso de las diferentes modalidades de tráfico el sujeto pasivo resulte con lesión graves que ponga en grave peligro su vida o su seguridad. Un ejemplo lo vemos en los casos donde las víctimas a fin de cruzar las fronteras tienen que hacer uso de vías no habituales como cruzar ríos caudalosos sin

las medidas de seguridad necesaria como es el caso del paso del Tapón de Darién en Panamá, o cuando tienen que abordar embarcaciones ya sea marítimas o aéreas, sin que sea de conocimiento de los tripulantes como es el caso de los polizones. Se ha visto que a fin de cruzar fronteras algunas veces las personas son ingresadas en contenedores. Un ejemplo descriptivo es la noticia recogida en el diario internacional El País (29 de octubre del 2022) que informa sobre siete personas de origen árabe que el 25 de julio del 2020, subieron en Serbia a un contenedor que transportaba fertilizantes, con la esperanza de llegar a Italia por vía férrea, sin embargo, el contenedor fue transportado a Croacia, desde donde fue embarcado vía marítima hacia Sudamérica habiendo llegado hasta Paraguay, el 19 de octubre luego de tres meses, recién se descubrió la presencia de los cadáveres de los migrantes árabes. Este tipo de noticias se repiten constantemente a nivel regional y mundial.

b.2. Por los medios utilizados.

Esta agravante hace referencia a los medios utilizados para los actos de tráfico, cuando las condiciones de estos ponen en grave peligro la integridad física o psíquica de las víctimas. Si bien en algunos casos los traficantes, pueden usar medios de transportes que no ponen en peligro a los traficados como el uso de transporte público donde a través de la suplantación de identidad trasladan a los traficados, incluso hacen uso de embarcaciones de lujo a fin de evitar las inspecciones de las autoridades; por lo general, los traficantes hacen usos de medios de transporte que ponen en riesgo la integridad de las personas. Un ejemplo claro son las balsas precarias que utilizan ciudadanos cubanos para arribar a las costas de Norteamérica, o las embarcaciones precarias con escasa capacidad de carga a los que abordan ciudadanos africanos para cruzar el mediterráneo y arribar a las costas europeas, donde la desproporción entre la capacidad de carga de estas embarcaciones, hacen que muchas veces los ocupantes hayan terminado en el fondo del mar.

En la realidad peruana esta modalidad podría darse cuando ciudadanos haitianos, cubanos, asiáticos etc., usan el país como lugar de tránsito y a fin de evitar pasar por los controles migratorios, son embarcados en camiones de carga para que se confundan con la mercadería que transporta estas unidades vehiculares, o cuando para cruzar la frontera Perú Boliviana se hacen uso de embarcaciones rudimentarias para

cruzar el lago Titicaca; incluso cuando se utilizan pasos peatonales controlados por organizaciones criminales que aprovechando la falta de control facilitan la salida o el ingreso de las víctimas, atentando no solo su vida, sino también su patrimonio, ya que muchas veces son victimase robo de sus pertenencias.

Esta es un agravante que no requiere resultado, al ser una modalidad de peligro basta que el medio utilizado, incrementen los riesgos a la vida de las víctimas para que se materialice el injusto penal.

b.3. Por la particularidad de la víctima.

Esta es otra circunstancia modificatoria de responsabilidad de segundo grado, que se encuentra prevista en el numeral 3, cuando la víctima resulta ser una menor de edad, es decir niños menores de catorce años o padecen de alguna discapacidad física o mental ya sea temporal o permanente.

Al igual que ocurre con la agravante de primer grado referida al tráfico de personas sobre adolescentes, consideramos que esta agravante se justifica en la especial vulnerabilidad del menor, ya que cuando hablamos de menores de catorce años, es evidente que nos estamos refiriendo en realidad a niños o niñas que vienen siendo objeto de tráfico, es decir vienen siendo trasladados de un lugar a otro, y muchas veces, los propios familiares hacen entrega de sus hijos a las redes criminales a fin de que se encarguen de llevarlos al lugar de destino; al ser personas vulnerables requieren de una mayor protección jurídica y cualquier afectación a su integridad independientemente de los delitos que se pudieran cometer. Para que se configure esta modalidad de tráfico, señala Goite y Medina (2012. p 170) que se exige al traficante debe tener perfecto conocimiento de la minoría de edad de la víctima, caso contrario se presenta una circunstancia eximente o atenuación de la conducta, es decir, el sujeto tiene que saber que está trasladando, acogiendo o facilitando la salida o ingreso al país de menores de edad o de una persona que sufre una discapacidad física o mental.

b.4. Integración de una organización criminal.

Esta última circunstancia agravante lo que busca es combatir a las empresas del crimen teniendo en cuenta que la magnitud de sus actividades, encarnan una amenaza para la seguridad de los Estados. (Peña, 2010. p 181). Es este supuesto es de aplicación para efectos procedimentales los alcances de la ley 30077 de agosto del 2013 y su posterior modificación por el Decreto Legislativo N° 1244, donde de manera expresa se contempla que esta agravante se puede aplicar a diferentes tipos penales y a cualquier otro delito que se hubiere cometido en concurso con otros delitos. Nos encontramos ante una organización criminal, cuando se trata de una agrupación estable en el tiempo que está conformada por más de tres personas, que tienen una determinada estructura que por lo general es compleja, donde sus integrantes se reparten diversas tareas, quienes despliegan sus funciones en un determinado ámbito de acción, quienes tienen como finalidad cometer delitos de tráfico de migrantes en sus diversas formas.

Conforme al Acuerdo Plenario N° 01-2007-SPN (2017) del 05 de diciembre del 2017, los jueces integrantes de la Sala Penal Nacional precisaron los elementos mínimos de una estructura criminal, señalando que la misma debe contar con los siguientes elementos. Debe contar con una elemento personal, lo que significa que la organización siempre debe estar conformada por mas de tres individuos; debe contar con un elemento temporal, es decir, debe ser una grupo estable o permanente en el tiempo; debe contar con un elemento teleológico, es decir, debe contar con todos un programa criminal que lo ejecuta en el presente y con proyección al futuro; por otro lado debe contar con un elementos funcional referida a que dentro de la agrupación existe un reparto de roles donde cada integrante tiene designado un papel a desarrollar; y finalmente todos estos componentes deben estar articulados, lo que se conoce como elemento estructural.

Se precisa además que la existencia de la estructura de la organización, se debe inferir a través de las labores conjuntas que desarrollan sus integrantes, es decir debe constatare coordinaciones entre un nivel y otro que conforma la estructura. Agregando este acuerdo plenario que la organización puede presentar estructuras verticales, horizontales o puede adoptar otras formas elásticas. Un dato a tomar en cuenta, es que la intervención de los integrantes puede ser temporal, aceptándose también que esta integración pueda ser aislada, siempre que esté orientada a la

consecución de sus objetivos criminales.

Desde la Convención de Palermo se ha entendido que el tráfico de migrantes, es un delito propio de las organizaciones criminales internacionales, ya que estos grupos criminales para que puedan operar requieren de redes internacionales que a su vez requieren de redes nacionales que también pueden constituir por sí, organizaciones criminales propias.

Si bien la política migratoria nacional inicialmente tenía su enfoque en atender a los ciudadanos peruanos residentes en el exterior; sin embargo, en recientes años, se ha constatado un alto flujo de ciudadanos haitianos, que cruzan diversos países hasta llegar a Brasil, y de ahí pasar al Perú con la finalidad de llegar al hemisferio norte, lo que evidencia que los mecanismos de la delincuencia transnacional relacionados a la trata de personas y el tráfico de personas, han ido en aumento en nuestra región (Defensoría del Pueblo, 2019), p. 9). Por ello, entendemos que este delito es un típico caso de delitos cometidos por grupos criminales, que tienen una característica común referida al compartimentaje de sus actividades.

2.5. Diferencias entre delito migratorio y trata de personas

Es común que muchas veces se confundan los actos de tráfico de migrantes con los actos de trata de personas, incluso algunas personas las pueden usar como sinónimos, a pesar de que ambos fenómenos contienen presupuestos diferentes. La trata es aquella forma de explotación a la que es sometida una persona con la finalidad de obtener una ventaja económica de la propia víctima, como es el caso de la servidumbre por deuda, la explotación sexual y laboral, la mendicidad forzada, exigiéndose la concurrencia de tres elementos necesarios como es la acción consistente en captar a las personas para que sean sometidas a explotación, los medios a utilizar como puede ser diversos como los engaños, la violencia o el abuso de la vulnerabilidad de la víctima, y finalmente la explotación propiamente dicha. Mientras que en los delitos de tráfico de migrantes lo que se sancionan son los actos destinados a posibilitar el tránsito ilegal de las fronteras. La OIM señala que se puede decir que el tráfico de personas atenta las leyes del Estado relacionadas al ingreso de extranjeros, posibilitando que se ingrese irregularmente, mientras que la trata de personas ataca los

derechos humanos de las personas.

Presentamos un cuadro de diferencias a partir de los aportes de Peña (2010) y la propuesta presentada por Querol (2016),

Cuadro 1

	Tráfico de migrantes	Trata de personas
Bien jurídico	Orden migratorio del Estado	Libertad de las personas derechos humanos
Finalidad	Llegada de los migrantes a su Destino	Explotación de las personas en sus distintas formas
Motivo económico	El precio pagado por el migrante ilegal	Producto obtenido con la explotación de la víctima
Transnacionalidad	Siempre es transnacional, implica el cruce de fronteras	Puede ser nacional o internacional
Consentimiento	La regla general es el consentimiento libre y voluntario del migrante.	El consentimiento de la víctima se encuentra viciado por diferentes medios utilizados por el agente como engaño, coacción entre otros
Por la violación de normas	Se violan las leyes de Migración	Se cumplen las leyes migratorias para lograr el traslado
	Se vulneran leyes del Estado y su soberanía	Se violan las leyes de migración
Por los ofrecimientos	La oferta de la red criminal es lograr el ingreso de la persona, en el país de destino	Se ofertan un buen trabajo, estudios u otros, pero son sometidas a explotación.
	El migrante tiene capacidad de movimiento	Las víctimas están privadas de su libertad
	La víctima contacta a los Traficantes	Los tratantes contactan a las víctimas.

2.6. Legislación comparada.

Teniendo en cuenta que el delito migratorio, generalmente es cometido a través de organizaciones criminales, donde las redes criminales desarrollan los actos de tráfico en diferentes espacios geográficos. Empiezan en el país de origen del traficado, desde donde se emprenderá el tránsito ilícito; en el país de tránsito, es decir en el país o países por donde se desplaza el traficado; en el país de destino, que es el destino final del traficado. En todo este proceso, se han de cometer distintas conductas típicas del delito migratorio; de tal suerte que es posible de atenten diferentes ordenamientos jurídicos, por lo que corresponde verificar si en estas violaciones de la ley, vulneran el mismo bien jurídico; para ello a continuación, vamos a analizar las legislaciones de los países vecinos con la finalidad de identificar los bienes jurídicos que se busca proteger en cada una de estas legislaciones y verificar si existe coherencia normativa, teniendo en cuenta que la legislación sobre tráfico de migrantes tiene su origen común en el Protocolo de Palermo, del cual son suscribientes.

Chile.

En la República de Chile, ocurrió un fenómeno similar al ocurrido en el Perú. Luego de la suscripción del Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de los trabajadores Migrantes y la de sus familiares, promulgado en Chile en el 2005 a través de la Ley 20507 del 01 de abril del 2011, donde se tipificaron los delitos de tráfico de migrantes y el delito de trata de personas y se establece legislación para su prevención, y con la finalidad de para hacer más efectiva la persecución criminal, estas normas regulan el delito migratorio, donde se recoge las definiciones dadas por los convenios internacionales y las figuras agravantes. A través de este marco normativo se ha introducido el delito migratorio, que reprime la conducta del agente que con ánimo de lucro facilita el ingreso ilegal de personas que no tenga la condición de nacional o residente, y en su defecto facilita el ingreso de estas personas (Código Penal de Chile, artículo 411 bis, 2011)

Conforme a la Sub secretaria del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2019) se pueden distinguir tres figuras penales que se encuentran contenidas en el artículo 441. Como tipo básico se establecen conductas de promoción o de facilitación

de la entrada ilegal en el país de no residentes, es decir extranjeros, siempre con ánimo de lucro. En sus formas agravadas se precisan las mismas conductas del tipo base, estableciéndose como criterio que incrementa la punibilidad cuando se pone en peligro la integridad física, la salud o la vida del sujeto traficado; y otro supuesto agravado hace referencia a que se comete el delito por un sujeto especial, es decir cuando es cometido por funcionario público, precisándose que esta agravante opera aun cuando se hubiese cometido el acto de tráfico sin ánimo de lucro.

Además, la legislación chilena prevé otros supuestos, en el artículo 411 ter, se reprime las conductas que las personas que comente el delito sobre personas a fin de que estas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero; se tiene también el artículo 411 quáter que contiene otra agravante que en realidad es propio del delito de trata de personas. Por su lado, el artículo 411 quinquies, señala que se incrementan las penas cuando los sujetos activos se asocien u organicen con el objeto de perpetrar algunos de estos delitos; es decir, las que corresponden a las asociaciones ilícitas, donde se establecen penas desde mínimas de cinco, ni mayores de veinte años para los líderes, y penas de hasta quince años para los integrantes. Es decir, cuando el tráfico de migrantes lo comete el sujeto activo como líder o integrantes de una organización criminal, el marco punitivo se incrementará.

Respecto al bien jurídico, en un reciente trabajo Gajardo (2020) con ocasión de interpretar la conducta de “entrada ilegal” como elemento normativo del tipo penal referido al tráfico de migrantes en la legislación chilena, ha señalado algunas tesis sobre el bien jurídico protegido. Por un lado, hace referencia a la tesis que considera que el bien jurídico es el control de fronteras o sistema migratorio o flujos migratorios; sin embargo, no deja de mencionar que existen otras posiciones que se decantan por la tesis de la protección de la integridad moral o la dignidad de las personas y por último las tesis que entienden que se salvaguardan los derechos de los extranjeros, con sus propias consecuencias interpretativas.

Analizando la interpretación realizada por la Corte Suprema de la nación chilena, se señala que se trata de un delito pluriofensivo, porque además del control migratorio protege la seguridad individual y la libertad personal de las personas sometidas a estas conductas ilícitas, que tiene su fundamento en la dignidad de la

persona humana.

Entonces podemos apreciar que no existe uniformidad en la doctrina chilena respecto al bien jurídico, que se busca resguardar. En base a ello Gajardo (2020) precisa como conclusión que la falta de claridad sobre cuál es el bien jurídico, es resultado de no aceptar que sea el sistema migratorio en su forma básica lo que se busca proteger, y por otro lado, de buscar una justificación penal más aceptable que este bien colectivo, ha generado diversas interpretaciones sobre lo que constituye el "ingreso ilegal. Esta divergencia de interpretaciones podría persistir hasta que se resuelva esta discusión fundamental (P. 104)

Respecto a la incidencia del delito migratorio en la República de Chile, la encontramos en los datos que brinda el Ministerio del Interior (Gobierno de Chile, 2019), donde se aprecia que en el periodo comprendido entre el 2010 al 2017 se llegaron a judicializar 82 casos de tráfico de migrantes, donde el 64% de las personas procesadas eran de nacionalidad dominicana, luego le seguían colombianos con el 12% y con porcentajes menores, peruanos, haitianos, argentinos entre otros; es decir es un delito cometido generalmente por extranjeros, lo que significa que Chile es utilizado como país de tránsito por los grupos criminales dedicados a estas actividades ilícitas.

Argentina.

Bajo la misma tendencia, en la República de Argentina se tomaron medidas con la finalidad de adecuar su normativa interna al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, instrumento internacional complementario de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, promulgando la Ley de Migraciones N° 25.871 de enero del 2004. Sin embargo, a pesar que el protocolo señala de manera clara que el tráfico de migrantes tiene como propósito fundamental buscar un beneficio económico o material, se aprecia que la legislación migratoria argentina no ha estableció el fin lucrativo como finalidad de parte del traficante.

La norma penal argentina reprime la conducta del sujeto activo que actos de promoción o facilitación del tráfico de personas en forma ilegal, ya sea a través del

tránsito con destino a la República Argentina, debiéndose entender la conducta que estos actos de facilitación o promoción se haga con el fin de cruzar los límites fronterizos, con la finalidad de obtener un beneficio de manera directa o indirecta. (Ley de Migraciones N° 25.871, artículo 116, 2004)

Apreciamos que el tipo penal no contiene, referencias claras a la finalidad lucrativa del delito, tampoco hace referencia a que se trata de un delito propio de la criminalidad organizada. Sandhagen (2021) señala que la legislación argentina considera que el bien jurídico en este delito debe entenderse como el interés estatal en mantener en forma clara el orden migratorio, la misma que no se tiene que hacer a costa del inmigrante ilegal. En suma, precisa que la legislación penal migratoria lo que pretende es proteger la administración, así como al extranjero, no siendo incompatibles la protección de ambos intereses. De ello se puede establecer que la legislación argentina considera, que estos delitos únicamente ponen en peligro la administración pública a cargo de los procesos migratorios, y, por otro lado, a las personas que son víctimas de los traficantes, sin hacer mayor referencia que estos delitos podrían afectar la seguridad pública.

Colombia

En la legislación colombiana, el tráfico de migrantes fue incorporado en su Código sustantivo en el año 2000, en el artículo 188, describiendo las conductas de promoción, inducción, constreñimiento, facilitación, o colaboración para la entrada o salida del país; posteriormente a través de la ley n° 747 sufre una modificatoria agregando el verbo financiamiento y un componente subjetivo referido a la intención de obtener lucro a través de cualquier provecho económico. (Código Penal Colombiano, Artículo 188).

El delito se encuentra dentro de los tipos penales que afectan la libertad individual, que es parte del capítulo referido a los delitos que atentan la autonomía de la voluntad. En ese sentido el bien jurídico en estos delitos es la “libertad individual” entendida como aquella que se presenta como un instrumento y a la vez un objetivo; un método y una finalidad; aquello con lo que se consigue algo y, simultáneamente, lo que se alcanza o se puede alcanzar. Es un bien jurídico por sí mismo y, a la vez, la

condición esencial para la existencia, el reconocimiento y desarrollo de otros bienes jurídicos. En ese sentido la dogmática colombiana entiende que la libertad consiste en la facultad de decidir con conocimiento, es decir implica la capacidad de elegir y razonar nuestras predilecciones, es evidente que esa facultad de decisión puede orientarse hacia lo lícito o lo ilícito, dependiendo del nivel de conciencia del individuo y de sus interacciones con su entorno. (Pérez, 1971. p.307).

Conforme a sus lineamientos dogmáticos, se establece que el tráfico de migrantes es de peligro abstracto, donde no se busca sancionar la vulneración del bien jurídico propiamente dicho, sino basta la puesta en peligro efectiva del mismo. La jurisprudencia colombiana a través de su más alto tribunal de justicia en sentencia 25465 del 12 de octubre del 2006 ha señalado que, sin lugar a dudas, el delito migratorio se trata de un delito pluriofensivo, ya que, si bien el legislador colombiano considera que se pone en peligro la autonomía y libertad del individuo traficado, no es menos cierto que también ataca la soberanía del Estado, teniendo en cuenta que significa la violación de las normas legales que reglamentan el ingreso y salida del país. A pesar de ello, el legislador colombiano ejercitando las facultades de decidir la política criminal, al ocuparse del del tráfico de migrantes consideró darle mayor prevalencia a la autonomía personal como bien jurídico (Corte Suprema Sentencia 25.465, 12 de octubre del 2006)

Ecuador.

En el país ecuatoriano, se sabe que el delito migratorio fue introducido por la ley de reforma del Código Penal del 2000, que lo reguló en el artículo 440-A de su Código Penal, no como un tipo propio, sino como una modalidad agravada del delito de estafa cuando establecía sanciones a conductas defraudatorias que se cometía en casos de migrantes ilegales. Norma que mereció modificaciones en el año 2002 y 2006. Actualmente se encuentra vigente el Código Orgánico Integral Penal a partir del 10 de febrero del 2014, donde se modificó nuevamente el tráfico de migrantes, el mismo que recoge los aportes del Protocolo sobre tráfico de personas.

El delito ha sido tipificado como aquella conducta donde el agente con el propósito de conseguir de manera directa o indirecta un beneficio económico,

desarrolla actos de promoción, captación, acogida, facilitación, inducción, financiamiento, colaboración, participación en relación a la migración ilícita ya sean de nacionales o extranjeros, actos que pueden hacerse desde el territorio ecuatoriano hacia otros países o viceversa. También se sanciona a los dueños de los medios de transporte e incluso a las personas que son parte de la tripulación quienes con conocimiento están encargadas de las operaciones de tráfico. Se incrementa el marco punitivo cuando los actos de tráfico se cometen sobre niños o adolescentes, también cuando se causa la muerte de la víctima. También la persona jurídica puede ser sancionada con su extinción, si se determina su participación. (Código Penal Ecuatoriano, artículo 213, 2014)

De la redacción del tipo penal, se aprecia que el tráfico de migrantes es un delito clandestino que pretende evitar el control migratorio facilitando documentos falsos, o transportando personas fuera del país, puede ser ejecutado por una persona o por varias, siempre con el fin de obtener beneficios, a través de los diferentes medios descritos en el tipo penal, siendo el destinatario de estas conductas las personas ya sean nacionales o extranjeros. Se observa una tendencia a maximizar la violencia de las penas, calificándolo como un delito que afecta los derechos a la libertad; la nota característica de ese delito estriba en que se materializa por un acuerdo de voluntades entre el potencial migrante y el traficante.

Respecto al bien jurídico protegido Faican (2016) señala que desde una óptica constitucional los bienes jurídicos son finalidades que han de ser útiles para el individuo, es decir son circunstancias que permiten su libre desarrollo, bajo la vigencia de un sistema social global estructurado; y sobre la base de ese ideal, de procurar el resguardo de esos fines o con la finalidad de procurar el funcionamiento del propio sistema; por otro lado, agrega que la doctrina, especialmente la internacional, no es unánime al momento de identificar el bien jurídico en esta materia.

Faican siguiendo a Barber Burusco (2002) señala que existen hasta tres posiciones. La primera defiende como bien protegido los derechos de los ciudadanos extranjeros; la segunda que sostiene que el bien jurídico, es la ordenación y el control de las oleadas migratorias por parte del Estado, labor que corresponde al ámbito netamente administrativo. Y finalmente una tercera teoría es la de carácter dualista que

señala que lo que se protege es el control de los flujos migratorios y al mismo tiempo los derechos de los migrantes; agrega que los bienes jurídicos tutelados no estarían afectados en circunstancias que el migrante irregular se encuentra dentro del país receptor, sino que la afectación se produce en el momento que se produce el traslado o el tránsito fronterizo internacional entre un país a otro, en ese sentido se afectan por un lado la salud, la vida, que han de poner en peligro la realización de la dignidad humana. Cuando el ordenamiento legal busca proteger los flujos migratorios, es porque se entiende que la entrada ilegal de migrantes eventualmente pondría en peligro la soberanía del Estado, y la protección de estos bienes permitiría el sostenimiento del sistema económico y social del país receptor. De lo señalado se aprecia que al haber sido ubicado el delito migratorio en los delitos contra la seguridad pública, el legislador considera que busca salvaguardar bienes jurídicos pluriofensivos.

Cuba.

Es importante hacer una reseña sobre el tratamiento legislativo que le brinda la legislación cubana al tráfico de migrantes, teniendo en cuenta que es uno de los países que ha venido siendo utilizado como país de paso para el tráfico migratorio. El Código Penal Cubano lo regula como delito contra el normal tráfico migratorio, figura penal que fue introducida antes de que fuera aprobada el convenio internacional sobre Delincuencia Organizada.

Su regulación se encuentra previsto en el artículo 347 de su legislación penal; donde claramente sanciona dos tipos de conductas, en primer lugar que la persona sin contar con la debida autorización pero con fines lucrativo se dedique a organizar o promover la entrada en el territorio cubano de personas se entiende extranjeras con la finalidad que emigren a terceros países; de igual modo sanciona con la misma pena a las personas que se encargan organizar o promover la salida del territorio cubano con destino a terceros países, siempre con un fin lucrativo. Estas conductas tienen sanciones entre los siete a quince años de privación de la libertad. (Código Penal de Cuba)

Se establecen dos supuestos que modifican la responsabilidad penal del sujeto activo, la mismas que se encuentra detalladas en artículo 348 del catálogo penal; por

un lado, cuando se utilizan naves y aeronaves, incrementando la sanción a los diez años; otro nivel de agravación se da con penas altísimas no menores de veinte años, cuando los actos de tráfico de persona se realiza utilizando armas, cuando emplea intimidación o violencia contra las personas, o cuando la vida de las víctimas es puesta en peligro. (Código Penal de Cuba).

En base a la descripción típica a Goite (2013) analizando la legislación cubana refiere que nos encontramos ante la figura de un delito autónomo, se encuentra previsto en el capítulo referido a los delitos que atentan el orden público, siendo las principales características:

- i) Tiene una naturaleza transfronteriza, inherente al traslado de las víctimas por territorio cubano;
- ii) Se aprecia un impacto en la política migratoria del país, así como una afectación a la dignidad humana de los migrantes;
- iii) La intención deliberada de obtener lucro o un beneficio patrimonial con el traslado de seres humanos. (p. 143)

El tipo penal incluye una serie de variables que son propios de este delito en las diferentes legislaciones, como el comercio, el traslado y la búsqueda de beneficios económicos. Si bien el legislador cubano ubicó este delito en el capítulo referido al tráfico de personas, se debe hacer notar que la descripción típica no utiliza el verbo ‘tráfico’ como verbo rector; a pesar, que precisamente esa es la conducta que pretende regular el delito migratorio; teniendo en cuenta que este fenómeno delictivo implica un proceso compuesto por diferentes fases, donde han de intervenir diferentes actores, con diferentes conductas, quienes son parte de una única cadena de eventos, a pesar de que no todos compartan la misma finalidad específica, ya que cada uno de los agentes busca cumplir un rol dentro de la cadena del tráfico de migrantes, sin importarles que los otros cumplan o no el rol dentro del proceso migratorio.

En un primer momento, cuando la víctima decide trasladarse de un lugar haciendo uso de la isla caribeña como lugar de tránsito se dan diferentes situaciones que va desde la decisión voluntaria de someterse a los traficantes brindando un consentimiento absolutamente informado sobre las condiciones del traslado, a pesar de ser conscientes del engaño al que son sometidos, la aceptan, con la finalidad de lograr

su arribo al lugar de destino; sin embargo, pueden darse casos en que el proceso migratorio se inicia de manera legal, pero en el desarrollo del proceso se dan casos de abuso o actos de explotación, es decir, durante el transporte de los traficados, que muchas veces son propios de actos de trata de personas.

Siguiendo a Goite (2013), el bien jurídico protegido en sede penal tiene una configuración dual, ya que por un lado está encaminado a la defensa de intereses primordiales de los individuos, y, por otro lado, a la protección de los valores de la sociedad en general, lo que se explica con la aparición de novedosas formas de criminalidad, especialmente la aquella criminalidad cometida por organizaciones debidamente estructuradas. Existe la necesidad de criminalizar diferentes conductas que son cometidas por estas organizaciones quienes se dedican al blanqueo de capitales, el tráfico de migrantes, entre otros; con la finalidad de resguardar las especiales relaciones sociales; por ello el autor recuerda que el bien jurídico protegido en la legislación cubana, es el adecuado desarrollo del tráfico migratorio, y la defensa de los derechos de las personas objeto del tráfico (p. 146), teniendo en cuenta la complejidad, y sus modos de comisión de estos delitos, se considera que el Estado debe dar una protección especial ya que se han de dañar diferentes bienes jurídicos que tienen relación con la vigencia de los derechos fundamentales que ven menoscabados con el desarrollo de las conductas ilícitas descritas como prohibidas en el tipo penal.

Es importante, señalar que Goite también reconoce que no existe unanimidad en la dogmática respecto a la designación del objeto de protección de esta conducta en las diferentes fórmulas legislativas, así a manera de ejemplo nos hace una reseña del bien jurídico en los delitos migratorios en las diferentes legislaciones. En la legislación española los denominan como delitos contra los derechos de extranjeros; en Argentina la denominan como delitos que atentan el orden migratorio; en el Salvador la denominan como delitos contra la humanidad, en Costa Rica como delitos que afectan el control migratorio, en el Perú contra el orden migratorio, en Chile, como delitos que atentan la dignidad de las personas, en Guatemala como delitos que afectan el eficaz ordenamiento migratorio; lo que a todas luces nos revela esa falta de uniformidad.

España

Al igual que los países que hemos venido reseñando, la evolución legislativa en España fue variada, inicialmente en el año 2000 se introdujo el denominado delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros que contaba con tres modalidades; el tráfico con fines de explotación sexual, el tráfico con fines de explotación laboral y el contrabando de personas, con sus respectivas circunstancias agravantes como el que se cometa en asociaciones ilícitas.

A partir de que la dogmática comenzó a identificar y delimitar el bien jurídico protegido del tráfico de personas, se aprecia que su tratamiento comenzó a ser cambiante en atención a las políticas criminales establecidas y no siempre eran claros sus parámetros de prevención (Silvera, 2016) señala que a través de las diversas reformas se trató de regular el tránsito de personas que tengan como destino España, asumiendo conceptos de "tráfico ilegal" y en algunos casos como de "inmigración clandestina", ello permitía en un primer momento establecer dos categorías conceptuales, por ello, la jurisprudencia española en un primer momento señaló que ambos conceptos no eran equivalentes ya que el "tráfico" debía de entenderse no meramente como el "tránsito" de personas, sino como parte de una actividad de comercio o aprovechamiento de cualquier índole siempre que se tenga como propósito el obtener un lucro económico o un beneficio personal, transgrediendo la normativa establecida por la autoridad administrativa de fronteras.

Con la dación a nivel internacional del Protocolo de lucha contra la trata de personas, y a fin de asumir sus compromisos procedentes del Derecho Internacional que son vinculantes para España, se promulgó la Ley Orgánica del 1/2015, vigente desde el 01 de julio del 2015, donde los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros sufrieron una la última modificación en su tratamiento penal en su artículo 318 bis.

En ese sentido el tráfico de personas reprime la conducta de aquel que intencionalmente ayude a un individuo que no pertenece a algún estado conformante de la Unión Europea a ingresar o lo ayuda a transitar por el territorio español, donde esta persona no tiene que ser natural de España, en ese sentido la conducta del agente debe vulnerar la legislación sobre entrada y salida de extranjeros. La norma también reprime al agente que intencionalmente ayude a una persona que no sea parte de la de

la Unión Europea a permanecer en el reino de España siempre tiene que ser con el ánimo de lucro, conducta que se agravan cuando se realiza en condiciones peligrosas o degradantes.

En la identificación del bien jurídico se plantea numerosas dificultades al momento de su interpretación dada la falta de claridad, y como era natural genera una falta de consenso acerca del bien jurídico, ya que no se tiene claro la finalidad de la norma, referido a cuáles son los intereses o valores que se busca preservar, dado que, no se tiene precisado el fundamento de porqué se castigan las conductas puntualizadas en el artículo 318 bis. Por ello Silveira (2016) señala que la respuesta a tan significativa cuestión, se encuentran en las posturas fundamentales asumidas por la dogmática, cuyas discrepancias no se restringen a cuestiones de matiz que puedan asumir sus defensores. Por un lado, existen una corriente doctrinaria que consideran que el 318 *bis* busca la protección de los derechos que le asisten a los inmigrantes irregulares; y de otro lado, se tiene la posición de quiénes piensan que la finalidad fundamental de la norma es evitar los cruces ilegales de las fronteras reprimiendo estas conductas, convirtiéndose esta última posición en un instrumento más de la actual política que busca el freno de los procesos migratorios irregulares; esta última postura se encuentra vigente con independencia de la existencia de las circunstancias que incrementan la magnitud de la pena desarrolladas en dicho precepto, que se configuran en alrededor de una lesión o puesta en peligro de los inmigrantes. (p. 355).

Entonces para el derecho español, el bien jurídico en el tráfico de migrantes es la defensa de los intereses del Estado, respecto a la presencia de flujos migratorios, lo que comprende los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros.

2.7. Marco conceptual (palabras clave)

2.7.1. Teoría del delito

Se entiende como un producto metodológico ya que, a norma penal, la dogmática penal ha llegado a ordenar y sistematizar las categorías conceptuales de la tipicidad, la antijuridicidad, y sujeto que es responsable del hecho, y sobre las reglas

que condicionan la responsabilidad penal, ya que dentro de ella se confinan definiciones para realizar una interpretación de la ley penal conforme a los postulados de un estado social y democrático de derecho (Bustos Ramírez (1997 p. 128).

2.7.2. La antijuridicidad

La antijuridicidad de la conducta puede definirse en relación con su contrariedad al derecho. Es decir, cuando la acción no está permitida por el ordenamiento jurídico. (Caro, 2023).

2.7.3. Bien jurídico protegido.

Los bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y para el logro de su libre desarrollo dentro de un sistema social global estructural. (Roxin, 1997)

2.7.4. La Migración

Se entiende por migración a todo desplazamiento geográfico de personas o grupos, originada generalmente por motivaciones económicas y sociales. (RAE)

2.7.5. Móviles de la migración

Para poder entender adecuadamente su naturaleza, de la migración, se debe identificar las razones que llevan a las personas a desplazarse de un lugar geográfico a otro y para ello muchas veces someterse voluntariamente ante los traficantes.

2.7.6. La migración irregular.

Pueden definirse como todo movimiento de personas a nivel internacional que tiene lugar fuera del marco regulatorio de los países de envío, de recepción, o de tránsito. (Ghosh, 1998)

2.7.7. Tráfico ilícito de migrantes

Se entiende como los actos destinados a la facilitación para el ingreso ilegal de una persona en un determinado Estado, donde esta persona no es nacional ni tiene la condición de residente permanente, siempre con la intención de obtener una ventaja económica, ya sea en forma directa o indirecta.

2.7.8. Delito de tráfico de migrantes.

Es la promoción, el favorecimiento, la facilitación, o el financiamiento para lograr la entrada y/o salida del país de cualquier persona, con la finalidad de conseguir directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para terceros de manera directa o indirecta. (Artículo 303-A del Código Penal Peruano)

2.7.9. Bien jurídico protegido en el tráfico de migrantes.

La doctrina internacional no es unánime en determinar el bien jurídico en los delitos migratorios, señalando que existen hasta tres teorías; una primera teoría que la considera como derecho reconocidos a ciudadanos extranjeros; una segunda tesis que sostiene que lo busca proteger este delito es la ordenación y el control de flujos migratorios por parte de los Estados dando al delito una connotación administrativa, y por último, una tercera tesis que sostiene que lo que se busca proteger es el control del flujo migratorio y al mismo tiempo proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros. (Faican, 2016)

2.7.10. El coordinador u organizador.

Es la figura central ya que se encuentra a cargo de toda la operación de tráfico. Es la persona que ha de actuar de manera directa o puede contratar a otros. Supervisa la operación, gestionando personal, rutas, transporte y alojamiento.

2.7.11. Los reclutadores.

Son los que promocionan los servicios y conectan a los traficantes con los

migrantes, generalmente son independientes e interactúan con un traficante específico, provienen de los países donde empieza el tráfico y en algunos casos en los países de tránsito, hablan idiomas extranjeros y son claves por su habilidad para identificar y aprovechar la vulnerabilidad de las personas, a las que manipulan, desinforman, se encargan de cobrar a los migrantes por el transporte y la ayuda concreta que brindan.

2.7.12. Los transportistas o guías.

Son lo que llevan a cabo el componente operativo del tráfico, guiando y acompañando a las personas entre uno u otro país. Suelen ser varios individuos, por lo general uno por cada etapa del viaje. Su función será la de facilitar el cruce de las fronteras.

2.7.13. Circunstancias agravantes.

Las agravantes son circunstancias modificatorias de responsabilidad y constituyen aquellos datos accidentales de los que no depende la existencia del delito, sino la gravedad y necesidad de sancionar la conducta, estas circunstancias modificatorias pueden afectar la antijuridicidad haciendo más reprochable la conducta, otras circunstancias afectan a culpabilidad y en algunos casos afectan a la punibilidad.

2.7.14. Finalidad de la pena

La pena cumple diversas funciones con la finalidad de proteger a la sociedad o a las personas a través de funciones de preventivas, protectoras o resocializadoras; apunta a fortalecer la norma jurídica, protegiendo diversas clases de bienes que históricamente fueron lesionados con el acto delictivo, con la finalidad de disminuir en el futuro los ataques a los bienes jurídicos, validando la norma (Villa, 2014)

2.7.15. Proporcionalidad de la pena

La pena debe ser proporcional al delito, lo que significa que no puede ser exagerada en relación al hecho que se pretende proteger, la proporcionalidad de la pena se mide de acuerdo a la importancia que le da la sociedad al hecho que se quiere

proteger.

2.8. Antecedentes empíricos de la investigación.

2.8.1. Antecedentes internacionales

Se tiene un reciente trabajo de investigación de tipo descriptiva llevada a cabo en la Universidad Autónoma de Tamaulipas en México, en el año 2021, (Andrade, Trejo y Mora, 2021) estudian el Tráfico de Migrantes que se desarrolla en la frontera que separa a los países de México y los Estados Unidos, donde se plantearon como objetivo desarrollar una revisión de las diferentes investigaciones que llegaron a abordar el tema migratorio, a partir de datos expuestos como anécdotas de los participantes, a través de reportajes periodísticos o a partir de informes oficiales; testimonios de migrantes victimizados, de los traficantes, donde utilizando el método descriptivo básico, llegan a concluir que el tráfico de migrantes no es conceptualizado del mismo modo por los diferentes investigadores. Por una parte, se tienen estudios basados en entrevistas realizadas con los propios traficantes o “facilitadores” quienes generalmente se presentan como aliados que ofrecen un servicio a cambio de un beneficio pecuniario. Sin embargo, estas investigaciones pueden ser sesgados dado que los traficantes en modo alguno admitirán haber engañado, haber abandonado, haber agredido o robado a los migrantes. Se precisa que estos estudios de tráfico de migrantes se diferencian de los estudios respecto a las actividades desarrolladas por la delincuencia organizada.

Precisan que existen académicos que basándose en migrantes victimizados o sustentado en informes oficiales, representan a los traficantes como una parte de la delincuencia organizada. Estas investigaciones los presentan como seres malintencionados que engañan o abandonan a los migrantes, este grupo de investigadores centra su atención en los riesgos y peligros que sufren los traficados que son conducidos por individuos que solo buscan ganancias económicas.

Faican (2016) en su tesis para optar el grado de magíster que contiene un título sugerente en el sentido de que existe un derecho a migrar que se considera como una frontera del tráfico de migrantes, la misma que fue desarrollada en la Universidad

Simón Bolívar de Ecuador, a través de una investigación descriptiva dogmática, llega a concluir que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Ecuatoriana, reconoce el derecho a migrar; por tanto, las personas independientemente de su estatus legal tienen el derecho de salir, entrar y vivir en otro país, derecho universal que se refuerza a través del principio de la ciudadanía universal que tienen la personas; a partir de ello considera que el delito migratorio resulta ser inconstitucional ya que por un lado, vacía de contenido el derecho de las personas de entrar, salir y permanecer en otro país de forma irregular, y porque además, no existe un bien jurídico de carne y hueso que se trata de lesionar; por ello, señala que resulta conflictivo determinar el bien jurídico que tutela el delito de tráfico ilícito de migrantes, la descripción típica del delito sucumbe en el análisis de la antijuridicidad dentro del esquema de la teoría del delito. Agrega en sus conclusiones que el tratamiento de la pena en la legislación ecuatoriana es una respuesta coyuntural de un derecho penal funcional.

2.3.2. Antecedentes nacionales

A nivel nacional, podemos encontrar una gran diversidad de trabajos de investigación referidos a la trata de personas, y en algunos casos al fenómeno migratorio entendida como parte o como una modalidad de la trata de personas, sin embargo, son pocos los estudios referidos al tráfico de migrantes como un tipo penal y sus implicancias dentro de nuestra legislación nacional.

Tenemos la tesis presentada por Villarroel Quince (2017) quien con la finalidad de obtener el grado de magister en Derecho Penal, en la Pontificia Universidad Católica de Lima -PUCP-, se ocupa sobre el bien jurídico que se busca proteger en la figura delictiva de la trata de personas en la legislación nacional, donde se plantea el objetivo de asumir una posición respecto al bien jurídico, donde luego de analizar dogmáticamente las diferentes posturas tanto a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinal postula que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la dignidad humana, para lo cual existen diversas razones entre ellas: i) razones jurídico internacionales, en el entendido de que la dignidad de la persona está protegido a través de un variado marco normativo internacional referidos a trata de personas y que se hallan recogidos en tribunales como la Corte Interamericana de los

Derechos Humanos, instrumentos jurídicos de los cuales es parte el Perú; ii) Existen sólidas razones filosófico-jurídicas que se fundamentan en la dignidad entendido como un derecho fundamental en nuestro sistema legal; iii) También existen razones de política criminal, ya que a partir de una correcta identificación del fenómeno, permitirá una correcta aplicación de supuesto normativo, lo que posibilitará subsanar las deficiencias normativas que se puedan presentar en otras figuras delictivas que se encargan de tutelar la dignidad, permitiendo redefinir el concepto de bien jurídico en los delitos conexos a la trata, como es el caso del tráfico de migrantes y finalmente; iv) sostiene que existen razones dogmáticas importantes, que se encuentran ligadas al principio de Proporcionalidad de las penas que exige un equilibrio, es decir que la sanción que se impone deberá ser coherente con el bien jurídico. Además, la pena establecida para la trata de personas debe ser comparable con aquellas previstas para otros delitos de gravedad similar.

Por otro lado, en un trabajo reciente Namuche Arce (2022) para un Master en Derecho Público, en la Universidad de Piura, a partir de un estudio de casos, desde una perspectiva constitucional, cuyo objetivo era corroborar la compatibilidad entre la facultad que tiene el Estado para vigilar sus fronteras y el acatamiento de las obligaciones de carácter internacional que fueron asumidos por el Estado, a fin de asegurar una complementación entre el enfoque de derecho humanos y seguridad ciudadana, concluye que el Estado peruano debe impulsar una migración ordenada, segura y regular; para lograr ello, la clave es que se diseñen mecanismos o procedimientos de regularización migratoria que se ajusten al perfil, características y necesidades de la población extranjera; solo de esa manera se podría concretar el principio de formalización migratoria.

En los repositorios de investigación encontramos un estudio desarrollado por Vásquez Tania, Busse Erika, y Izaguirre Lorena (2015) sobre migración de ciudadanos haitianos al Perú, en su tránsito hacia Brasil, la misma que fue desarrollada a partir del año 2010, y fue encargada por la ONUD - Oficina de América del Sur, desarrollado por el Instituto de Estudios Peruanos (IEP) haciendo uso de métodos la adaptación de la metodología de Etno-survey, haciendo uso de entrevistas semiestructuradas que se aplicaron en profundidad y la aplicación de los métodos etnográficos respecto a las personas en movimiento lo que les permitió realizar a partir de criterios subjetivos una

rutas de viaje de migrantes haitianos hacía Perú; concluyó que la imposibilidad de estos ciudadanos para obtener una visa temporal de turista antes de ingresar a Perú ha agravado su vulnerabilidad. Al carecer de la documentación suficiente y ser considerados "transeúntes", se exponen a abusos sistemáticos que son cometidos por algunos policías deshonestos a cargo del control, y de propia población civil, incluyendo intervenciones constantes, sobornos y robos. Además, se ven obligados a pagar precios excesivos por el transporte hacia sus diversos destinos que son utilizados como lugares de tránsito hasta lograr su destino final en Brasil, a veces dos o tres veces el costo real. A ello se deben sumar los pagos a los llamados "coyotes" que son las personas que se encargan de facilitar su cruce en las diferentes fronteras entre Ecuador y Perú, o entre el Perú y Brasil.

III. HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS

3.1. Hipótesis

Teniendo en cuenta que las hipótesis son el derrotero para el estudio, ya que ayudan a afinar la intención de la investigación, permitiendo identificar las variables que han de ser analizadas y demás permite establecer los procedimientos que se utilizaran para validarlas (Arbaiza, 2014). El presente trabajo responde a un enfoque cualitativo, donde podría relegarse el planteamiento de la hipótesis ya que no se harán suposiciones previas, desde lo subjetivo se busca averiguar la interpretación que tiene las personas acerca de los fenómenos de la realidad que es materia de estudio, en ese sentido, no hay mediciones posibles (Amaiquema Márquez y otros, 2019); sin embargo, para efectos de cumplir el carácter científico de la investigación se señala las hipótesis de trabajo.

3.1.1. Hipótesis general

La legislación nacional no ha cumplido con identificar correctamente el bien jurídico en el delito de tráfico de migrantes.

3.1.2. Hipótesis específicas

H.1. Al introducirse el delito migratorio, en la legislación nacional, no se ha identificado el bien jurídico en el delito migratorio.

H.2. No existen criterios uniformes en los operadores jurídicos al momento de identificar el bien jurídico en los delitos migratorios.

H.3. La identificación del bien jurídico en el tráfico ilícito de migrantes, guarda relación con la determinación de las penas.

3.2. Identificación de categorías y dimensiones

Por tratarse de una investigación con un enfoque cualitativo-descriptivo, se utilizarán

categorías de estudio ya que se refieren a conocimientos existentes que dependen de la capacidad interpretativa de las personas. De acuerdo con nuestro problema principal, se presentan dos categorías de estudio, con sus respectivas dimensiones.

Cuadro 2.

Categorías	Dimensiones
El bien jurídico protegido.	Derecho penal constitucional La antijuridicidad Principio de lesividad Fines de la pena
Categoría	Dimensiones
El tráfico ilícito de migrantes.	La migración Delito migratorio Bien jurídico en delito migratorio Legislación comparada

IV. METODOLOGÍA

4.1. Ámbito de estudio: Ubicación geográfica.

La presente investigación comprendió un análisis de alcance nacional sobre la génesis legislativa del tipo penal de tráfico de migrantes. Adicionalmente, se efectuó un estudio de casos judicializados relativos a este delito, los cuales fueron de competencia de la Corte Superior Penal Especializada, instancia judicial con jurisdicción en todo el país

4.2. Tipo y nivel de investigación.

La investigación se fundamenta en un paradigma interpretativo, ya que busca realizar una interpretación de cómo acontecieron los sucesos inmediatos a partir de las consideraciones y de experiencias precedentes de cualquier componente que pueda facilitar a el entendimiento la situación investigada (Ruiz, 2012, p. 13), por ello el enfoque de la investigación será tipo cualitativa, lo que se busca es acopiar datos no numéricos, se recogerán conceptos respecto a las interpretaciones y conceptualizaciones del fenómeno estudiado (Hernández, Fernández y Baptista, 2014) de tipo político criminal que adoptó el legislador nacional, la posición doctrinal y jurisprudencial sobre el tráfico de migrantes, que se viene adoptando en lucha contra las redes criminales que cometen este tipo de delitos, y si ellas guardan relación con la determinación del marco punitivo aplicable a los responsables de este delito.

4.2.1. Tipo de investigación.

La investigación realizada fue de tipo básica. Valderrama (2013) señaló que los estudios básicos no están trazados para dar solución a cuestiones prácticas, sino que, se tratan de encontrar información de la vida real, para producir y aumentar teorías científicas que ayuden al avance de la ciencia; la presente investigación pretende establecer las consecuencias jurídicas que genera la falta de una adecuada identificación del bien jurídico tutelado en el delito migratorio en la legislación peruana; por otro lado, verificar si los hechos identificados como delito migratorio ponen en riesgo los bienes jurídicos, y si la pena que se espera imponer responde a la

magnitud de la puesta en peligro de los valores jurídicos que se busca proteger.

4.2.2. Nivel de la investigación

La presente es una de tipo descriptiva y propositiva. Tiene un nivel descriptivo ya que se recogió información sobre el estado actual del fenómeno, es decir se procedió a describir la situación actual del tráfico de migrantes, desde la introducción de este delito en nuestra legislación. La investigación tiene un nivel propositivo, porque la investigación se orienta a analizar la identificación del bien jurídico protegido de cara a la determinación del marco punitivo, y las circunstancias en que se vienen aplicando este delito, y dada las elevadas penas que prevé que viene dificultando su operativización; a partir de ello, se ha de plantear una propuesta legislativa para mejorar la tipificación del delito, lo que incrementará el aporte de investigación por estar sustentada en estudios previos.

4.3. Unidad de análisis

Con el propósito de recolectar las apreciaciones y pronunciamientos judiciales respecto al fenómeno en estudio, la investigación se desarrolló con un alcance nacional. A partir de esa visión el escenario de estudio comprendió la revisión de la normativa vinculada al tráfico de migrantes, las circunstancias de la implementación de la convención de las convenciones internacionales, su creación legislativa y su posterior implementación, para lo que se hizo uso del análisis documental de las resoluciones emitidas por los jueces penales de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, ya que el investigador tiene acceso a dicha información, además se hizo uso de pronunciamientos de otras instancias judiciales de competencia nacional, teniendo en cuenta que puede acceder a dicha información a través de fuente abierta, como son las páginas web especializadas en derecho.

4.4. Población de estudio

Hernández et al (2014) sostiene que en los estudios de tipo cualitativo no es importante determinar la población de estudio con una perspectiva probabilística, ya que la investigación no tiene como finalidad generalizar resultados, por ello para

determinar la muestra se debe tomar en cuenta fundamentalmente la capacidad de recolectar datos en función a las categorías y la naturaleza del tema investigado.

En ese sentido a fin de recoger información vinculada a nuestro tema de investigación, se ha considerado como universo de investigación a la legislación nacional referida al delito de tráfico de migrantes, desde su creación legislativa, su implementación en la legislación nacional y la forma en que viene siendo aplicada por los funcionarios encargados de la aplicación de la norma a nivel nacional.

4.5. Tamaño de muestra

Dada la índole cualitativa del presente estudio, se ha recurrido a una muestra no probabilística por conveniencia para recoger información pertinente al tema de investigación, en tal sentido se procedió al análisis de los proyectos de ley que viabilizaron la dación de la ley que reprime el tráfico de migrantes, la implementación del Protocolo que obliga a los Estados a luchar con este fenómeno criminal; por ello luego se hizo un estudio comparativo de la legislación sobre el tema, y finalmente se analizaron 05 expedientes judiciales sobre tráfico de migrantes.

Se precisa que no se hará uso de las entrevistas, dada la naturaleza de la investigación que busca desentrañar el proceso de creación de la norma y su análisis dogmático jurídico de tipo descriptivo.

4.6. Técnicas de recolección de información.

En atención al enfoque cualitativo que guía la presente investigación, se procederá a realizar un análisis documental comprehensivo. Dicho análisis se fundamentará en la información recabada de la bibliografía especializada, artículos científicos, doctrina jurisprudencial, legislación comparada y los pronunciamientos emitidos por los despachos fiscales y los órganos jurisdiccionales. El instrumento que se ha utilizado son las técnicas del uso de la ficha de análisis documental o bibliográfico.

4.7. Técnicas de análisis e interpretación de la información

Para analizar los resultados y obtener mejores conclusiones, partiendo de que la investigación tiene un enfoque cualitativo se hizo uso del método inductivo, ya que luego de estudiar u analizar los hechos o experiencias particulares del proceso legislativo se puede arribar a conclusiones que puedan inducir a formar una teoría. (Bernal, 2000). Por otro lado, se debe tener una actitud ética del investigador a fin de evitar cuestionamientos respecto a la originalidad de la investigación.

V. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. El bien jurídico en el delito migratorio.

Uno de los primeros objetivos en la investigación, es identificar los criterios que tomó en cuenta el legislador al momento de introducir el delito de tráfico de migrantes, con la finalidad de identificar que valores se pretendía proteger, para de ese modo, establecer el bien jurídico protegido; para ello se tiene que describir las circunstancias en que se introdujo en la legislación nacional esta figura delictiva.

En un principio, el delito migratorio no estaba contemplado en el Código Penal promulgado con el Decreto Legislativo N° 635 el 8 de abril de 1991. Esta norma penal fue emitida por el Poder Ejecutivo tras recibir facultades delegadas del Congreso de la República para establecer el nuevo Código Penal.

En su texto original el Código Penal no hacía referencia a delitos contra el orden migratorio; sin embargo, a través de la ley N° 27202 del 15 de noviembre de 1999, se introdujo en la legislación nacional el delito contra el orden migratorio. El proceso de creación legislativa surge a través del Proyecto de Ley N° 4183/98-CR0 (Congreso de la República, 1998) del 2 de noviembre de 1998, que fue propuesta por el congresista Gilberto Suiro Céspedes y Oscar Medelius. En su exposición de motivos se sostenía que se apreciaba el incremento de ingresos clandestinos de extranjeros al país, quienes contaban con la colaboración de personas u organizaciones dedicadas a facilitar el ingreso de extranjeros, existiendo la necesidad de sancionar a estas personas u organizaciones dedicadas a éste ilícito negocio.

A través de este proyecto de ley, se proponía la introducción del delito migratorio, con la incorporación del artículo 303-A que regularía el tipo base del delito, señalando que se sancionará la conducta del agente que promovía, favorecía o facilitaba el ingreso clandestino e ilegal al país de ciudadanos extranjeros, por lugares distintos a los controles autorizados sustrayéndolos de la acción de las autoridades migratoria.

En dicho proyecto de ley, también se proponía la incorporación del artículo

303- B, que regulaba la salida ilegal del territorio nacional, bajo las mismas circunstancias y en el artículo 303-C se establecía circunstancias agravantes del delito. La necesidad de pena se incrementaba cuando el autor cometía el delito en su condición de elemento activo de una organización criminal o cuando ostentaba la condición de funcionario público.

En la exposición de motivos se detalla que la realidad nacional revelaba que luego de la promulgación del Decreto Legislativo N° 703 Ley de Extranjería expedida el 05 de noviembre de 1991, que regulaba la situación migratoria de los extranjeros cuyo ingreso se consideraba prohibido. Los supuestos por los cuales se violaba la Ley de extranjería eran considerados los siguientes: i) haber sido expulsados del territorio nacional; ii) ser prófugos de la justicia nacional; iii) si eran personas que cometieron delitos en su país y que también se encuentren tipificados en el Perú que estén procesados; iv) que cuenten con antecedentes penales; v) por cuestiones sanitaria, o, vi) que carezcan de recursos económicos para solventar sus gastos.

Los supuestos detallados motivaba que las personas que se encontraban impedidos de ingresar al país, lo hagan de manera clandestina, por lugares no autorizados, a través de zonas fronterizas del norte del país como Ecuador y Colombia entre otros; es decir, eludían los Puestos de Control Migratorio sustrayéndose del control policial, por ello, se afirmaba en el proyecto que el trasladar a un extranjero, por lugares no autorizados para el ingreso al país, implicaba un accionar ya predeterminado y con intencionalidad dolosa de ocultar o sustraer al extranjero del control Migratorio y Policial, con el objetivo de facilitar a éste la comisión de hechos ilícitos, comprometiendo de ese modo la tranquilidad y seguridad de la ciudadanía, y como no, la seguridad nacional (1998, Exposición de motivos del Proyecto).

El proyecto fue objeto de revisión en la Comisión de Justicia del parlamento y se emitió un dictamen favorable. Entre las razones que se esbozaba para dar trámite al proyecto, era que se sostenía que a nivel latinoamericano ya se venían llevando a cabo conferencias entre los Estados miembros, quienes venían abordando el tráfico ilegal de personas, y teniendo en cuenta el contenido del borrador de la conferencia para prevenir la migración europea, celebrada en Budapest, se recomendaba criminalizar el contrabando de migrantes ilegales y el establecimiento de unidades especiales, de

servicios para combatir las actividades de migración ilegal, conforme se aprecia del contenido del Dictamen elaborado en la comisión de Justicia al Proyecto de Ley N° 4183/98/CR. (1999.p.2). Es importante puntualizar que en este dictamen se señaló que la conducta reprochable penalmente no era la del migrante que estaba siendo objeto de tráfico, el cual, era sancionado con la expulsión del país; sino, lo que se buscaba sancionar era la conducta del traficante que pretende lucrar comprometiéndose a transportar seres humanos a un determinado país de destino, y como tal, se encarga de garantizar la consecución de todos los medios legales e ilegales que conduzcan a la realización de dicho propósito; es decir, el propósito de la norma penal era luchar contra el ingreso ilegal de migrantes al país.

Por tanto, los valores que se pretendían proteger en ese momento era el orden migratorio establecido en la Ley de extranjería, dado que la conducta desvalorada, era los ingresos ilegales de migrantes afectando el orden migratorio. Es decir, el legislador en ese momento consideraba que se debía proteger al Estado frente a la infracción de las normas que buscan controlar los flujos migratorios; en esta línea, se encuentra la propuesta de Pomares (2015) que sostiene que la relevancia penal del delito gravitaba fundamentalmente en la vulneración de la legislación administrativa de extranjería.

El proyecto fue remitido tanto a la Comisión de Justicia como a la Comisión de Reforma de Códigos. Inicialmente, la Comisión de Justicia formuló observaciones, lo que llevó a ambas comisiones a acordar un texto sustitutorio, el cual fue presentado para su debate en el pleno del 10 de junio de 1999 (Diario de debates del Congreso de la República 1999). Es necesario reseñar las principales intervenciones en el pleno del congreso, ya que con ocasión del debate parlamentario podemos identificar cual era el bien jurídico que se pretendía proteger. Galan (2010) nos señala que los bienes jurídicos, son los intereses sociales que se desean protegerse elevándolos a un rango jurídico; en ese sentido a fin de identificar los valores que el legislador nacional pretendía salvaguardar con la incorporación del delito de tráfico migratorio en la legislación nacional; y precisamente en los debates los legisladores desarrollaron algunos conceptos respecto a las conductas desvaloradas que se pretendían evitar con la norma penal sometida a debate.

El congresista Medelius Rodríguez cuando expuso el proyecto de ley señaló

que la Ley de Extranjería regulaba el ingreso y salida de ciudadanos extranjeros de nuestro territorio patrio, empero, no había regulación respecto a las conductas que asumen ciudadanos nacionales, especialmente para los ciudadanos peruanos que promueven o favorecen el ingreso o salida clandestina del país, por lo que consideraba pertinente contar con un marco legal que sancione este tipo de conductas; es decir, el propósito de la norma según este legislador era suplir los defectos de la legislación de extranjería; y acudiendo al derecho penal como un mecanismo último de control social pretendía proteger el correcto proceso administrativo que regulaba el ingreso y salida de personas del país, evitando de ese modo la salida clandestina de individuos. Ello se puede corroborar cuando en el debate parlamentario señaló que en nuestro Código Penal no existía una tutela de este bien jurídico, no existía una infracción de tipo penal que se sancione conductas con relación a delitos contra el orden migratorio; lo que existía son sanciones de carácter administrativa contra los extranjeros que han violado las leyes de extranjería (Medelius, 1999, Diario de debates del congreso).

Más adelante haciendo referencia al artículo cuarto del Título Preliminar de la norma sustantiva Penal, al momento de justificar la tipificación de este delito, teniendo en cuenta que la determinación de un delito demanda la afectación o puesta en peligro de valores jurídicos, se formulaba la pregunta en el sentido si el orden migratorio puede ser objeto de una tipificación como bien jurídico que merezca especial protección o en su defecto, es la seguridad de las personas, la que se pone en peligro cuando se utilizan canales no legales para poder ingresar o salir del país. “Es así como se tipifica este tema dentro de una posibilidad de peligro hacia las personas. De lo que se trata aquí es cómo, de acuerdo a la moderna concepción del bien jurídico penal, se entiende que el merecimiento de pena o la justificación de la intervención penal tiene en su principal interés el cuidado de la persona humana. Ahí justificamos lo que es la necesidad de legislar en cuanto a lo que significa el orden migratorio.” (Medelius, sesión de pleno del Congreso el 10 de octubre de 1998). Es decir, entendía el congresista, que el bien jurídico protegido tenía dos componentes; por un lado, el “orden migratorio” y por otro, el “cuidado de la persona humana” que podría equipararse como la protección a la dignidad humana, la que se ponía en peligro a través del tráfico ilícito entendiéndolo como un delito de peligro. Por tanto, hasta aquí podríamos decir que los bienes jurídicos protegidos serían dos.

Se tuvo también la intervención del congresista Muñiz Ziches quien señaló que la incorporación del tráfico de migrantes en el Código era con la finalidad de “penalizar a aquellos que se dedican al tráfico indiscriminado o ilegal de personas, que con el cuento o el sueño de salir al extranjero de alguna manera se trafica con estas personas y se recurre a esta violación, obviamente de la persona humana como tal, para entrar a un mercadeo o entrar a un comercio de estas ilusiones” (Muñiz, sesión de pleno del Congreso el 10 de octubre de 1998). De esta alegación podemos establecer que lo que se pretendía con la norma era evitar la existencia de personas, que se dedicaran a ofrecer ayuda a ciudadanos peruanos para viajar al extranjero sin contar con los requisitos, vendiendo ilusiones de mejores condiciones de vida. Esta intervención nos lleva a considerar que en realidad el legislador consideraba que la norma propuesta pretendía evitar las falsas promesas de mejores condiciones de vida, es decir, los valores jurídicos a proteger eran la confianza en las personas, la honestidad, por tanto, podría equipararse a un delito falsario o a una modalidad propia del delito de estafa.

El autor del proyecto de ley, el congresista Siura Céspedes en el debate hizo referencia que el tráfico de migrantes involucra la existencia de diferentes elementos como el ánimo de lucro del traficante ya que recibe una contraprestación económica por sus servicios a cambio de proporcionar información de viaje, proporcionar documentos o identidad falsa, señalar la ruta informal que se ha de seguir, posibilitando el ingreso al país por los puestos de control de manera fraudulenta o por lugares distintos a los controles autorizados, aspectos que no estaban regulados en la norma penal, por ello, señaló que estos aspectos evidenciaban un vacío legal, y recordaba que el tráfico migratorio es una de las maneras más denigrantes de explotación humana; en la mayoría de los casos involucra la comisión de graves abusos, secuestros y transporte de las víctimas a un país extranjero, el establecimiento de la servidumbre por deuda, el confinamiento ilegal y porque no, la violencia sexual, particularmente en mujeres y niños. En su intervención recordaba que muchas personas han muerto durante el tránsito, ya sea por ahogo, asfixia o accidente de carretera; otras son víctimas de tratamiento inhumano, como violaciones y prostitución. Muchos migrantes, especialmente mujeres, son obligados a renunciar a sus derechos y trabajar en condiciones de dura explotación para pagar las "deudas",

que han contraído con los traficantes (...) En algunos países los traficantes aprovechan la situación subordinada de las mujeres, especialmente de las jóvenes, para inducir las a la prostitución. De todas estas formas de explotación resulta especialmente grave, por la magnitud de sus efectos, el hecho que estas bandas organizadas generalmente también están involucradas con el tráfico ilícito de drogas, utilizando a estos migrantes, especialmente cuando se encuentran totalmente a merced de ellos, para que transporten drogas en la modalidad de tráfico al menudeo. (Siura, sesión de pleno del Congreso el 10 de octubre de 1998).

Esta intervención, nos revela que el autor del proyecto de ley, consideraba que este tipo penal ponía en peligro varios bienes jurídicos que debían ser protegidos por la norma penal. Al indicarse que los traficantes se hacen de documentos falsos se hace referencia al daño que se causa afecta la buena fe pública que debe regir en toda comunidad, cuando se hace referencia al paso fraudulento en los controles migratorios se hace referencia al daño que se causa al orden migratorio, cuando se hace referencia a los abusos que se cometen en perjuicio de los traficados especialmente mujeres que son prostituidas a fin de que paguen sus deudas por el traslado, estamos haciendo referencia al delito de trata de personas que afecta la dignidad humana, cuando hace referencia a la existencia de bandas organizadas se hace mención a la existencia de organizaciones criminales que ponen en peligro la tranquilidad pública; es por ello que el congresista Siura Céspedes señala que en este delito “confluyen una serie de delitos ya tipificados, como la estafa y también contra la fe pública, no se llega a enfrentar el problema mismo del tráfico de personas, tanto es así que actualmente en el Perú no se puede sancionar a las bandas y organizaciones delictivas dedicadas a este negocio ilícito” (Siura, 1999).

Lo reseñado, nos revela que el delito contra el orden migratorio fue concebido como un delito pluriofensivo, como un tipo penal de peligro abstracto pues pretende anticiparse a la comisión de delitos que afectan diferentes bienes jurídicos. En los debates legislativos, se apreciaba por un lado, que se pretende resguardar el orden migratorio, señalando que no había legislación que sancione a ciudadanos peruanos que facilitan el ingreso y salida ilegal de ciudadanos extranjeros, por otro lado, se consideró que este delito también afecta la dignidad de las personas ya que durante los actos de tráfico de personas se llegan a desarrollar una serie de conductas que atenta a

la libertad personal, la libertad de trabajo, la libertad sexual, entre otros; y teniendo en cuenta que muchas veces los traficados en forma voluntaria, bajo ofertas de mejores condiciones de vida, entregan parte de su patrimonio a estos grupos, también se afecta el patrimonio por ofertas engañosas; y finalmente a partir de reconocer que estas conductas generalmente con desarrolladas por grupos organizados dedicados a facilitar el tránsito irregular de personas, se afecta también la tranquilidad pública.

Luego de los debates en la sesión del pleno, se introdujo un texto sustitutorio recogiendo en dos artículos el proyecto de ley. Este texto fue aprobado en sesión del Congreso del 10 de junio de 1999 con la votación de 84 congresistas. Norma que introducía el capítulo IV al título XII del Libro segundo, introduciendo el “Delito contra el orden Migratorio” con los artículo 303-A y el artículo 303-B que tipificaba y reprimía la conducta del agente que promueve, favorece, colabora, ejecute o de cualquier manera participe en el ingreso o salida del país de personas en una operación de tráfico ilícito de personas, conducta que era sancionada con una pena por encima de los dos años, y que no podía estar por encima de los cuatro años y con días multa e inhabilitación; esta conducta se hacia mas gravosa cuando era ejecutada a través de organizaciones dedicadas a este tipo de actividades o cuando el agente es parte de instituciones encargadas del control migratorio o de las fuerzas armadas o policiales, y cuando las condiciones del transporte de los migrantes ponían en peligro su integridad, psíquica o moral.

La norma aprobada por el Congreso de la República fue enviada al Poder Ejecutivo para su aprobación, sin embargo, fue observada por afectar al principio de legalidad penal. El Poder Ejecutivo señalaba que en la norma aprobada por el congreso “no se determina lo que constituye el tráfico ilícito de migrantes de personas deviniendo imprecisa y poco clara la tipificación del delito, contraviniendo el principio de legalidad” (Oficio N° 092-99-PR, 1999). La observación al proyecto de ley señalaba que el texto propuesto no contenía una conducta que puede ser calificada como delito lo que significaba que el supuesto de hecho propuesto por el legislador no contenía una conducta que sea reprochable penalmente, es decir, no se había identificado claramente el bien jurídico protegido, teniendo en cuenta que el proyecto normativo aprobado por el congreso únicamente permitía identificar al sujeto activo o a los sujetos activos y determinaba la consecuencia jurídica; empero, la conducta que

se pretendía sancionar era genérica; por un lado, se pretendía sancionar la promoción o el favorecimiento del ingreso y salida de personas del país en “una operación de tráfico”, sin concretizar qué se debía entender por la operación de tráfico. Si la norma procuraba sancionar el tráfico ilegal de personas, no se describía la conducta que debía ser entendida como tal, ya que decir que se trata de una operación de tráfico era describir la conducta en forma genérica sin darle mayor contenido.

La Comisión de Justicia del Congreso acogiendo las observaciones del Ejecutivo emitió el dictamen en mayoría por el cual dispuso el archivamiento del proyecto de ley, al no haber podido superar las observaciones formuladas por el ejecutivo. Sin embargo, el congresista de la República Javier Alva Orlandini propuso un dictamen en minoría proponiendo un texto sustitutorio, posibilitando que el proyecto de ley sea debatido nuevamente en el pleno del congreso.

Un nuevo debate se llevó a cabo en el pleno legislativo el 04 de noviembre de 1999, donde se debatió el texto sustitutorio en base al dictamen en minoría. En esa ocasión el congresista Muñiz Zichez señalaba que al texto que detallaba los elementos descriptivos del tipo como el de ejecutar, promover, favorecer o facilitar de cualquier manera el ingreso y/o salida del territorio nacional de terceras personas”; se debía agregarse los verbos “a sabiendas” y la “finalidad lucrativa”, es decir, ingresaba elementos subjetivos del tipo, consideraba que había la necesidad de aprobar el dictamen, ya que la Ley de Extranjería sólo sanciona administrativamente al extranjero que ingresa en forma clandestina o fraudulenta al país, no existiendo sanción para los traficantes; es decir, la legislación vigente en ese momento sólo sancionaba a quien ingresa al país, pero no existía ninguna figura que se hubiera pensado para el caso de personas que de alguna manera se encargan de llevarlos bajo engaños de un lugar a otro, bajo el pretexto de encontrarles alguna forma de ingreso legal o supuestamente ilegal a el nuevo país. De ese modo, esta nueva forma de tipificación llenaría un vacío en la legislación penal, toda vez que con el proyecto de ley sólo se venía penalizando, aquellas conductas de elaboración del uso de documentos falsos, que son propias de los delitos contra la fe pública. Teniendo en cuenta que estas conductas violan reglas migratorias de los países en los que se produce el ingreso irregular, la reforma sería el principio de una colaboración internacional entre todos los países; lo que era necesaria para una mejor coexistencia, en su intervención señaló que “el texto no

busca sancionar a la persona que sale o ingresa, es decir, a quien es engañado. No se está sancionando al que es de alguna manera convencido de que puede ir a otro país a buscarse un mejor porvenir so pretexto de darle una visa falsa o lo que fuera. Se está sancionando a las organizaciones o personas que, bajo concierto o banda, se dedican a la actividad del negocio ilícito de llevar personas so pretexto de ofrecerles un mejor porvenir. (Diario de debates del congreso Sesión del 04 de noviembre de 1999).

Por su parte el Congresista Alva Orlandini, en su intervención remarcó la necesidad de introducir el tipo penal, sin hacer alusión a que valores se pretende proteger con la norma. El congresista Espichan Tumay hizo referencia a que la migración es un fenómeno complejo y de larga historia, que se viene incrementando a nivel mundial, a consecuencia de las diferencias económicas, laborales, sociales entre otros factores; y que si bien es cierto que la migración trae consigo beneficios tanto para los países desde donde parten los migrantes como para los países de destino, “este proceso debe hacerse en forma ordenada y dentro del marco legal del país donde se emigra, con la finalidad de evitar que posteriormente las personas sean devueltas o deportadas” (Diario de debates del congreso Sesión del 04 de noviembre del 1999). Y haciendo referencia a la Conferencia Regional de Puebla celebrada en el año de 1996, precisaba que los Estados emitieron una declaración donde se señalaba la necesidad de implementar mecanismos para combatir a las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de personas, por lo que había la necesidad de difundir en los país de la región la falta de una tipificación penal de los actos destinados a traficar con los migrantes con la finalidad de erradicar a estas organizaciones ilícitas, todo en el marco de esos compromisos destinados a prevenir el orden y la seguridad del territorio nacional salvaguardando las leyes migratorias, además que se debía observar el respeto a los derechos humanos al momento de introducir esta conducta prohibida.

Con esta intervención se hacía referencia a que los delitos contra el orden migratorio, por un lado, afectaban las leyes migratorias, y por otro lado atentaban la seguridad pública, y que esos eran los bienes jurídicos que se debía proteger. Es importante esta intervención, ya que por primera vez en la legislación nacional se señala que el tráfico de migrantes, también debe ser considerado como un delito que afectará la seguridad pública que comprenden valores de protección mucho más amplios, y que exigen la intervención aún antes de que se causen resultados

concretos.

Seguidamente intervino en el debate el congresista Trelles Montero quien desde una mirada desde la perspectiva del migrante, recordó que la norma no pretende sancionarlo, ya que con este proyecto no se busca sancionar al migrante, sino a aquella persona que lo ayuda, quien además debe ser diferenciado de aquellas personas que engañan al migrante, (Diario de debates del congreso Sesión del 04 de noviembre de 1999) es decir, pretendía que la norma reprima la conducta falsaria del traficante que engañaba al migrante, lo que significa que consideraba que el delito debía ser de resultado, ya que la única posibilidad para que se consumara el delito era que se produzca el engaño y consecuentemente el perjuicio económico; es decir, era una postura que negaba la posibilidad que nos encontremos ante un tipo de peligro abstracto.

En el debate parlamentario el autor del proyecto de ley, el congresista Siura Céspedes en su intervención señaló que este delito no solo era cometido por personas en forma individual, sino que eran cometidos fundamentalmente por organizaciones que se valen de los diferentes medios y recursos para promover salidas del país, ofreciendo supuestas facilidades de residencia en otros países e inclusive llegando al extremo de falsificar documentos, no solamente nacionales, como partidas o DNIs, sino también documentos extranjeros, como pasaportes y visas. Se trataba de un delito que ha estado escondido en las acusaciones de estafa y contra la fe pública, pero no había habido oportunidad para sancionar drásticamente a los delincuentes. (Diario de debates del congreso Sesión del 04 de noviembre de 1999). Esta intervención hace referencia nuevamente al carácter pluriofensivo de este delito, agregando el dato fáctico de que estas conductas son cometidas mayormente por organizaciones criminales. Respecto a la razón por la que se debe sancionar este delito, señaló que muchas familias que resultaron perjudicadas cuando vieron que sus parientes fueron abandonados en el extranjero y, por tanto, sufrieron abusos y tuvieron que padecer las consecuencias de dicha travesía, que llegaron a extremos que son difíciles de relatar pero que son de fácil reconocimiento, a pesar de que estas familias que anhelan viajar al extranjero podrán acudir a los trámites formales que conceden nuestras autoridades. (Diario de debates del congreso Sesión del 04 de noviembre del 1999)

De los debates analizados se aprecia que el legislador nacional cuando propuso la incorporación del tipo penal del tráfico de migrantes lo concibió como una norma que iba a reforzar la Ley de migraciones y al mismo tiempo pretendía proteger la seguridad pública, ya que buscaba evitar el ingreso de personas peligrosas que hubieran cometido delitos en su país de origen o que estén procesados en su países, se recordó que estas conductas siempre eran desarrolladas por grupos criminales quienes facilitaban el ingreso de estas personas al país. En base a ello, se puede afirmar que el legislador lo concibió como un delito que pretendía reforzar la seguridad pública y lo ubicó en el Libro segundo, Título XII del Código Penal, que contiene un conjunto de normas que buscan proteger la seguridad pública; teniendo en cuenta que, en este capítulo, se encuentran los delitos de peligro común, los delitos que atentan a los medios de transporte y los que afectan a la salud pública.

A partir de lo señalado por Hurtado (1973, p.703) la seguridad pública debe ser entendida como el conjunto de condiciones que están garantizadas por el orden jurídico, y que se consideran imprescindibles para conservar la integridad de todo bien como la vida, la salud, el patrimonio entre otros bienes, a partir de considerar a sus titulares a todos y cada uno de los individuos, independientemente de su pertenencia a ellos. Desde un primer momento se consideraba que la seguridad pública debía de concebirse como un delito que afectaba la incolumidad pública, es decir, era considerado como un concepto abstracto, al contener infracciones pluriofensivas; tenían múltiples objetos jurídicos, por un lado, se consideraba la incolumidad del interés general, y, por otro lado, se buscaba tutelar los intereses particulares que pueden ser lesionados o puestos en peligro por las acciones delictuosas. El bien jurídico, seguridad pública, no debe confundirse con generar seguridad jurídica y de proteger el derecho en forma general.

Finalmente luego del debate el Congreso de la República aprobó el artículo 303-A, por el cual se tipificaba el delito migratorio como la conducta del agente que ilícitamente que con la finalidad de procurarse para su beneficio personal un beneficio patrimonial, ejecutaba, promovía, favorecía o facilitaba el ingreso o la salida de terceras personas del país, conducta que era sancionada con las penas de privación de la libertad, multa o en su caso, la accesoria de inhabilitación; en el mismo articulado se estableció como agravantes cuando la conducta sea cometida por personas que eran

parte de instituciones encargadas del control migratorio o de los encargados de prevenir o investigar este tipo de delitos, y cuando las condiciones del transporte de los migrantes ponían en peligro su integridad, psíquica o moral, habiéndose dejado de lado, la agravante de que el hecho sea cometido por un grupo criminal.

Dicho texto legal fue introducido a través de la ley N° 27202, que fue publicado en el diario oficial el 15 de noviembre de 1999, fecha a partir del cual formalmente se introdujo el delito contra el orden migratorio en la legislación penal nacional.

5.2. La modificación del delito de tráfico de migrantes.

Inicialmente el artículo 153 del código sustantivo reprimía el favorecimiento al tráfico de menores en sus diferentes modalidades, posteriormente en el año de 1994, la norma fue modificada con la finalidad de sancionar la retención o traslado de menores. Posteriormente el 16 de enero del 2007 a través de la ley N° 28950 se introduce la figura penal de trata de personas en su tipo base y sus formas agravadas. Con ocasión de la introducción de este delito también se modifica el delito migratorio.

A partir de ello en el año 2006, un grupo de congresistas propuso la modificación del artículo 153 del Código Penal, que en aquel momento regulada el tráfico de menores, teniendo en cuenta que este delito en realidad constituye una variante del delito de trata de personas, figura delictiva que tenía trascendencia internacional, ya que el traslado de menores, muchas veces tenía como finalidad su venta a parejas que no pueden tener hijos, en otros casos, el traslado de menores podía ser con propósitos de explotación laboral o sexual, ya que muchas veces el traficante en el fondo busca obligarlos a realizar trabajos forzados, destinar a los menores a conflictos armados, y en algunos casos incluso para destinarlos al tráfico de órganos.

El Ministerio Público el 27 de setiembre del 2006 presentó el proyecto de ley que fue identificado con el N° 314-2006-MP con la finalidad de modificar el delito de trata de personas y el tráfico migratorio. Conforme a la exposición de motivos del proyecto los objetivos de la modificación se sustentaban en la ratificación y aprobación de la Convención de Palermo que se ocupaba de la lucha contra los

crímenes cometidos por la delincuencia organizada internacional y que a su vez contenía sus protocolos complementarios, entre ellos el referido a la prevención y sanción de la trata de persona y sanción de los delitos contra el orden migratorio, por lo que era conveniente adecuar el ordenamiento jurídico, tanto a nivel sustantivo como procesal, del mismo modo buscaba incentivar la cooperación internacional para hacer más efectiva la lucha contra estas nuevas manifestaciones de criminalidad.

Por otro lado, en esa misma época el Poder Ejecutivo también presentó un proyecto legislativo N° 513/2006-PE con la finalidad de tipificar adecuadamente la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, adecuando la legislación nacional a los estándares establecidos en los convenios internacionales ratificados por el Estado Peruano.

Como se aprecia, tanto el Ministerio Público como el Ejecutivo presentaron proyectos legislativos con la finalidad de adecuar la legislación a los convenios internacionales, fundamentalmente a la Convención de Palermo y sus protocolos complementarios referidos a la trata de personas y el delito migratorio internacional. Ello nos llevaría a pensar que buscaban proteger la seguridad pública, que es el bien jurídico que se pretende resguardar conductas que son afectadas por la delincuencia organizada. Por lo que corresponde identificar cuál era el bien jurídico que merecía el respaldo normativo a nivel de nuestra legislación interna.

Proyecto de Ley 314-2006-MP

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 314-2006-MP, que fue propuesto por la Fiscalía de la Nación se señaló que la trata de persona es un fenómeno socio criminal de relevancia internacional a cuya consecuencia se generan violaciones a los derechos humanos; actividad ilícita que es desarrollada por organizaciones criminales de corte internacional, ya que se presentan procesos tanto en el lugar de origen, como en los lugares tránsito y también en el lugar de destino; pese a que diversas instituciones y organismos han pretendido formular conceptos sobre la trata, el Protocolo adicional a la Convención de Palermo ha estableció una de las definiciones más adecuadas al definirlo como un problema complejo y multifacético, teniendo en cuenta que en este tipo de conductas siempre se aprecia la participación de

grupos que actúan al margen de la ley y que están organizados en forma transnacional.

Y respecto al tráfico ilícito de migrantes, señaló el proyecto que debía de tomarse en cuenta su regulación, que se sustenta en el principio de respeto a la facultad soberana del Estado por el cual puede regular la entrada y salida de personas del territorio donde ejercen soberanía. Sin embargo, esta facultad soberana es burlada por organizaciones criminales que utilizan una serie de mecanismos ilegales para de ese modo, permitir el tránsito de las migrantes que no han sido autorizadas por el Estado, quebrantando así toda norma de control existente, además de colocar en una situación de peligro a los sujetos de tráfico (Exposición de Motivos, P.L. N° 314-2006-M.P, P.3); es decir, el legislador considera que este delito tiene su fundamento en que a través de los delitos de trata de personas los grupos criminales facilitan también el tránsito ilegal de migrantes, quebrantan la soberanía del Estado al burlar los controles migratorio. Más adelante, se señala que el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes tiene como propósito prevenir y combatir el tráfico de personas, por lo que consideran que era conveniente que nuestro país se adecue al ordenamiento normativo internacional en materia de protección de víctimas.

El Proyecto legislativo proponía que se modifique el artículo 303-A, estableciendo como conducta prohibida, aquella donde el agente introduce, promueve, facilita, colabora o participa a través de cualquier actividad la entrada o salida de personas del territorio nacional, conducta que desarrolla el agente con la finalidad de obtener de manera directa o indirecta un lucro o cualquier beneficio ya sea para su persona o para beneficio de tercero, incrementando las penas a no menos de cuatro ni mayor a seis años de pena privativa de libertad.

Las formas agravadas también eran modificadas, ya que el artículo 303-B introducía como circunstancias que incrementaban la punibilidad; cuando la conducta era cometida por funcionario o servidor público, o cuando lo realizaba el representante de una organización social, o cuando la víctima resulta ser menor de edad o padecía de incapacidad, o cuando era cometido por más de tres personas; finalmente se proponía una agravante de segundo grado, si cuando a consecuencia del tráfico de personas se producía la muerte del traficado.

El proyecto de ley se establecía que “por tráfico” se debía entender el movimiento o tránsito de personas, mientras que lo “ilegal” se entiende en quebrantamiento de las disposiciones normativas básicas en la materia, que se concretaban en las normas de extranjería y migración; a partir de ello, los individuos que participan o colaboran en la entrada y salida del país de personas quebrantando las normas de extranjería están al margen de la ley y son susceptibles de imputación penal, ya que se entiende que su conducta quebrantan la seguridad soberana del Estado y la seguridad de los migrantes. A partir de estas premisas, y teniendo en cuenta que la modificatoria del delito migratorio buscaba que se ordene y regule los flujos migratorios por los cauces y criterios legales protegiendo los derechos de los migrantes, se consideraba que el bien jurídico protegido es el flujo y orden legal migratorio, así como la protección de los migrantes. Es decir, el proyecto de ley pretendía proteger dos bienes jurídicos; por un lado, resguardar el “orden migratorio”, por otro lado, buscaba proteger la “dignidad del migrante”.

Se debe mencionar que, de la revisión del proyecto de ley, se aprecia que se hacía una clara diferencia entre la trata de personas, y el tráfico de migrantes. El primero era apreciado como un delito proceso que afectaba fundamentalmente la libertad de las personas, por ello se le ubicaba dentro de los delitos contra la libertad; mientras que el segundo, era ubicado en el rubro de los delitos que atacan la Seguridad Pública, estableciendo una diferencia clara de los bienes jurídicos que se pretende resguardar entre ambos delitos.

La diferencia más marcada en el proyecto la encontramos en el marco punitivo. Se sostiene que a fin de determinar la dosificación de la pena se debía tener en cuenta los criterios de proporcionalidad al momento de establecer las penas, que significa que estas deben darse en relación al daño causado; el legislador consideraba como criterio adicional, que debía hacerse además una comparación con las penas que son propias de los delitos cometidos por grupos criminales, por lo que consideraba que la sanción para el delito de trata en su tipo base debía estar en el rango de no menor de ocho ni mayor de quince años. Podemos apreciar que la pena que proponían era la misma pena establecida para el delito de asociación ilícita en los términos en el artículo 317 en su segundo párrafo del catálogo penal, que agravada el delito de asociación ilícita cuando el grupo criminal tenía como finalidad cometer delitos de

trata de personas, es decir, se hacía una equiparación de las penas teniendo en cuenta que ambas normas regulaban supuestos fácticos similares.

Bajo ese mismo criterio respecto al delito migratorio, se propuso en su extremo mínimo penas que van de entre cuatro a seis años, ya que se consideraba que este tipo de conductas tenían una reprochabilidad menor al delito de trata de personas.

Respecto a las agravantes, el proyecto de ley del Ministerio Público mantuvo los mismos criterios. Así se tiene que en el delito de trata de personas se establecen dos niveles de agravantes. En un primer nivel se toma en cuenta la calidad de agente activo; es decir, cuando el agente activo tenía la calidad de funcionario público y colaboraba en el proceso de trata de persona; otros supuestos se da en el caso de los representantes de las organizaciones sociales, o cuando el hecho era cometido por un integrante del grupo familiar, o cuando es cometido por una persona extranjera; otra agravante de primer nivel está referida a la calidad de sujeto pasivo, donde se entiende que existe un mayor desvalor de la acción cuando son sometidas a trata de personas los adolescentes ya que este grupo etéreo se encuentra una condición de vulnerabilidad; otro supuesto que agrava la conducta esta referida a los actos de trata de personas que son cometidos por una pluralidad de agentes, o cuando resultan como agraviados directos una pluralidad de personas. Finalmente se establecía una agravante en relación de los medios utilizados; donde se sancionaba con una mayor pena, cuando las víctimas son secuestradas, es decir, cuando son privadas de su libertad utilizando para ello medios violentos con lo que se genera una mayor afectación a la víctima. En todos estos supuestos el proyecto de ley proponía que al sujeto activo se le aplique una pena entre los doce y veinte años.

Sin embargo, también en el proyecto de ley se establecía una agravante de segundo grado. Se proponía la pena no menores de veinticinco años, cuando se presentaban los siguientes supuestos: si se ocasionaba la muerte de la persona sometida a trata, o cuando a consecuencia de los actos de trata se ocasiona una lesión grave que ponga en peligro grave su vida o su seguridad; otro supuesto será cuando el traficado sea menor de catorce años, es decir, cuando se somete a trata a niños, lo que se justifica en el hecho de que el Estado está en la obligación de brindarles protección de manera especial a este grupo etario, ya que los niños dada su constitución física y

mental, no están en la capacidad de poner resistencia o poder evadir las redes de trata. Finalmente, otra agravante de segundo grado es la referida a la existencia de una organización criminal que opera a nivel internacional.

Al respecto, se aprecia que había una deficiente redacción legislativa, ya que se considera como una agravante de segundo grado que los actos de trata de personas sean cometidos por una organización criminal que opera a nivel internacional, lo que significa que se negaba la posibilidad de que pueda constituirse una organización criminal que opere sólo a nivel nacional. Es importante destacar, que dentro de las agravantes de primer grado se indica que se agrava la conducta cuando es cometido por más de tres personas, aspecto que bajo ninguna circunstancia puede asimilarse a una organización criminal. En el Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116 se estableció como criterio jurisprudencial vinculante que la circunstancias que modifican incrementan la punibilidad referida a la presencia de una pluralidad de agentes y la integración a una organización criminal resultan ser incompatibles. La primera se configura a partir de supuestos coautoría o autoría funcional, exigiendo la intervención concertada en co-dominio del hecho; en cambio la segunda requiere siempre una actuación del sujeto activo como integrante de una organización delictiva, lo que significa que puede ejecutar aún de manera individual los designios de la organización. En ese sentido, no se podía incrementar la pena en un segundo nivel cuando la organización criminal tenga una naturaleza transnacional, sin que previamente se haya establecido la agravante de que el acto de trata sea perpetrado por una organización criminal. Se debe tener en cuenta que el propósito de la tipificación de la trata era adecuar nuestra legislación al Convenio de Palermo que establecía criterios para enfrentar la criminalidad organizada, lo que nos llevaría a pensar que el delito de trata de personas sería un delito cometido sólo por organizaciones criminales; sin embargo, ello quedaría descartado, desde el momento en que el proyecto establece una pena por debajo de las establecidas para la criminalidad organizada en el delito de trata en su tipo base.

Respecto al delito de tráfico de migrantes, como ya hemos dicho se establecía una pena entre los cuatro y seis años. Este tipo penal también establecía circunstancias agravantes en dos niveles.

En un primer nivel se establecía penas no menores de cinco años ni mayores de ocho años, y las circunstancias agravantes eran las mismas señaladas para el delito de trata de personas; así se establecía como una primera agravante en función a la calidad del agente, es decir cuando el sujeto activo es funcionario o servidor público. Se debe precisar que no basta que el agente tenga dicha cualidad sino que debe prevalecer de ese cargo, ya que se considera mucho más reprochable la conducta de un funcionario público que desarrolla los verbos rectores del tráfico de personas, prevaleciendo de su cargo, es decir, utilizando las ventajas y privilegios que le dan el cargo; el otro supuesto es cuando el sujeto activo aprovecha su condición de representante de una organización tutelar o empresarial dedicada a brindar asistencia a los traficados, lo que hace más reprochable el comportamiento del sujeto, quien aprovechándose de los recursos que brindan esas instituciones para que puedan influenciar en otras instituciones para lograr sus fines criminales, en algunos casos se aprovecha de los recursos logísticos que le brindan estas organizaciones.

Otro supuesto, está referido a la calidad del sujeto de tráfico. Cuando se señala como agravante que da más disvalor a la conducta cuando objeto de tráfico es un menor de edad o cuando la víctima sufre alguna incapacidad física o mental; la conducta del agente es más reprochable, ya que estas personas al no tener claramente desarrollado su personalidad son más débiles y vulnerables al momento de ser sometidas al proceso de tráfico ilegal.

Finalmente, otro supuesto es el referido a que el hecho sea cometido por tres o más personas. En realidad, conforme a la exposición de motivos, si bien se proponía como agravante la concurrencia de una pluralidad de víctimas, sin embargo, sus fundamentos hacía referencia a la organización criminal que era considerada como una agravación cualificada que exigía imponer penas en el grado superior, resultaba indudable la necesidad de sancionar al tráfico de migrantes cometidos a través de mafias o grupos delictivos organizados, de ahí surgía la iniciativa de incriminar de forma unitaria y severa sus actuaciones en este ámbito; tanto por su frecuencia criminológica como por que a través de sus actividades se originan condiciones de vulnerabilidad y de peligro para los migrantes (Exposición de motivos del Proyecto legislativo N° 314/2006-MP, 2006.p. 9). A pesar de lo expresado en la exposición de motivos donde se indicaba que había la necesidad de sancionar el tráfico de migrantes

cometidos por mafias o grupos delictivos organizados, se proponía en el texto normativo, como supuesto de agravación que el hecho “Es cometido por tres o más personas”. Lo que evidencia una confusión conceptual ya que se daba por sentado que la comisión de este delito por más de tres personas, era sinónimo de haberse cometido por una organización criminal, a pesar de que existen diferencias notorias, entre ambos supuestos.

Un grupo de más de tres personas pueden cometer el hecho en base a una división de tareas que es propia de la coautoría, y no necesariamente como integrantes de una organización criminal que exige que el agente sepa que actúa en cumplimiento de los fines de la organización criminal, de lo que se aprecia que ambas circunstancias son diferentes, y también el nivel de reprochabilidad debe ser mayor. Una cosa es que los actos de favorecimiento, para el ingreso o salida ilegal de personas lo cometa un grupo de personas de una determinada localidad que es usada como zona de tránsito; donde este grupo hacen una división del trabajo y cada uno de encarga de desplegar acciones dentro del proceso migratorio y cada uno obtiene un beneficio económico en atención a su aporte; y otro supuesto distinto será que los actos de tráfico que son cometidos por personas que se saben, integran una organización criminal, donde si bien cada uno desarrolla diferentes actividades para la consecución del fin, pero lo hacen a sabiendas de que las mayores ganancias serán para los líderes, quienes son los que imparten las directivas para desarrollar las actividades de tráfico. En estos casos, los sujetos pasivos saben que su aporte es parte de toda una cadena de valor donde obtendrán un beneficio, pero a sabiendas que otras también han de obtener ganancias a consecuencia de su actuación.

Bajo el mismo criterio establecido en la trata de personas, también para el delito migratorio se establecieron agravantes de segundo grado referido a que el hecho de que con los actos de tráfico de migrantes se produce la muerte de traficado o se causa una lesión grave o se pone en peligro inminente la vida o la seguridad de los migrantes; este supuesto es sancionado con una pena no menor de diez años ni mayor de quince años.

Proyecto legislativo N° 513/2006-PE.

El Poder Ejecutivo propuso el Proyecto legislativo identificado con el N° 513/2006-PE, el mismo que también pretendían modificar el tipo penal regulado en el artículo 153 del Código Penal introduciendo donde se introducía la figura delictuosa de la trata de personas, así como detallaba las formas agravadas en el numeral 153-A; al mismo tiempo se proponía modificar tráfico de migrantes, introduciendo el artículo 301-A, que era denominada como el tráfico de migrantes; en el texto normativo el supuesto de hecho reprimía la conducta del agente que promovía, favorecía, financiaba o facilitaba la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener, lucro o cualquier otro beneficio, estableciendo penas que van desde los cuatro a seis años de pena efectiva, en el mismo artículo se establecía las circunstancias agravantes que eran sancionadas con penas de cinco a ocho años, más la inhabilitación cuando se cometía el delito migratorio aprovechando su condición de funcionario público, o cuando en sujeto activo utiliza su condición de promotor de una organización tutelar, también se hacía más reprochable la conducta cuando eran cometidos por mas de tres personas o por integrantes de una organización criminal, cuando se producía la muerte del migrante o se le causaba lesiones leves, cuando las condiciones en que era transportado ponía en peligro su integridad personal y cuando la víctima es una persona menor de dieciocho años o es una persona que sufría una discapacidad mental

En su exposición de motivos recogía los criterios asumidos en la Convención sobre trata de personas, a partir de considerar que la trata era un fenómeno criminal que vulneraba los derechos fundamentales de las personas, se reconocía la experiencia criminológica en el sentido de que los sujetos activos que perpetraban los delitos han llegado a constituir organizaciones estructuradas desarrollado redes criminales tanto en los países de origen, como también en los países de tránsito para posibilitar el traslado ilegal de las víctimas, estas redes también fueron constituidos en los países de destino; estas redes inicialmente realizan actividades de captación haciendo uso de diversas modalidades y luego trasladan a las víctimas a distintos lugares geográficos impidiendo ejercitar su libertad personal. Esta realidad no era ajena al Perú, por ello, el proyecto del ejecutivo consideraba beneficioso que el Estado Peruano desarrolle acciones con el propósito de adecuar nuestro ordenamiento normativo, tipificando la trata de personas y el delito migratorio, que debían ser concebidos como delitos que en realidad atentaban la libertad personal, dejando de lado, la postura de asumir que eran delitos de connotación sexual.

Respecto al delito migratorio, el proyecto de ley en sus fundamentos señalaba que la regulación de este delito se sustentaba en reconocer la vigencia de la facultad soberana que tienen los Estado para regular la entrada y salida de personas dentro de su espacio geográfico soberano, considerado como un principio rector; recordaba que esta facultad que se ve burlada por organizaciones criminales que utilizan una serie de mecanismos ilegales para posibilitar el desplazamiento de personas que no cumplen con las exigencias administrativas para acceder a la autorización, ya sea en el Estado de origen, como en el de tránsito o en el de destino, quebrando las normas de control, además de colocar en una situación de peligro a los sujetos de tráfico (Exposición de motivos ley N° 513/2006-PE, 2006). Otro de los fundamentos de la modificatoria era el incremento sustantivo de la migración ilegal de peruanos hacia el exterior lo que ha propiciado el desarrollo de una economía criminal ligada a facilitadores de transporte, y proveedores de refugio temporal o de documentos falsos, o la provisión de información y otros servicios colaterales, fomentando la constitución de organizaciones criminales que se infiltran en instituciones públicas y privadas a través de actos de corrupción. A partir de estas premisas el proyecto de ley consideraba que era importante que se precise, que el representante de una organización que promueve la trata o el tráfico de migrantes es sólo un actor involucrado en este ilícito, ya que otros son los promotores de la actividad. Los promotores son sujetos que, si bien no representan a la organización criminal, empero desarrollan actividades para el logro de los fines de la misma. (Exposición de motivos ley N° 513/2006-PE, 2006).

Como vemos el proyecto del Poder Ejecutivo tenía como finalidad adecuar nuestra legislación nacional con la Convención de Palermo que desarrolló el delito de criminalidad organizada, convenio que señalaba que uno de los delitos más representativos de la criminalidad organizada es el delito migratorio, delitos que se venían cometiendo en nuestro territorio permitiendo la salida de peruanos en forma irregular, actos ilícitos que eran desarrollados por organizaciones criminales.

Los proyectos N° 108-2006-CR, 314/2006-MP y 513/2006-PE, fueron de conocimiento de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social, cuyos integrantes el 22 de noviembre de 2006, emiten un dictamen favorable, donde señalaban que teniendo en cuenta que los proyectos de ley pretendían introducir el delito de trata de personas

recogiendo los planteamientos de la convención para prevenir la trata de personas. En ese momento, se analizó los diferentes instrumentos internacionales, a partir de la cual señalaba que el delito de trata atenta contra la dignidad de las personas del que se derivan una serie de derechos como la vida, la identidad, la libertad entre otros; y, por otro lado, también se analiza la trata de personas como una manifestación de una explotación doméstica, del trabajo forzado y la servidumbre, sin dejar de considerarla como un delito que procura la explotación sexual,

Al ocuparse de la modificación de delito migratorio, la comisión tomó como punto de partida, analizar los conceptos de tráfico de migrantes que propone el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de migrantes donde se señalaba que el ‘tráfico ilícito de migrantes’ se entiende un acto de facilitación para la entrada ilegal de una persona en un determinado Estado, con el fin de obtener una ventaja económica; mientras que por ‘entrada ilegal’ se debía entender como el paso de las fronteras sin cumplir los requisitos exigidos para entrar en el Estado receptor; este concepto recoge lo señalado por Miguel Ángel Quezada quien señaló que el tráfico de personas es un ‘fenómeno’ que se ha venido globalizando, pero como ya hemos indicado este fenómeno es de larga, ya que la búsqueda de una vida con mejores condiciones en otro lugar del mundo, siempre ha sido el propósito de muchas personas, y ello ha hecho que muchas personas dejen sus países de origen, lo que ha motivado que las legislaciones adoptadas en los países de destino estén dirigidas generalmente en contra de los inmigrantes y no en contra de los grupos delictivos que facilitan la entrada ilícita de inmigrantes, quienes emplean diferentes modalidades delictivas poniendo en peligro la vida de las migrantes, especialmente cuando el traslado se haga usando el transporte marítimo, donde se han dado casos en que estas organizaciones criminales han abandonado a los traficados. Por otro lado, también se ha identificado a personas inescrupulosas que posibilitan este negocio, resultando ser actores necesarios e importantes, como son los conductores de vehículos de transporte, los funcionarios que laboran en las dependencias a cargo de control de la migración, los integrantes de la policía, y como no, los dueños de bares, lenocinios, así como de casas de retención como se señaló en el Dictamen aprobado por unanimidad respecto a los proyectos de Leyes N° 108-2006-CR, 314/2006- MP y 513/2006-PE; en el dictamen se proponía como ejemplo los actos de tráfico de mujeres y niñas brasileñas, que a través de treinta y dos rutas identificadas, los trasladaban con destino a España, y

en algunos casos las trasladaban hasta los Países Bajos y Venezuela donde se han identificado entre diez y once rutas en cada uno.

Respecto al caso peruano se precisó que tomando en cuenta la información proporcionada por Centro de la Mujer Peruana Flor Tristan, se logró identificar el destino de mujeres traficadas; siendo estos, Bolivia, Brasil, Chile, los Estados Unidos de Norte América, Holanda, Alemania, España, Italia y Japón, y reproduciendo los argumentos esbozados en la exposición de motivos de los Proyectos de Ley del Ministerio Público y del Poder Ejecutivo, la Comisión de la Mujer señalaba que era conveniente que nuestro país adecúe su ordenamiento normativo tanto a nivel sustantivo como procesal e incentive la cooperación internacional en temas de protección de víctimas, considerando que en nuestro Código Penal no se encontraba adecuadamente regulado los delitos de trata de personas, el tráfico de migrantes, especialmente en sus formas agravadas. Siguiendo las recomendaciones de los protocolos que complementan la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada, era necesario implementar políticas efectivas para hacer frente a estos delitos.

El texto normativo proponía que el artículo 303-A, sea modificado precisando que la conducta reprochable era la promoción, inducción, el constreñimiento, el financiamiento, la facilitación o colaboración o la participación en la entrada o salida ilegal de personas del país, siempre con el fin de obtener lucro o cualquier otro beneficio, que es el ánimo del sujeto activo, ganancias que pueden ser para uno mismo o para beneficio de terceros.

En sus formas agravadas precisaba dos tipos de agravantes; unas agravantes de primer grado cuando el hecho era cometido abusando del ejercicio de la función pública, cuando se aprovecha de su condición de representante de una organización social o empresarial, cuando existe una pluralidad de víctimas, o cuando se comete en perjuicio de adolescentes de entre los catorce a dieciocho años de edad, y el hecho es cometido por más de tres personas. Y como agravantes de segundo grado se estableció que la pena sería no menor de veinticinco años, si como consecuencia del acto de tráfico de personas se producía la muerte o se ponía en peligro su vida, cuando la víctima es menor de los catorce años, y cuando el hecho es cometido por un agente

que es parte de una organización criminal.

En este dictamen se aprecia que las agravantes de segundo grado, establecidas para el tráfico de migrantes, son las mismas a establecidas para la trata de personas. A pesar que en los fundamentos expuestos en los proyectos de ley, se señalaba claramente que existían una serie de características que permitía establecer diferencias entre ambos delitos, ya que el bien jurídico que pretenden proteger son distintos en ambas figuras delictivas. Lo que significa que el legislador a pesar de reconocer que la trata de personas tiene una naturaleza jurídica distinta al delito migratorio, al momento de establecer las agravantes y señalar los criterios que justifican una mayor pena, las considera como si fueran delitos de la misma entidad.

Los proyectos de ley fueron de conocimiento de la Comisión de Justicia y de Derechos Humanos, y luego de su estudio el 09 de enero del 2007 se emitió el dictamen respectivo. De la lectura del dictamen de la comisión de justicia al ocuparse del delito de trata, considera que la legislación nacional debe adecuarse a la Convención de Palermo, donde se señala claramente que la trata de personas es una actividad criminal cometida por organizaciones criminales; por tanto, en aplicación del principio de proporcionalidad, la magnitud de pena que debe aplicarse a este delito debe estar en relación con el daño causado, por ello, en el proyecto se consideraba la misma pena que corresponde al delito de asociación ilícita, es decir, una pena entre los cuatro a los seis años, que era el marco punitivo establecido en aquel momento para la asociación ilícita, ya que ahora dicho marco punitivo se ha incrementado pues se ubica entre un mínimo de ocho años y un máximo de quince años de privación de la libertad, es decir la magnitud de la pena es similar tanto para la trata de personas como para el delito de organización criminal. Con las modificaciones normativas introducida por el Decreto Legislativo 1444 el delito de asociación ilícita pasó a denominarse como delito de organización criminal con la modificatoria, sin que hubiera mayores cambios sustanciales en sus elementos descriptivos y normativos.

En este dictamen se aprecia una confusión respecto a la tipificación del tráfico de migrantes, con la trata de personas. El solo hecho que una persona sea trasladada de un lugar a otro, sin su autorización, ya constituye el delito de trata de personas; entonces no se necesita demostrar toda la cadena de los actos de trata, ya que el tipo

penal establece ya una presunción del delito solamente por el hecho de que la persona ha ido de un lugar a otro en contra de su voluntad (Dictamen de la comisión de Justicia, p. 19-20). Es decir, se consideraba que el tráfico de migrante era parte del delito de trata a pesar que ambas figuras delictivas tienen distintas finalidades, si bien desde una primera aproximación, ambos delitos procuran proteger similares valores; sin embargo, en el delito migratorio el agente procura la llegada del migrante a su destino a fin de obtener una ganancia económica aprovechándose del consentimiento otorgado por el traficado; mientras que en el delito de trata el agente procura la explotación de las personas para conseguir ingresos a consecuencia de los actos de explotación, donde el consentimiento que puede brindar la víctima estará siempre viciado.

No se debe olvidar que en ese momento ya se entendía que el tráfico de personas suponía un interés compartido entre el traficante y el migrante; lo que no ocurre en el segundo donde el tratante tiene como objeto de delito a la persona humana. Se señala que existe un interés compartido, ya que el traficado tiene interés en hacer uso de las rutas de tránsito ilegal con la finalidad de llegar a su lugar de destino, mientras que el traficante, también tiene interés en que el migrante haga uso de las rutas de tránsito ilegales, pero a cambio de la obtención de una ventaja económica.

La Comisión de justicia considera que el bien jurídico tutelado es el flujo u orden legal migratorio, así como la protección de los migrantes; y estando a la descripción de los comportamientos reprochables como el inducir, promover, financiar, facilitar, colaborar o participar en el tráfico de migrantes, siempre con un fin lucrativo; considera que este delito en realidad se consagra como un típico delito de peligro abstracto, pues nos encontramos ante comportamientos de consumación anticipada, a la vez que instituye un concepto unitario o expansivo del autor, al equiparar comportamiento de colaboración o ayuda, como un acto que es calificado como autoría. (Dictamen de la comisión de Justicia, p. 21).

Más adelante, en el dictamen se ocupan de las circunstancias agravantes, como la referida a la calidad del agente, cuando es cometido aprovechando de la calidad de funcionario público o su condición de representante de organizaciones sociales, u

organizaciones tutelares que colaboran en el proceso de tráfico de migrantes; otra de las agravantes es la referida a la calidad de sujeto pasivo cuando el traficado es menor de edad o sufre de alguna incapacidad lo que hace que la víctima sea más vulnerable y como tal el peligro se incrementa.

Es importante precisar que a pesar que ni en los proyectos N° 108-2006- CR, N° 314/2006-MP y N° 513/2006-PE se incorpora una agravante respecto a que el delito migratorio se cometa en el marco de una organización criminal. La Comisión de Justicia introdujo esta agravante ya que la organización criminal, es considerada como una agravación cualificada al imponer penas en el grado superior; se considera que resultaba indudable la necesidad de sancionar el tráfico de migrantes cometidos a través de mafias o grupos delictivos organizados, teniendo en cuenta que éste es un delito propio de las organizaciones criminales, de ahí la iniciativa de incriminar de forma unitaria y severa sus actuaciones en este ámbito; tanto por su frecuencia criminológica como porque a través de sus actividades se originan condiciones vulnerables y de peligro para los migrantes (Dictamen de la comisión de Justicia, p. 22).

Respecto a las agravantes de segundo grado, se señala que la norma penal busca la protección de la vida, el cuerpo y la salud del traficado, que se entienden como los bienes jurídicos que se protege, pues estas constituyen la esencia de la existencia del normal desarrollo del hombre, y cuando estos valores son vulnerados, la responsabilidad es doble, por un lado, por vulnerar las normas migratorios y en segundo lugar, por colocar al sujeto de tráfico en una situación de peligro, por lo que la conducta debe sancionarse con una pena mayor de veinticinco años, al igual que las agravantes que se establecen en el delito de trata de personas. A pesar que el dictamen de la Comisión de Justicia señalaba que el artículo 303-A tiene un contenido amplio al haberse introducido agravantes, como cuando el hecho es cometido por un funcionario público, o un representante de una organización social, cuando es cometido por más de tres personas, estableciendo un marco punitivo entre los cinco a los ocho años de privación de la libertad; se aprecia que en el proyecto se incorpora agravantes de segundo grado, cuando el tráfico de personas se comete haciendo uso de una forma de transporte que ponen en grave peligro la integridad de la víctima, o cuando la víctima del tráfico es una persona menor de catorce años, es decir niños; y finalmente cuando

el agente actúa como integrante de una organización criminal.

En base a dichos criterios la Comisión de Justicia y Derechos Humanos propuso el texto normativo, para el artículo 303-A, regula el tipo base del Tráfico ilícito de migrantes, mientras que en el artículo 303-B se regulaban las formas agravadas.

Analizando el desarrollo del proceso parlamentario, apreciamos que el 11 de enero del 2007 se presentó un texto sustitutivo que contenía el precepto Legal consensuado de la Comisión de Justicia y la Comisión de la Mujer, el texto fue puesto en consideración del pleno del congreso. En la 24ª sesión matinal llevada a cabo el 11 de enero del 2007, se debatió dicho proyecto de ley.

La exposición de motivos estuvo a cargo de la presidenta de la Comisión de la Mujer congresista Venegas Mello, del grupo parlamentario Nacionalista y UPP, quien expuso la urgencia de regular de manera adecuada el delito de trata, ocasión en la que se reprodujo los fundamentos esbozados en el dictamen de la comisión. Del contenido de las actas de debate se aprecia que se omitió hacer la sustentación respecto a la necesidad de modificar el delito migratorio, ya que únicamente se ocupó de las razones para modificar la trata de personas, lo que evidencia que el legislador consideraba que estos delitos eran similares. Luego de la exposición, la mesa directiva hizo notar que no había intervenciones. Únicamente intervinieron en el debate el congresista Lescano Ancieta y la congresista Beteta Rubin quienes saludaron el proyecto de ley haciendo referencia a que el mismo había sido consensuado por las comisiones de justicia y la comisión de la mujer y se sugirió hacer una precisión respecto al extremo superior de la pena a imponerse, cuando se presentes las circunstancias que le dan mayor gravedad a la conducta cuando se materializaba la trata de personas; criterio que fue aceptado por la comisión de la mujer, sin mencionarse nada sobre las razones por las que se modificaba el delito de tráfico migratorio; es decir, no se propició un debate respecto al proyectos de ley en dicho extremo, perdiéndose de ese modo la oportunidad para conocer cuáles eran las razones de la modificación del delito migratorio, ya que de la revisión de los dictámenes elaborador a nivel de comisiones, hasta ese momento no se tenía claramente identificado el injusto penal que se pretendía sancionar o cual era el bien jurídico que

se pretendía proteger. El proyecto de ley al ser sometido a la votación respectiva fue aprobado por 66 congresistas, habiendo aprobado que la propuesta de ley sea exonerada del trámite de la segunda votación. (Diario de debates 24° A Sesión Primera Legislatura de 2006 del 11 de enero del 2007 Tomo III)

De lo analizado hasta este momento, nos permite afirmar que la modificación del delito migratorio previsto en el artículo 303-A, y la adición del artículo 303-B del Código Penal, no mereció mayor debate ni en las comisiones de la mujer ni en la comisión de justicia, a pesar que en su forma agravada se incrementaron las penas, estableciendo una conminación penal similar al delito de trata, muy a pesar de que a nivel de comisiones se dejaba sentado que ambos delitos tienen una naturaleza criminológica diferente, ya que las conductas que se pretendían regular eran distintas y buscaban la prevención de diferentes supuestos normativos.

Se aprecia que, durante el trabajo legislativo a nivel de comisiones, si se establecía una diferencia entre los delitos de trata de personas y el tráfico de migrantes. El texto normativo propuesto respecto al tipo base, sufrió modificaciones, ya que se hicieron precisiones respecto a los verbos rectores que determinan la conducta reprochable penalmente.

El tipo base establecido en el tráfico de migrantes que fue plasmado en los proyectos de ley, no contenía una modificación sustancial respecto al tipo penal establecido en la ley N° 27202, habiéndose eliminado únicamente la palabra “ilícitamente”, adjetivo que en realidad eran redundante en la redacción del texto original, manteniéndose las conductas referidas a la promoción, el favorecimiento y la facilitación. Sin embargo, apreciamos que en los proyectos de ley, de manera acertada se introdujo una conducta referida a los ‘actos de financiación’, supuesto que si bien no está previsto en el Protocolo al Tráfico Ilícito de Migrantes; sin embargo, su incorporación resultaba siendo adecuada, ya que los actos de tráfico de personas por lo general son conductas que son realizados por grupos organizados, quienes para poder facilitar el paso de personas, tiene que establecer rutas no autorizadas, o en su defectos lograr la flexibilización de los funcionarios a fin que omitan el control establecido; para ello muchas veces tiene que recurrir a actos de corrupción de funcionarios a través de pagos irregulares, y para ello requieren contar con recursos económicos, lo

que constituyen actos propios de financiamiento. Por lo general las personas que proporcionan los dineros para este tipo de actividades no desarrollan otros actos adicionales como la promoción o la facilitación, pero al ser las personas que invierten dineros que por lo general tienen procedencia ilícita, son las personas que reciben las ganancias por estas actividades. Por lo demás la tipificación desarrollada recoge similares supuestos establecidos en el Protocolo antes señalado. A pesar que el protocolo es del año 2020, la legislación nacional ya lo había regulado todavía en el año de 1997; en ese sentido, la propuesta legislativa se hizo con la finalidad de adecuar el delito migratorio a los términos del protocolo; por ello se puede afirmar que esta adecuación de la legislación internacional a nuestra realidad nacional en realidad no significó un mayor cambio en la tipificación en del delito en su tipo base, lo que nos lleva a afirmar que la legislación nacional ya se había adelantado a los protocolos internacionales, donde la característica principal del delito migratorio es que el traficante de personas despliega una serie de conductas con la finalidad de lograr la entrada o salida de personas por el territorio nacional de manera irregular, vulnerando las normas migratorias, pero lo que desvaloriza aún más esta conducta es el hecho de que el agente desarrolla los verbos rectores de tráfico de personas con la finalidad de lograr una ventaja patrimonial.

Por otro lado, se aprecia que se incrementaron las penas. Inicialmente se estableció como marco punitivo una pena no menor de uno ni mayor de cuatro años; sin embargo, con la modificatoria se incrementó el marco punitivo a una pena no menor de cuatro ni mayor de seis años, habiéndose eliminado los días multa y la pena de inhabilitación.

Recientemente, al amparo de la Ley N° 31880 Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de Seguridad Ciudadana Gestión de Riesgo de Desastres Niño Global el Poder Ejecutivo a través del Decreto Legislativo N° 1573 del cinco de octubre del años dos mil veintitrés que modifica el Código Penal en materia de conversión de pena en expulsión inmediata tráfico de migrantes y reingreso clandestino con la finalidad de fortalecer el marco normativo en materia migratoria entre otros, el gobierno central volvió a modificar el tipo base del delito donde se aprecia que se ha introducido una nueva conducta relevante penalmente, referida al “Reingreso”, que conforme a la Real Academia Española significa “Volver a

ingresar”, no se han publicado cuales han sido los motivos de esta modificación; sin embargo, de acuerdo al comunicado dado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la finalidad de la modificatoria es que se deje de lucrar con la necesidad de los migrantes, frenando el ingreso y tránsito de migrantes en el país. No apreciándose una modificación sustancial respecto a las otras conductas propias del delito migratorio, ya que los verbos rectores se mantienen. Sin embargo, también se ha incorporado un nuevo delito que el legislador ha convenido en denominarlo como reingreso clandestino o ilegal, tipificado en el artículo 303-C, que sanciona la conducta del sujeto que, a pesar de contar con una sentencia condenatoria o una sanción administrativa, reingrese al territorio nacional de manera ilegal o evadiendo el control migratorio.

Se señala en el portal oficial del Gobierno, que la norma incorpora comportamientos que desarrollan aquellos extranjeros que contando con una sentencia ejecutoriada reingresen de manera ilegal al país, lo que es sancionando con penas de entre los dos a cuatro años; por otro lado, se impondrá una pena no menor de tres ni mayor de seis para aquellos a quienes se les haya impuesto el impedimento o prohibición de ingreso al país y pese a ello reingresan al país; elevando aún más las penas contra aquellas personas que reingresen utilizando documentos falso o faltando a la verdad cuando se le requiere información por las autoridades para autorizar el ingreso o salida.

Si bien podría considerarse que en realidad se ha incorporado una nueva circunstancia agravante, pero consideramos que en realidad se ha creado un nuevo tipo penal propio de los delitos migratorios con sus propias particularidades; ya que en este nuevo delito el sujeto activo será un extranjero que a pesar de tener una sentencia condenatoria ingresa al país de manera ilegal; en el segundo supuesto también el sujeto activo es necesariamente un extranjero que reingresa al país; estas dos conductas nos llevan a establecer que se requiere como condición objetiva de punibilidad, que el extranjero previamente haya sido expulsado de país, se entiende luego de un procedimiento válido. Ahora, si dicho reingreso se hace utilizando documentación falsa, en este caso para que la conducta sea sancionable, se tiene que determinar en primer lugar que el sujeto activo anteriormente ya haya sido expulsado del país, y que vuelve a ingresar suplantando identidad que sería el único supuesto; en este caso,

consideramos que nos encontramos ante un presunto concurso aparente de leyes con el uso de documento público falso, previsto en el artículo 427 de la norma penal que reprime la conducta del agente que hace uso de documento público falso; sin embargo, aplicando el principio de especialidad, corresponderá aplicar el artículo 303-A norma que está dirigida contra personas que tengan la condición de extranjero, consecuentemente no podría cometer este delito los nacionales.

Regresando, al análisis propio del trabajo de investigación, se tiene que uno de los aportes más importantes del Protocolo al Tráfico Ilícito de Migrantes, es que se reconoce que el delito de tráfico de personas es propio de las organizaciones criminales, cuando señala en su preámbulo que los Estados Parte en el presente Protocolo, están preocupados por el notable incremento de las actividades de grupos delictivos en relación al tráfico de migrantes y actividades conexas que causan graves perjuicios a los Estados afectados (UNOC, Protocolo 2000), por ello se considera que el protocolo constituye un instrumento útil para prevenir y combatir esta forma de delincuencia.

La Política Nacional de Lucha contra el Crimen Organizado 2019- 2030, propuesta por el Ministerio Público, señala que la criminalidad organizada, se entiende como un fenómeno que contiene un conjunto de actividades ilícitas cometidos por una organización criminal que ha sido creada con ese fin. El crimen organizado controla un eslabón de la cadena de valor de un mercado ilegal que generalmente se traduce en parte de un territorio (Ministerio del Interior, 2019); una de las característica de la criminalidad organizada es que paulatinamente penetra los circuitos económicos formales o informales, donde se introducen las ganancias ilícitas burlando el control estatal para ello diversifican sus delitos, sin que ello signifique que algunas organizaciones criminales puedan especializarse en un delito en particular con la finalidad de maximizar sus ganancias; otra de las peculiaridades de la criminalidad organizada es el uso de la violencia para lograr los fines propios, ya sea de manera directa contra sus víctimas o de manera indirecta a través de actos de amenaza; en otros casos recurren a la corrupción con la finalidad de lograr la operatividad de sus actividades, para ello corrompen a funcionarios en las altas esferas de poder, así como a los servidores que integran aparatos burocráticos.

Inicialmente en el año 2007, cuando se introdujo el delito migratorio se partía de la premisa que este delito era un delito cometido por organizaciones criminales; sin embargo, en ese momento no se tenía claro la real dimensión de las organizaciones criminales. Cuando se apreció la capacidad que tienen estas organizaciones criminales para generar inestabilidad económica en los Estados, es que se ha visto la necesidad de regular adecuadamente esta circunstancia criminal. En aplicación de una política criminal para hacerlos frente, se han introducido tipos penales donde la necesidad de una pena mayor se hace necesaria cuando es cometido por organizaciones criminales con la finalidad de neutralizar sus actuaciones. Este criterio también se hizo extensivo en los delitos de tráfico de migrantes, donde se introdujo esta agravante, a pesar que es un delito propio de organizaciones criminales. La introducción de esta modificación la podemos graficar en el anexo I.

Se aprecia que el tipo penal del artículo 303-B, establece dos niveles de agravante. En el proyecto de ley remitido por el Ministerio Público se aprecia que proponían agravantes tanto de primer y segundo grado. Se establecía un marco punitivo para las agravantes de primer grado con una pena mínima de cinco y máximo ocho años, para ello proponían cuatro supuestos; el primer supuesto es cuando el delito es cometido por un funcionario público que abusa del cargo, el segundo cuando el hecho es cometido por representante de organizaciones tutelares, el tercero cuando el hecho es cometido por más de tres personas, y cuando a consecuencia de los actos de tráfico se produce lesiones graves o la muerte de los traficados. Apreciamos que no se establece como una circunstancia agravante que el hecho sea cometido por una organización criminal; ello se explica porque el proyecto de ley mencionaba que estas conductas eran propias de organizaciones criminales por ello la existencia de la organización criminal era implícita para este tipo de delito, lo que explicaría que no se hubiera establecido dicha agravante; por ello cuando se fundamentó la pena se señaló que debía ser proporcional y coherente con otros tipos penales, por ello se establecía que la pena debe ser igual al de la prevista para los delitos de asociaciones ilícitas, es decir no mayor de ocho años. En igual sentido el proyecto de ley del Poder Ejecutivo, establecía las mismas agravantes consideradas como de primer grado, agregando dos supuestos más, las referidas a que los actos de tráfico se cometan en contra de una pluralidad de víctimas, o que sean menores de dieciocho años.

Es de mencionar que el Proyecto de Ley del Ministerio Público, proponía dos circunstancias como agravantes de segundo grado; estas eran que cuando a consecuencia de los actos de tráfico se ocasiona la muerte del traficado o si se le causa lesiones graves, donde la pena esta entre los diez a quince años.

Cuando estos proyectos de ley fueron de conocimiento de la Comisión de la Mujer, también se aceptó la necesidad de establecer las agravantes de primer y segundo grado; en los dictámenes se establecen los mismos supuestos establecidos en los proyectos de ley del Ministerio Público y el Poder Ejecutivo para las agravantes tanto de primer y segundo grado; sin embargo, y sin hacer una mayor fundamentación se agrega la agravante de que el hecho sea perpetrado por el agente en su calidad de integrante de una organización criminal. En el dictamen de la Comisión de Mujer y Desarrollo Social, no se indica las razones por la que se agrega esta circunstancia agravante.

Sin embargo, apreciamos un detalle importante en estos dictámenes, en el sentido de que tanto en las opiniones emitidas por la comisión de la mujer para el delito de tráfico ilícito de migrantes que se ha reproducido las mismas circunstancias agravantes de segundo grado establecida en el delito de trata, donde se justificaba la introducción de la agravante de organización criminal teniendo en cuenta que la criminalidad transnacional se caracteriza por desarrollar su capacidad instalada y de inversión, en tal sentido, los niveles de afectación son mayores estableciendo conductas pluriofensivas.

En el texto de la propuesta legislativa donde se proponía modificar el delito de trata, también se proponía como agravantes de la trata de personas las que ya estaban señalados en la norma y como agravantes de segundo grado se establecía que se produzca la muerte, lesión grave, o que se trata de una persona menor de catorce años, o padezca de alguna incapacidad y que sea cometido por el agente de una organización criminal.

Mientras que, en el texto propuesto por el delito de tráfico de migrantes, la comisión aprobó un texto conteniendo agravante de segundo grado, proponiendo las mismas circunstancias agravantes que para el delito de trata, incluso en ambos casos la

pena era no menor de veinticinco años.

Es decir, la redacción de estas agravantes para ambos delitos es similar y la única diferencia es que en el delito migratorio en el literal “a” se agregó la frase “de los migrantes afectados, o que las condiciones del traslado pongan en grave peligro su integridad física o psíquica”; empero, no se dieron razones por la cuales se hubiera agregado la agravante cuando el agente que el delito como una persona que integra una organización criminal. Como ya se dijo, a pesar de que en los fundamentos del dictamen se señalaba con precisión que tanto el delito de trata de persona y el tráfico de migrantes tienen bienes jurídicos protegidos de diferente naturaleza, ya que por un lado, en la trata de persona se protegía la dignidad de las personas, conducta que podía ser mucho más reprochable cuando era cometido por personas que integran organizaciones criminales, mientras que el tráfico de personas afectaba el sistema migratorio y la seguridad pública y que era un delito propio de las organizaciones criminales; por ello se establecen penas similares a las que corresponden a las asociaciones ilícitas, no encontrándose una explicación racional para que se agrave la pena nuevamente cuando la conducta es cometida por agentes que son parte de una organización criminal.

Es decir, a pesar que el delito migratorio es un delito propio de organizaciones criminales, sin embargo, el legislador vio por conveniente tipificar el tipo penal básico como un delito que puede ser perpetrado por una persona en forma individual, luego establece un marco punitivo agravado donde en uno de sus supuestos señala que el delito puede ser cometido por más de tres personas estableciendo penas de ocho a quince años; al mismo tiempo la norma señala como otra agravante cualificada cuando el hecho es cometido por personas que son parte de una organización criminal, donde se prevé una pena no menor de veinticinco años.

Apreciamos una contradicción, en la propuesta hecha por la Comisión de Mujer. Desde su concepción los delitos de tráfico de migrantes son delito cometido generalmente por organizaciones criminales, donde la pena debía ser similar a los establecidos para delitos cometidos por estas, es decir la prevista en el artículo 317 del Código Penal que prevé penas entre los ocho a los quince años. Sin embargo, en el dictamen, a pesar de reconocer que el delito migratorio es un delito distinto a los

delitos de trata, estableció agravantes de segundo grado similares a la trata de personas, como si se tratara de un delito medio para la comisión de la trata de personas. Decimos ello, porque cuando los actos de trata de personas son cometidos por una organización criminal, pero en dicho contexto se produce además el fallecimiento o se lesiona gravemente a la víctima de acuerdo a las condiciones de transportes, es razonable que el marco punitivo se incremente, ya que no sólo se cometen los hechos bajo la protección de una organización criminal, sino que además se atenta contra el bien jurídico de mayor valor como es la vida; lo que justifica que la pena sea mayor. Pero no hay razón para que el tráfico de migrantes se agrave con una pena tan elevada cuando el hecho es cometido por integrantes de una organización criminal. Ello evidencia una falta de análisis del bien jurídico protegido, y una confusión al momento de proponer las penas.

El principio de proporcionalidad entendido como un baremo que impone límites al legislador al momento de determinar las penas, evita que se impongan penas de manera abstracta, sin ninguna valoración del hecho; es decir, la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la magnitud del hecho antijurídico. No se debe perder de vista que esta gravedad debe ser intrínseca al hecho a partir del grado de desvalor del resultado lo que importa verificar la cantidad de bienes jurídicos afectados, la entidad del daño causado, la peligrosidad del comportamiento, el desvalor de la intención, la periodicidad de su comisión, la alarma social que genera la conducta, entre otros; criterios que permiten realizar una construcción jerárquica de bienes jurídicos. Por tanto, al momento de determinar la pena para las circunstancias agravante del delito migratorio, se debe haber analizado sin los supuestos que se establece en la norma, merecen una pena elevada similar al delito de trata de personas.

Esa falta de precisión, se mantuvo cuando los proyectos de ley fueron de conocimiento de las Comisiones a cargo de su análisis, donde se mantuvo como una agravante de segundo grado el de pertenecer a una organización criminal, y en esos términos se aprobó el texto del artículo 303-B del Código Penal, el mismo que a la fecha se encuentra vigente.

Estas contradicciones se pueden apreciar con el siguiente ejemplo. Si un grupo de personas constituyen una organización criminal que por un tiempo prolongado

están dedicados a posibilitar el ingreso y salida de extranjeros en el país; además se dedican a falsificar documentos como pasaportes, documentos de identidad; cuentan con una red debidamente distribuida en un determinado territorio, y adicionalmente se dedican a trasladar a menores; podrían ser acusados de pertenecer a una organización criminal dedicada a cometer delitos migratorios, y en caso de ser hallados responsables conforme al artículo 317 recibirían penas no menores de ocho años ni mayores de quince años. Ahora, si una persona se dedicada al transporte de pasajeros a nivel interprovincial haciendo uso de su vehículo personal, y a consecuencia de sus actividades diarias, hace contacto con personas dedicadas al tráfico de persona y decide integrarse a dicha organización criminal transportando en su vehículo a los traficados en su localidad, facilitando de ese modo el tránsito irregular de migrantes, pero por el hecho de haber cometido un delito migratorio como parte de una organización criminal, podría recibir una pena por encima de los veinticinco años. Esto hace que el criterio punitivo estatal no sea coherente, ya que por la misma conducta una persona podría recibir penas que no superen los quince años, o penas por encima de veinticinco años, estableciendo un margen de discrecionalidad en los operadores jurídicos, especialmente al titular de la acción penal ya que dependerá de dicho funcionario judicial si decide formular cargos, y califica como delito de organización criminal o en su defecto considera que la conducta debe ser calificado como delito de tráfico de migrantes en su forma agravada por cometerse como agente de una organización criminal.

Respecto a las agravantes de segundo grado referidas a supuestos en los que se produzca la muerte de los traficados o se produzcan lesiones leves, o cuando las condiciones en las que se desarrolla su traslado ponen en grave peligro la integridad personal del traficado, o se traslada a menores de catorce años o son personas que sufren alguna discapacidad; si tienen justificación, teniendo en cuenta que muchas veces los traficados son llevados por rutas no autorizadas, son trasladados por personas dedicadas a actividades criminales, quienes los llegan a exponer a situaciones donde ponen el peligro su vida. Los ejemplos sobran, pero basta mencionar los casos donde los traficados son introducidos dentro de contenedores para ser trasladados en vía marítima donde muchas veces quedan encerrados por largos períodos hasta que llegan a fallecer; otro supuesto es cuando son llevados por rutas que incrementan el riesgo contra sus vidas, como el paso de ríos caudalosos o ser trasladados en botes precarios

para surcar los mares; o cuando son entregado a redes dedicadas al tráfico de drogas que muchas veces utilizan a los traficados como correos humanos encargados del traslado de la droga en pequeñas cantidades. Estas conductas son reprochables en mayor medida no solamente porque se actúa en contra de los sistemas migratorios o cuando se incrementa la inseguridad, sino que estas redes criminales no dudan en exponer la vida de los migrantes con la finalidad de obtener ganancias ilícitas, convirtiendo a las personas en simples piezas de recambio dentro del entramado criminal.

5.4. El delito migratorio en la legislación comparada.

Como se ha indicado, el delito migratorio, surge ante la necesidad de regular los flujos migratorios que ponen en peligro el acatamiento de la legislación sobre extranjería establecida en cada Estado en ejercicio de su principio de soberanía; sin embargo, con el avance de la globalización, se ha notado que uno de los delitos más representativos de las redes criminales son los delitos relacionados a la venta de armas, tráfico de drogas, trata de personas y el tráfico de migrantes. Este último delito, por lo general se desarrolla en diferentes espacios geográficos; en el país de origen del traficado desde donde se emprende el tránsito ilícito; en el país por donde se desplaza el traficado, y en el país de destino final; de tal suerte que es posible que se atenten diferentes ordenamientos jurídicos. Teniendo en cuenta que el delito migratorio tiene una misma naturaleza, es de esperar que en los diferentes países el bien jurídico protegido deba ser también similar; sin embargo, se aprecia que no existe una uniformidad respecto a los valores que se busca proteger.

En la legislación chilena se tipificaron de manera simultánea el tráfico ilícito de migrantes y el delito de trata sobre personas donde el legislador acordó reprimir conductas de promoción o facilitación de la entrada ilegal de extranjeros no residentes en el país con ánimo de lucro; con diferentes circunstancias agravadas entre ellas que el delito sea cometido por sujetos que se asocien para cometer delitos; Gajardo (2020) ha señalado que respecto al bien jurídico, existen varias tesis, por un lado la tesis que busca proteger el sistema migratorio o flujos migratorios; otros señalan que se protege la integridad moral o la dignidad de las personas y por último existen tesis que señalan que se protege los derechos de los extranjeros; sin embargo, la jurisprudencia chilena

en una postura unificadora señala que es un delito pluriofensivo, ya que resguarda el control migratorio, la seguridad individual y la libertad personal emanada de la dignidad de las personas.

En igual sentido se tiene que en la legislación ecuatoriana, el delito migratorio pretende evitar el control migratorio facilitando el uso de documentos falsos, o transportando personas fuera del país ecuatoriano, con el propósito de obtener beneficios económicos; Faican (2016) señala que respecto al bien jurídico protegido, en la legislación ecuatoriana por un lado se busca proteger los derechos de los extranjeros, y una segunda posición señala que se busca proteger el correcto control de los flujos en los desplazamientos migratorios. Entonces podemos ver que tanto en la dogmática y la jurisprudencia chilena y ecuatoriana consideran que los delitos migratorios son delitos pluriofensivos, dado que atacan diferentes bienes jurídicos.

De igual criterio es la legislación colombiana; que precisa que el ilícito se comete cuando el agente desarrolla actos de promoción, inducción, facilitación o participa en alguno de estos actos, con el fin de lograr la entrada y/o salida del país de personas que no cumplen los requisitos legales; si bien inicialmente Pérez (1971) señalaba que la dogmática considera que el bien jurídico principal es la “libertad individual”; sin embargo, a nivel jurisprudencial la más alta instancia, en sentencia del 2006, señaló que el tráfico de migrantes es un tipo penal de peligro abstracto, siendo una conducta que genera peligro, donde no se demanda el quebrantamiento del bien jurídico, bastando un peligro efectivo del mismo.

En la legislación cubana el delito migratorio, se encuentra regulado como una conducta que afecta el orden público, incluyendo variables como el comercio de personas, el transporte de migrantes y la obtención de beneficios económicos; para Goite (2013) lo que la norma busca proteger es el normal desarrollo del tráfico migratorio, y por otro lado, busca proteger los derechos de víctimas que resultan ser objeto del tráfico. El autor, además nos recuerda que no existe uniformidad en la doctrina respecto a la denominación del objeto de protección ya que las legislaciones internas le dan diferentes denominaciones.

Finalmente podemos decir que en la legislación española, de la cual se nutre

mucho nuestro sistema penal, señala que respecto al delito migratorio el bien jurídico protegido sufrió un permanente cambio, hasta la modificación legislativa con ocasión de la adecuación normativa al Protocolo sobre la tráfico de personas donde el delito migratorio se entiende como aquella conducta donde el sujeto, intencionalmente ayuda a una persona a ingresar en territorio español, o a transitar dentro de su territorio con ánimo de lucro; la doctrina española señala que identificar el bien jurídico plantea numerosas dificultades dada la falta de claridad de las conductas prohibidas ya que no se tiene claro cuáles son los intereses que se pretenden preservar, por ello Silveira (2016) señala que por un lado, se protege los derechos de los inmigrantes irregulares y por otro busca prevenir y reprimir el cruce ilegal de fronteras, convirtiéndose en un instrumento que busca contener la inmigración irregular en Europa. Entonces podemos decir que el objeto jurídico del delito migratorio en el derecho español es el contrabando de personas y la protección de los intereses del Estado, en los procesos migratorios.

De lo reseñado, apreciamos que, si bien no existe uniformidad en la identificación de los valores que se pretenden proteger a través del delito migratorio, sin embargo, existe casi un consenso en el sentido de que este delito trata de proteger los flujos migratorios a través de la vigencia de las normas migratorias, por otro lado, busca proteger a las víctimas del delito evitando que su dignidad sea afectada a través de las diversas modalidades de los actos de tráfico; pero cada uno de estos valores a su vez son protegidos evitando el uso de documentos falsos, y que se restrinjan los derechos de los traficados, es decir evitando que sean sometidos a tratos denigrantes; lo que nos lleva a considerar que es un delito pluriofensivo de peligro abstracto.

5.5.- Análisis de casos judicializados.

Teniendo en cuenta que el delito migratorio, es un delito recientemente incorporado a la legislación nacional, son pocos los casos judicializados en relación al tráfico migratorio en nuestro sistema judicial; ello se evidencia del aporte estadístico emitido por la Gerencia de Estadística del Poder Judicial al III trimestre del 2022, donde se aprecia que son escasas sentencias dictadas por esta modalidad delictiva.

Cuadro N° 3

Total, de personas con sentencia. Delito contra la seguridad pública.						
2017 -2022 (III Trimestre)						
Delito	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Peligro Común	5736	3533	2642	1368	705	245
Contra la salud pública	2403	2281	1944	860	527	314
Contra los medios de comunicación	49	25	11	3	6	4
Contra el orden migratorio	5	5	2	2	1	2
TOTAL	8193	5844	4599	2233	1239	565

Fuente: Registro Nacional de Condenas.

Elaborado por la Gerencia de Planificación.

Los datos corresponden únicamente a delitos contenidos en el Título XII del Código Penal referido a los delitos contra la Seguridad pública, que a su vez abarca cuatro Capítulos, entre ellos el delito de tráfico migratorio; en este título no se encuentra el delito de trata de personas, que como hemos indicado con la modificatoria introducida por la ley N°31146, a partir del 30 de marzo del 2021, la trata de personas fueron ubicadas el Capítulo I referido a los delitos que buscan proteger la dignidad humana. Esta data nos revela que el delito migratorio no es considerado como componente de la trata de personas. Esta modificación de la ubicación de los tipos penales nos revela que a nivel de la legislación nacional la diferenciación de ambos delitos es clara, ya que ambos responden a necesidades de proteger bienes jurídicos distintos.

La información que se presenta es relevante ya que nos muestra que entre el año 2017 y 2022, únicamente 17 personas fueron sentenciadas por la comisión de delitos contra el orden migratorio; ello puede deberse a varios factores; por un lado, por tratarse de un delito recientemente incorporado en nuestra legislación, lo que motiva que aún no haya sido internalizado por los operadores de justicia, especialmente por los entes persecutores del delito esto es los miembros de la policía nacional y el Ministerio Público; por otro lado, tenemos el hecho de que muchas veces el delito contra el orden migratorio es asimilado como un delito medio de la trata de personas, motivo por el cual existe una gran cantidad de sentencias por éste último delito a pesar de que su introducción en la legislación nacional ha sido casi paralela al

delito migratorio.

Podemos decir que estos datos no reflejan la percepción que se tiene respecto al incremento del flujo migratorio ilícito, ya que es notorio que el fenómeno migratorio es un tema recurrente en la sociedad peruana a consecuencia del ingreso masivo de ciudadanos venezolanos, a partir de la década pasada, y que se vio incrementada a partir del 2018, ya que oficialmente tenemos a más de un millón de ciudadanos venezolanos que ingresaron al país de manera irregular y recién estando en el país viene regularizando su situación migratoria, sin mencionar a donde se tiene reportes de la presencia de ciudadanos haitianos, cubanos, africanos que transitan por los terminales terrestres de diferentes ciudades en el Perú, especialmente en ciudades fronterizas, como Puerto Maldonado, Tacna, Puno, Tumbes entre otros, ya que vienen usando al Perú como país de tránsito. Pese a ello no se aprecian sentencias condenatorias significativas.

A continuación, vamos a analizar algunos casos que se han judicializado en el sistema de justicia para verificar cuál fue el bien jurídico que se pretende proteger.

Recurso de Nulidad N° 1571-2018.

Se trata de un caso judicializado en la Corte Superior de Lima, donde se llevó a los tribunales un concurso real entre una conducta referida a una estafa y otra relacionada al tráfico de migrantes. Los hechos están referidos a que se declaró que la señora Hayde I. R. S, mediante el engaño y logró apropiarse de la suma de nueve mil dólares americanos, dineros que le fueron entregados por el agraviado llamado Bernardo J. C. A; con la finalidad de que la señora Hayde I.R.S, mediante su agencia de viajes logre trasladar a Bernardo J. C. A; al país de Italia, donde presuntamente se quedaría a vivir, en forma permanente con un contrato de trabajo. Al no haberse podido materializar el viaje el agraviado denunció los hechos.

La Corte Suprema en ejecutoria del 06 de mayo del 2019, al momento de resolver en instancia final el recurso de nulidad precisó que la acusada no realizó ninguna acción típica encaminada a buscar el ingreso ilegal del señor Bernardo a la República de Italia ya que, al margen de sus promesas vertidas a la víctima, y la

compra de los pasajes que realizó para que se materialice el viaje al país europeo, no se apreció que la imputada hubiera realizado conductas como la gestión de documentos, menos llegó a adulterar información relacionada al contrato de trabajo, no llegó a elaborar cartas de invitación, no se llegó a falsificar sellos, visas, tampoco se aprecia la suplantación de identidad, que pongan en evidencia que la real intención de la señora Hayde era facilitar la entrada ilegal del señor Bernardo a un país extranjero. En este caso la Corte Suprema siguiendo el concepto propuesto por García Cantizano señaló que el bien jurídico protegido, es el orden migratorio del país, la que debe entenderse en una dimensión doble; la primera, esta referida al interés que tiene el Estado de poder controlar los flujos migratorios, con la finalidad de evitar que estos procesos sean aprovechados por organizaciones criminales; y, por otro lado, se busca impedir la concreción de escenarios que ataquen los derechos y la seguridad de las víctimas de este delito. Es decir, el delito no castiga al migrante que sale o entra del país, sino a las personas que de cualquier manera lo hace posible (Corte Suprema, 2019 R. N. N° 1571-2018). Apreciamos que, en este pronunciamiento, se considera que el bien jurídico protegido tiene dos dimensiones; por un lado, la administración migratoria, y, por otro lado, los derechos que tienen los traficados; este pronunciamiento sigue los planteamientos de aquellos autores que consideran que este delito afecta la libertad de la persona, entendiendo el delito como un delito de resultado. Existen otras posiciones dogmáticas que señalan que el delito afecta la tranquilidad pública, consecuentemente se considera como un delito de peligro abstracto.

Expediente N° 265-2018 CSNJPE. “Caso Tacna” Carpeta Fiscal N° 27-2018.

Este caso, trata de una investigación preparatoria por delito migratorio en la cual aún no se tiene un pronunciamiento de fondo, sin embargo, al haberse dictado medidas cautelares provisionales, es posible recoger la posición que asume la judicatura respecto al delito objeto de estudio. El caso fue de conocimiento de uno de los equipos de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en criminalidad organizada, y fue controlada judicialmente por el Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional en el Expediente N° 265-2018. Los hechos se refieren a la presencia de una organización criminal conformada por más de veintinueve

personas, liderada por Luis Enrique Q.G. y Enoc Samuel V.C, quienes desde el año 2018 lideraban grupos de personas que desplegaron diferentes funciones con la finalidad de hacer cruzar de manera ilegal de ciudadanos peruanos, venezolanos, colombianos y dominicanos evadiendo los controles migratorios en el Control de Santa Rosa y Chacalluta ubicado en el complejo fronterizo de Tacna.

Se identificaron varias modalidades en las que venía operando este grupo de personas. Por un lado se identificó la existencia de un primer grupo conformado por los líderes, las personas más cercanas a éste, por inmediaciones del Terminal Terrestre Internacional de Tacna “Manuel A Odría”, de manera conjunta o alternada se dedican a captar ciudadanos extranjeros que desean cruzar la frontera con el país de Chile, ofreciéndoles ayuda, por la suma de cien a doscientos dólares americanos por persona, a pesar que los costos reales que se tienen que pagar en los controles no superan los cien soles, independientemente de que cuenten con la documentación necesaria. En otros un miembro de la Policía Nacional del Perú de la Comisaría de Concordia Tacna que integraba el grupo criminal informaba sobre el arribo de ciudadanos extranjeros, identificando a las empresas de transporte que llegaban con los migrantes a la ciudad de Tacna, a fin de que sean captados por la organización criminal. Luego que eran captados los ciudadanos extranjeros eran llevados a hospedajes ubicados en los exteriores del terminal terrestre de la ciudad de Tacna. Algunos traficados eran llevados a diferentes viviendas que eran usados por los integrantes de la organización, con la finalidad de ser acogidos.

Un segundo grupo de personas conformada por dos personas quiénes aprovechando que tenían sus puestos o stand de venta en el centro Comercial “Tacna Centro”, se encargaban de brindar y elaborar documentación adulterada, ya sea pasaportes con la identidad adulterada, cédulas de identidad, documentos de identificación autorizaciones de viaje de padres, partidas de nacimiento entre otros, de acuerdo a las necesidades del migrante, todo a cambio de un beneficio económico. Luego interviene un tercer grupo de personas; quienes se encargan de transportar en sus vehículos a los traficados ya sea desde el Terminal Terrestre Manuel A Odría, o en su caso desde los hospedajes o viviendas donde se encontraban acogidos los traficados, con dirección al complejo fronterizo de Santa Rosa. Una vez que arribaban al lugar, en algunos casos hacían bajar a los migrantes antes de

ingresaran al complejo migratorio para ser trasladados vía terrestre; y en otros casos, ingresaban a los controles migratorios previa coordinación con los facilitadores que se encontraban al interior del complejo.

Luego interviene un cuarto grupo de persona quienes se encargan de acompañar a los ciudadanos extranjeros por el paso terrestre en horas de la noche sirviendo de guías en los pasos informales, es decir, por las líneas de tren, evitando la zona minada ubicada en inmediaciones de la frontera, así como a los delincuentes que frecuentan la zona. En los casos que los conductores de los vehículos llevan a los traficados hasta el paso fronterizo se encargan de indicar a las víctimas, que ventanilla o control migratorio usar, para que puedan evitar el control riguroso, les daban indicaciones a fin de que declaren que su ingreso era con fines de turismo, en algunos casos los acompañantes realizaban el control migratorio tanto en la ventanilla peruana como en la chilena, para luego ser reemplazados por los traficados a fin de que estos continúen en el último control donde tenían que entregar la Declaración Jurada de Servicio Nacional de Aduanas y Agrícola Ganadero, que es indispensable para ingresar a Chile; en caso que algún traficado era intervenido por la policía ya sea peruano o chileno, los traficados declaran ser turistas por lo que se tenía que verificar su bolsa de viaje, circunstancia en que una integrante del grupo criminal se encargaba de brindar la bolsa de viaje a traficado, es decir, facilitaba el dinero para que sea exhibido y evitar que sea regresado, todo a cambio del pago de una comisión del 10%; una vez que se lograba el ingreso al país de Chile terminaba el circuito de servicios que brindaba la organización criminal.

También se identificó un quinto grupo, quienes, en su condición de funcionarios estatales de la oficina de migraciones de Tacna al interior del complejo fronterizo de Santa Rosa, se encargaban de facilitar el ingreso ilegal de migrantes realizando un falso control de fiscalización a los documentos adulterados, permitiendo el registro de salida de extranjeros de territorio nacional. Así mismo el miembro de la Policía Nacional que laboraba en la Comisaría de Concordia Tacna hacía una mala revisión de los documentos necesarios para su tránsito y salida del territorio nacional.

Como podemos apreciar del relato fáctico, se hace referencia al *modus operandi* de una organización criminal, cuyo fin criminal era vulnerar el orden

migratorio nacional, así como de la república de Chile a través de tres modalidades. Una primera modalidad era la salida del país a través de pasos fronterizos no habilitados, cuando se llevaba a pie a los migrantes por los rieles en horas de la noche con la ayuda de guías. Una segunda modalidad consistía la facilitación de la salida ilegal del país haciendo uso de sellos migratorios falsos que se colocaba en la Declaración Jurada de Servicios Nacional de Aduanas y Agrícola Ganadero que era descargada de la página web, evitando de ese modo pasar por las ventanillas de control migratorio. Una tercera modalidad también era el facilitar la salida del país e ingresó al país de Chile, haciendo uso del registro en el Sistema Integrado de Migraciones previa obtención de documentación falsa o adulterada y en coordinación con los funcionarios de la oficina de migraciones quienes a pesar de tener conocimiento que los migrantes no contaban con los documentos requeridos permitían su salida con destino al país de Chile, simulando realizar un control de ingreso y salida. Por los hechos antes descritos la Fiscalía Especializada en Criminalidad Organizada con Disposición Fiscal N° 25 de fecha 23 de septiembre del 2021, ha formulado cargos por delito de organización criminal, falsificación de documentos, tráfico ilícito de migrantes, y por el delito de cohecho pasivo propio.

En este caso, podemos identificar que el plan de la organización criminal era facilitar el ingresos de personas al país de Chile vulnerando los controles migratorios con el fin de obtener una ventaja económica, de los hechos se aprecia que los traficantes en su condición de integrantes de la organización han desarrollado diferentes conductas para lo cual previamente establecieron una división de funciones, pero encaminados a un plan común, conductas con la que han afectado varios bienes jurídicos. Se aprecia que todos tenían como propósito vulnerar el control migratorio establecido en el Complejo Fronterizo de Santa Rosa, es decir, actuaron en contra de las reglas migratorias; para ese propósito, en algunos casos llegaron a falsear la verdad al usar documentos falsos, con lo que vulneraron el bien jurídico fe pública; del mismo modo; cuando un miembro de la policía nacional brindaba información relevante respecto a la llegada de migrantes u omitían las funciones propias de su cargo al momento de hacer el control, es evidente que se cometen delitos contra la administración pública, ya que los funcionarios públicos actuaban motivados por una prebenda económica; aunado a ello, vemos que en algunos casos trasladaban a los migrantes por pasos fronterizos no autorizados, exponiendo a peligro la vida de los

traficados quienes podía ingresar a las zonas minadas o ser víctimas de delincuentes que transitan por la zona, con lo que han puesto en peligro de integridad personal de las víctimas e incluso su dignidad personal. Este caso, nos revela que los delitos contra el orden migratorio, son delitos propios de organizaciones criminales, ya no es aceptable pensar que cada uno de los sujetos actúen de manera aislada; apreciándose al contrario que todos actuaban movidos por una finalidad común y para ello se han vulnerado una pluralidad de bienes jurídicos, afectando la seguridad pública.

Expediente N° 71-2018 CSNJPE

El expediente contiene una investigación relacionada a una organización criminal que, desde agosto del 2014, hasta enero del 2017, se encargaba de facilitar la entrada ilegal del Perú de ciudadanos extranjeros como bolivianos, dominicanos y otros; quienes utilizaban el Perú como país de tránsito vulnerando los controles migratorios terrestres, ubicados en Santa Rosa departamento de Tacna y los controles migratorios en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de Lima, haciendo uso de pasaportes chilenos obtenidos fraudulentamente, para aprovechar los beneficios de la Visa Waiver con la que cuentan los ciudadanos chilenos, todo a cambio de dinero que oscila entre los seis mil a diecisiete mil dólares americanos.

Para ello, el líder de la organización criminal en el Perú, haciendo uso de las redes sociales o comunicaciones vía telefónica lograba hacer contacto con el futuro migrante que podía ser un ciudadano peruano, boliviano, dominicano o de cualquier nacionalidad; una vez que era captado el traficado, el líder de la organización pactaba el precio y la forma de pago, se le indicaba al traficado que directamente o a través de sus familiares tenía que hacer depósitos en cuentas corrientes que se encontraban a nombre del líder de la organización o de sus familiares.

Luego, el líder se encargaba de hacer coordinaciones con otro integrante del grupo criminal que operaba en el País de Chile, quien se encarga de proporcionar el denominado “Registro X” ingresando a los Registros Civiles de Chile, donde se buscaba la identidad real de un ciudadano chileno nacido fuera de su territorio y que aún no había obtenido su documento de identidad, para ser objeto de suplantación. Una vez obtenido el nombre del ciudadano chileno a suplantar, el líder dirige y

supervisa el proceso de obtención de la identidad fraudulenta; para ello, dispone que los integrantes de su organización acompañen al futuro migrante al país de Chile a través de la frontera de Tacna en Perú con su identidad real, a fin de tramitar el pasaporte fraudulento, para lo cual, el migrante en el primer viaje tenía que solicitar su Cédula de Identidad en el Registro Civil de Arica o en Iquique donde proporcionaba como contacto el correo electrónico brindado por uno de los integrantes de la organización le proporcionaban. Luego esperaban recibir un correo electrónico de los Registros Civiles de Chile, donde les confirmaban la emisión del certificado de nacimiento de la persona suplantada y con ello, la obtención de la cédula de identidad; con estos documentos se procedía a tramitar la obtención del pasaporte chileno con la identidad suplantada del futuro traficado. En todo este proceso el traficado tenía que realizar unos tres o cuatro viajes al país de Chile siempre por la frontera terrestre de Tacna y acompañado por algún miembro del grupo criminal.

Una vez que se confirmaba la obtención de pasaporte el líder de la organización organizaba el último viaje que debía realizar el traficado al país de Chile. En este caso iba acompañado de una persona de confianza de la organización, ocasión en la que el traficado al salir del país se identificaba con su verdadera identidad; y luego de que se recogía el pasaporte fraudulento, el traficado regresaba al Perú, pero usando el pasaporte fraudulento en el control migratorio de Santa Rosa vulneran de ese modo el orden migratorio en el Perú. Una vez que el migrante se encontraba en el Perú con una la identidad suplantada la organización, le proveía de pasajes aéreos de Lima a Estados Unidos con escala en otros países de tránsito, al interior de los controles migratorios del Aeropuerto Jorge Chávez, el migrante nuevamente se identificaba con el pasaporte chileno, haciéndose pasar como ciudadano chileno hasta llegar a los Estados Unidos. Las autoridades persecutoras del delito lograron identificar de manera plena la salida de más de veinte personas con destino a los Estados Unidos suplantando la identidad de ciudadanos chilenos.

Los hechos expuestos fueron calificados por el representante del Ministerio Público como el delito de tráfico ilícito de migrantes previsto en el artículo 303-A de la norma sustantiva con la presencia de la circunstancia agravante previsto en el último párrafo del artículo 303-B, esto es que los sujetos activos cometieron los hechos como parte de una organización criminal. Sin embargo, durante el desarrollo del proceso, la

calificación jurídica fue cambiada, dejando de lado, la circunstancia agravante, para pasar a considerar que los hechos se cometieron en agravio de una pluralidad de víctimas y fueron cometidos por dos o más personas, que es una agravante de primer nivel prevista en los numerales 3 y 5 del primer párrafo, donde el marco punitivo transita entre los ocho y quince años de privación de la libertad, es decir, penas menores a las que se establecían con la agravante de ser parte de una organización criminal que establece penas no menores de veinticinco años. La variación de la calificación tenía como finalidad, que los procesados se acogieran a procedimientos de terminación anticipada. Lo que posibilitó la conclusión del proceso en un menor tiempo.

Ya se ha dicho que una de las características más importantes del tráfico migratorio, desde su incorporación en la legislación nacional e internacional, es que son delitos propios de organizaciones criminales, que conforme a centro internacional para prevenir delitos CICIP y el UNICRI pueden ser hasta de cinco tipologías; como la jerarquía estándar que tiene un alto nivel de jerarquía organizativa, donde todo se rige bajo reglas que determina el jefe; la jerarquía regional que si bien están bajo el mando de un solo líder, tiene una organización que opera en forma descentralizada y cada uno de ellas tienen sus propios jefes regionales quienes actúan bajo los mismos códigos; otra forma es la agrupación jerárquica que es propia de agrupaciones que realizan actividades delictivas en base a sus propias organización interna, pero que actúan bajo una actividad ilícita única y bajo las mismas reglas; otra forma es el grupo central que es propia de grupos criminales con estructuras flexibles, que tienen un control horizontal, con pocos miembros que pueden entrar o salir del grupo criminal según sus necesidades; y finalmente la red criminal que son flexibles por excelencia, ya que sus integrantes realizan actividades altamente profesionales, que no se consideran parte de ningún grupo, solo conectados por individuos claves.

Los hechos que se hallan descritos en el expediente N° 71-2018, sin mayor análisis revela la existencia de una organización criminal de tipo regional o Tipología 2, desde que se aprecia la existencia de un líder que está a cargo de toda la operación de tráfico de personas, quien tiene relación con grupos de personas que tiene sus propios jefes regionales que operan con la finalidad de un logro común. Por un lado un grupo de personas se encarga de captar a los traficados, existe otro grupo que se

encargan de tramitar la documentación fraudulenta en la república de Chile, otro grupo se encarga de facilitar la salida del traficado del Perú evadiendo los controles migratorios; actividades por las cuales obtienen beneficios económicos; es esta línea Jordá S., Requena E, L.(2013) analizando la forma como se organizan las organizaciones criminales en relación a las actividades que desarrollan señaló que la mitad de las organizaciones cuya actividad principal es el tráfico de migrantes siguen la tipología de jerarquía regional, sin negar de que otros grupos puedan asumir cualquiera de los otras tipologías, como podría ser la red criminal, donde existen grupos especializados, que el caso de tráfico migratorio podrían tratarse de las personas que se dedican a la obtención de documentación falsa, otro grupo dedicado al traslado de los migrantes y otro grupo dedicado a proporcionar al logísticas y realizar el cobro por las actividades criminales que realiza.

Este caso, nos revela las deficiencias incurridas en la tipificación de las circunstancias agravantes del delito de tráfico de migrantes. Ya que los hechos descritos, evidencian la existencia de una organización criminal debidamente estructurada, que tiene una finalidad ilícita común, que es lograr la salida ilegal de persona usando documentación fraudulenta que la obtenían aprovechando la falta de controles minuciosos en los Registros Civiles de Chile; lo que corrobora la postura asumida por la convención de Palermo cuando señala que por lo general el delito migratorio es cometido por organizaciones criminales. Empero, la conducta que desarrolla esta organización criminal no expone a peligro de muerte a los traficados, ya que las condiciones de viaje eran una de las más seguras pues se hacía a vía aérea, tampoco se traficaba a menores de edad; es decir no se afectaba ni se ponía en peligro la dignidad de las personas. Si se presentan estas circunstancias agravantes en el delito migratorio cometido por organizaciones criminales, de conformidad con el artículo 317 del Código Penal sus integrantes podrían merecer penas no menores de ocho años; sin embargo, por la concurrencia de la misma circunstancia en el artículo se volvía a agravar la conducta conforme al artículo 303-B del Código Penal, se establecen una pena no menor de veinticinco años; es decir, se sanciona doblemente la conducta de integrar una organización criminal. Esta contradicción habría motivado a que en el presente caso los operadores de justicia es decir el Ministerio Público proceda a variar la calificación jurídica, dejando de lado la existencia de una organización criminal, para convertirlo en un delito cometido por una pluralidad de

personas con la única finalidad de aplicar una pena que sea proporcional a la lesión del bien jurídico protegido.

Expediente N° 195-2019-10 CSNJPE

En este caso los hechos están referidos a la presencia de una organización criminal que estaba conformada por más de por dieciocho personas, que venía operando desde marzo del 2019, quienes se dedicaban a favorecer la entrada y posterior salida ilegal de extranjeros procedentes de los países asiáticos como India, Pakistán, de países africanos como Egipto, Camerún, Etiopía, Kenia entre otros, y de países de la región como Cuba, Haití, República Dominicana, Venezuela, quienes utilizan el país como país de tránsito para llegar hasta países de Centroamérica, y de ahí poder ingresar al país de norte américa que es su destino final, estas personas no cuentan con la documentación necesaria, como permisos o visas para ingreso; circunstancia que es aprovechada por la organización quienes les ofrecen el servicio, permitiendo el ingreso y posterior tránsito por territorio nacional a cambio del pago de altas sumas de dinero, que oscilan entre un mínimo de dos mil, hasta los cinco mil dólares americanos.

Para concretar la operación criminal, los traficados son captados por el sujeto clave de la organización, llamado “Jhonathan”, quien con ayuda de su pareja sentimental y otros sujetos de manera inicial procede a coordinar con miembros de la organización para facilitar su ingreso y posterior tránsito. Lo primero que se hace es coordinar el ingreso irregular por los pasos fronterizos de la ciudad de Assis de la República Federativa del Brasil y la localidad de Iñapari en nuestro país; burlando los controles migratorios, donde son recibidos indistintamente por dos integrantes de la organización quienes, usando vehículos conocidos como mototaxis esquivan los controles de la frontera y usando rutas alternas ilegales, trasladan a los extranjeros hasta alojamientos o casas de acogidas que se ubican en distintos barrios de la ciudad de Iñapari; luego de ello, estas mismas personas organizan el traslado de los migrantes a través de vehículos informales hacia la ciudad de Puerto Maldonado, en dicha ciudad otros integrantes de la organización, se encargan de esperar a los extranjeros que ingresaron por Iñapari, luego los acogen en los hospedajes de la ciudad, se encargan de comprar sus pasajes y luego proceden a embarcarlos en las empresas de

transporte público de su confianza, con destino a las ciudades de Cuzco o Juliaca.

Cuando los migrantes arriban a la ciudad de Juliaca o el Cusco son recibidos por otras personas, quien les brinda acogida temporal en alojamientos de la ciudad, luego proceden a reembarcarlos a través de empresas de transporte público interprovincial con dirección a las localidades de Arequipa y posteriormente hacia la ciudad de Lima, donde son recibidos por una pareja que son integrantes del grupo criminal, quienes se encargan de recogerlos y brindarles acogida temporal, para luego, a través de otras empresas interprovinciales que cubren la ruta de Lima hacia el norte del país son embarcándolos con dirección a la localidad de Máncora, donde son esperados por otro integrante del grupo criminal, quien se encarga de alojarlos en forma temporal para luego trasladarlos en empresas de transporte público de la zona o en vehículos particulares hacia la ciudad de Tumbes y de dicha ciudad con dirección a la localidad de Aguas Verdes, donde los esperan los líderes de la organización, quienes se encargan de hacer las coordinaciones y burlando los controles migratorios, hacen ingresar a los traficados al territorio ecuatoriano es decir a la localidad de Huaquillas, donde, proceden a alojarlos en hostales. Es este caso, se aprecia al fin lucrativo, dado que la organización busca el beneficio económico, ya que, por el servicio prestado a los traficados estos o sus familiares deben realizar pagos que varían entre los dos mil o cinco mil dólares americanos por cada migrante, pagos que se hacen a las cuentas corrientes de los líderes de cada país de tránsito.

En la investigación a solicitud del ministerio público se impuso la medida de prisión preventiva contra el hombre clave de la organización a nivel nacional, es decir contra la persona que se encargaba de dirigir el traslado de los migrantes desde su ingreso al Perú por Iñapari, hasta su salida por la localidad de Zarumilla, haciendo coordinaciones con otros integrantes, quienes se encargaban de recibir a los extranjeros, transportarlos en sus mototaxis, en algunos casos instalarlos en alojamientos temporales y en otros casos embarcarlos directamente de Juliaca a Lima o Arequipa. Cuando la causa fue elevada a la Sala Penal de Apelaciones, donde se confirmó el auto de prisión preventiva; y al ocuparse del bien jurídico se señaló que nos encontramos ante un tipo penal que tiene por bien jurídico el orden migratorio el mismo que es difuso, pues esta constituido por una serie de disposiciones y políticas que regulan los flujos migratorios relacionados al ingreso o salida del territorio, sin

que necesariamente se afecte el orden público; recuerdan que podría afectar otros bienes jurídicos relacionados a la afectación de los derechos fundamentales de las personas objeto de tráfico; precisa que sólo la organización criminal podría afectar la paz pública (Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional, 16 de enero del 2023.)

En este caso, apreciamos que el órgano jurisdiccional de instancia parte por entender que el bien jurídico es de tipo difuso, es decir, son conductas que afectan a un sector de la población, es decir a un grupo determinado de individuos; al respecto Najera (2015) y citando a Soto Navarro recuerda que este concepto deriva de la doctrina Italiana y debe entenderse como un interés difundido ya que hace referencia a un interés que se presenta en forma informal y que se difunde a nivel de masas en ciertos sectores de la sociedad. Ello nos lleva a sostener, que el órgano jurisdiccional considera que el delito migratorio en primer orden busca proteger a los traficados que en realidad son las víctimas en este tipo de delitos, pero al mismo tiempo se reconoce que también se busca proteger y regular el flujo migratorio; lo que significa que se reconoce que el bien jurídico está relacionado con una afectación a la función administrativa. La judicatura reconoce que no hay un único bien jurídico, sino que este tipo de conductas afectan varios bienes jurídicos, por lo que podría decirse que es un delito pluriofensivo; lo que se reafirma cuando se analiza la circunstancia agravada, referido al hecho de haberse cometido el hecho como parte de una organización criminal. Reconocen la vulneración de otros bienes jurídicos; al señalar que incluso este tipo de conductas pueden afectar derechos fundamentales de las personas que son objeto de tráfico, lo que nos lleva a considerar que se pueden afectar los derechos a la libertad, a la vida, a su integridad, o su propia dignidad que son los valores, que representan el núcleo duro de protección de los derechos fundamentales. Lo interesante del concepto de bien jurídico que desarrolla la Sala Penal, a nuestra consideración la encontramos cuando agrega que en su forma agravada puede afectar la paz pública; eso significa, que la paz pública en realidad no es atacada por el delito de tráfico de migrantes, sino que únicamente es posible que se afecte cuando se presente la circunstancia agravada.

Es decir, el órgano jurisdiccional considera que es posible que se cometa el delito de tráfico de migrantes sin integrar una organización criminal, con lo que se afectaría únicamente el regular flujo migratorio y eventualmente la afectación de

derechos fundamentales; dejando de lado la postura de la Convención de Palermo que reconoce que el delito de tráfico de migrantes desde su concepción se le considera como un delito propio de organizaciones criminales. Con esta postura la judicatura nacional reconoce que el de tráfico ilegal de personas puede ser cometido en forma individual o con el concurso de dos o más personas, y que es posible que la conducta se pueda convertir en más reprochable, cuando lo cometen funcionarios públicos o cuando es cometido por personas cualificadas o cuando los actos de tráfico son realizados sobre menores de edad; desconociendo que es poco probable que lo cometan personas en forma aislada; sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza de estos delitos, es más razonable considerar que estos delitos siempre han de ser cometidos por grupos organizados.

Expediente N° 103-2020-13 CSNJPE.

Conforme a la imputación fiscal, en este caso se trata de una presunta organización criminal quienes desde el mes de enero del 2018 hasta febrero de 2022 se encargaban de favorecer y facilitar la salida ilegal de ciudadanos dominicanos y de otras nacionalidades, desde el territorio nacional, a pesar de no tener la visa necesaria y requisitos administrativos para ingresar a los países de la Comunidad Europea. Sin embargo, aprovechando la existencia del Acuerdo suscrito entre el Perú y la Unión Europea que permitió la exención de visados para estancias temporales, vigente desde marzo del 2016, por el cual los ciudadanos peruanos pueden entrar y permanecer sin visado en territorio de la Unión Europea entre 90 a 180 días conforme al Acuerdo Schengen (Europa sin fronteras); la organización ofrecía llevarlos vía aérea a los países de España o Francia, evadiendo los controles migratorios formales del Aeropuerto; utilizando la modalidad de la suplantación de identidad de personas de nacionalidad peruanas o colombianas y utilizaban pasaportes reales de ciudadanos peruanos o colombianos que eran suplantados; todo ello a cambio del pago de la suma de promedio de ocho mil euros (€ 8,000.00), y en algunos casos con destino final a los EEUU; costos que cubrían la estadía, hospedaje y la entrega de un pasaporte de ciudadanos peruanos a los que debían suplantar su identidad para pasar los controles migratorios sin restricciones, hasta su definitivo viaje a Europa.

Para ello, el sujeto clave de la organización; se encarga de captar vía redes

sociales a los migrantes de nacionalidad dominicana y de otras nacionalidades a quienes ofrece llevarlos de manera ilegal hacia los países de la comunidad europea y los EE UU. Una vez captado el traficado, coordina con otro integrante de su organización quien domicilia en República Dominicana, a fin de que los oriente y los embarque desde ese país con destino al Perú, así como hagan el depósito del dinero pactado. Los demás integrantes que viven en la ciudad de Lima se encargan de recibir y retirar el dinero enviado por estos y/o sus familiares en diferentes agentes bancarios; también se encargan de recibir a los traficados cuando arriban a la ciudad de Lima, donde se hacen cargo de su traslado, acogida y posterior salida ilegal de nuestro país.

Una vez garantizado el pago parcial, el sujeto clave se dedica a buscar y conseguir pasaportes originales de peruanos o colombianos que tengan similares características físicas de los traficados, para ello cuenta con el apoyo de otras personas que se encargan de conseguirles los pasaportes originales, incluso en algunos casos hacen entrega de sus propios pasaportes originales. Al mismo tiempo, el líder procede a realizar las coordinaciones con los demás integrantes, para las reservas de vuelos desde el Aeropuerto Jorge Chávez; una reserva de vuelo con la identidad del traficado con destino hacia su país de origen para simular que es un vuelo de retorno; y en el mismo horario se busca otra reservaba otro vuelo con destino hacia los países de España o Francia, para que el traficado viaje con la identidad del peruano suplantado con destino hacia los países de España o Francia, reservas que son realizadas con los correos electrónicos usados por la organización.

Una vez conseguido todos los insumos necesarios para el desarrollo de su actividad criminal, al interior de los hospedajes o centros de acogida los integrantes se encargan de orientar a los traficados de cómo se puede burlar el control migratorio al interior del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, exigiéndoles que memoricen los datos personales del titular del pasaporte que se viene suplantando, la forma, lugar y salida de embarque que tendría que usar al interior del aeropuerto para abordar el vuelo con la identidad suplantada, las respuestas que deben brindar a los funcionarios de migraciones en caso se haga el viaje con escalas en los países de Brasil o Panamá.

Llegado el día, el traficado ingresa a la zona de embarque internacional con su identidad verdadera y en el interior usando el pasaporte del ciudadano suplantado

aborda el vuelo con destino a Europa. Una vez que el traficado se encontraba en España o Francia, acudía a la embajada de su país de origen denunciando haber sido víctima de robo de documento solicitando que se le expida un nuevo documento, es decir un nuevo pasaporte que le permitirá movilizarse en la Unión Europea, y se procedía al cobro del dinero restante por el servicio ilícito ofrecido.

En esta modalidad de tráfico básicamente se vulneran los controles migratorios existentes en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, utilizando la modalidad de suplantación de identidad, lo que significa una vulneración al bien jurídico fe pública, ya que se cometería el delito de falsedad genérica, del mismo modo se vulnera las reglas migratorios establecidas en el los países de tránsito y destino, si bien se podría decir, que se expone en riesgo la libertad del tráfico en caso sea descubierto; sin embargo, la organización criminal tomaba la previsión de que si las víctimas eran detenidas, o eran descubiertas alegaban como coartada haberse confundido en el uso de las salas de embarque y sacaban a relucir sus tiquet de viajes tenían para el retorno a su país de origen de manera regular; mientras que las personas que habían proporcionado los pasaportes procedían a denunciar el robo o pérdida de sus documentos evitando estar involucrados en la trama criminal.

Los hechos fueron calificados por el fiscal al momento de formalizar la denuncia como el delito migratorio regulado en el artículo 303-A de la norma penal con la concurrencia de la circunstancia agravante de segundo de grado señalado en el último párrafo del artículo 303-B cuando el hecho es cometido por un integrante de una organización criminal. El Ministerio Público en su Disposición N° 20, cuando decide continuar con la investigación preparatoria considera que el bien jurídico en este delito es la soberanía del Estado, y en algunos casos se protege a las víctimas de estos ilícitos ya que existe el deber del estado de proteger la afectación de los derechos humanos de personas son traficadas.

Los hechos fácticos que nos presenta el caso, revelan que nos encontramos ante una organización criminal, ya que se aprecia la participación de varias personas que cumplen determinados roles, que tiene vigencia en el tiempo y tienen como propósito o finalidad teleológica consistente en la salida ilegal de ciudadanos extranjeros del país con destino a países de la Unión Europea. Por otro lado, la conducta fue calificada

también como un delito cometido por una organización criminal, donde el bien jurídico será la tranquilidad pública; sin embargo, la fiscalía no identifica dicho bien jurídico, señalando que estos hechos afectan la soberanía del Estado, es decir afectan las normas migratorias establecidas por el país, del mismo modo, señalan que en el presente caso se busca brindar un amparo a las personas en situación de tráfico tratando de evitar la afectación de los derechos humanos. La modalidad utilizada por la organización criminal y los hechos descritos revelan que no se ponía en peligro la dignidad o integridad de los traficados, ya que para materializar el delito de requería el aporte decisivo de los traficados, quienes tenían que aprenderse un libreto con la finalidad de burlar los controles migratorios aéreos, medio de transporte donde no se pone en peligro la vida de los traficados, en caso de ser descubiertos podía merecer sanciones menores, que no implican necesariamente una privación de la libertad. Sin embargo, al ser calificado el hecho como un delito migratorio cometido por personas que conforman una organización criminal la pena que se pretende imponer en el presente caso es una de las penas más elevadas previstas en el catálogo penal.

Analizando el comportamiento de las personas que se encargan de facilitar sus pasaportes, quienes lo hace de manera consciente y voluntaria a sabiendas de que sus documentos serán usados por los traficados, es decir viene facilitando la salida de personas del territorio nacional de manera fraudulenta, consecuentemente la pena sería entre los cuatro a seis años, pena que se ubica dentro de los parámetros de los delitos falsarios, teniendo en cuenta que la propia fiscalía considera que lo que se ha afectado es la soberanía del Estado; sin embargo, al señalar que esta afectación a la soberanía se realiza por integrantes de una organización criminal, convierte la pena en una no menor de veinticinco años, es decir se incrementa la pena en casi al triple, sin que se aprecie mayor explicación racional, a pesar que el delito de pertenencia a una organización criminal prevista en el artículo 317 del Código Penal prevé penas de 8 a 15 años de prisión.

CONCLUSIONES

1. El bien jurídico protegido, es el objeto que le es útil al individuo dentro de la sociedad, por lo que merece la protección del sistema jurídico. Existen diferentes posiciones doctrinales para identificar el bien jurídico protegido en el delito migratorio. Los que hacen referencia a bienes jurídicos de naturaleza individual, cuando busca proteger el derecho de los migrantes que tratan de alcanzar una plena integración social; y por otro lado, las tesis de naturaleza supraindividual que busca proteger el orden socioeconómico en relación con la protección o regulación de los flujos migratorios; también existen tesis que defienden el carácter pluriofensivo del delito cuando buscan proteger los derechos de los migrantes, su derecho a la libertad, su seguridad y su dignidad, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad especial en la que se encuentran; y también, los que buscan proteger los controles estatales en los procesos migratorios. Esta variedad de posiciones también se presenta en el sistema jurídico nacional, ya que el legislador identificó diferentes bienes jurídicos que deben ser protegidos con el tipo penal, convirtiéndolo en un delito pluriofensivo
2. La falta de una identificación correcta del bien jurídico en el delito migratorio, al momento de introducirlo en la legislación nacional, ha generado deficiencias legislativas. Se ha incorporado en forma simultánea el delito de trata de personas y el delito migratorio, generando una confusión en el legislador nacional, al momento de establecer el marco punitivo. A pesar que el legislador reconoce que son delitos de diferente naturaleza, ha establecido las mismas circunstancias agravantes y las mismas penas a ambos delitos, generando una sobre criminalización en el delito migratorio, dificultando la aplicación de la norma a los operadores jurídicos.
3. Cuando se reconoció la necesidad de tipificar el delito de tráfico ilegal de migrantes, el Protocolo de Palermo consideró que era un delito propio de las organizaciones criminales de carácter internacional, ya que estos grupos para que puedan operar requieren de redes que actúen dentro y fuera de los Estados;

esta postura se corrobora con el estudio de casos a nivel nacional, ya que los hechos que se viene criminalizando son cometidos por grupos criminales que tiene una tipología de jerarquía regional, quienes han establecido contactos en diferentes países a través de grupos especializados al mando de un líder regional, quienes de manera coordinada buscan un objetivo común, que es facilitar el traslado de migrantes usando el Perú como un país de tránsito.

4. En el delito migratorio se han establecido circunstancias agravantes similares al delito de trata de personas, a pesar de tener distinta naturaleza; de manera redundante se ha consignado la agravante de que el hecho se cometa como integrante de una organización criminal, lo que motiva que los operadores de justicia impongan penas elevadas que no responden al principio de lesividad y proporcionalidad, ya que en muchos casos los comportamientos desarrollados no han puesto en peligro grave al traficado, ni han afectado a su dignidad.

RECOMENDACIONES

Primera.

En el marco de la creación legislativa en materia penal, las entidades que tienen iniciativa legislativa deben identificar claramente los valores que se pretende proteger, establecer criterios que sean coherente con el programa establecido en la constitución; evitando la creación de delitos que respondan a criterios populistas. Las normas penales deben seguir parámetros constitucionales y criterios de convencionalidad, y lo más importante, deben guardar coherencia con todas las normas vigentes, a fin de evitar contradicciones o dificultades al momento de su aplicación por los operadores jurídicos.

Segunda

Habiéndose determinado que, al momento de incorporarse el delito de tráfico ilícito de migrantes, se tomaron en cuenta las mismas circunstancias agravantes establecidas para el delito de trata de personas, se recomienda que el Congreso de la República, modifique el artículo 303-B del Código Penal, con la finalidad de tener una legislación coherente y no existan penas diferentes ante conductas similares.

Tercera.

Mientras no se haga la modificación del artículo 303-B del Código Penal, se recomienda que el Centro de Investigación Jurídica del Poder Judicial, promueva la emisión de jurisprudencia vinculante o Acuerdos Plenarios por la Corte Suprema de Justicia de la República a fin de que se fijen lineamientos fundamentales para la aplicación de la pena, ante la concurrencia de las circunstancias agravantes en el delito de tráfico ilícito de migrantes.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN (2017)
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/00533e0045b4dc9eaa92fa04d51e568e/doc11927920180530101511.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=00533e0045b4dc9eaa92fa04d51e568e>

Acuerdo Plenario N° 08-2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007.

[Acuerdo Plenario 08-2007 CJ 116.pdf \(pj.gob.pe\)](#)

Amaiquema F., Vera J. & Zumba I. (2019). Enfoques para la formulación de la hipótesis en la investigación científica. *Conrado*, 15(70), 354-360. Epub 02 de diciembre de 2019. Recuperado en 27 de agosto de 2023, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442019000500354&lng=es&tlng=es.

Almanza, F. & Peña, O. (2014) *Teoría del delito” Manual Práctico para su aplicación en la teoría del caso*. APECC Lima.

Andrade, L.; Trejo, N., & Mora, A. (2022). *El tráfico de migrantes en la frontera México-Estados Unidos*. Revista Guillermo de Ockham. 2021, pp. 175-189. <https://doi.org/10.21500/22563202.5628>

Arango, V. (2022) *Tráfico ilícito de migrantes* En Boletín de Ciencias Penales N° 17. <https://facderecho.up.ac.pa/sites/facderecho/files/2021-12/TR%C3%81FICO%20IL%C3%8DCITO%20DE%20MIGRANTES.pdf>

Arbaiza, L. (2016) *Cómo elaborar una tesis de grado*. Primera reimpresión. Universidad ESAN. Lima Perú.

Bottke. (1997) *La actual situación sobre las finalidades de la pena*. Traducido por Benlloch Petit. En Política Criminal y Nuevo Derecho Penal Libro homenaje a Claus Roxin. J.M Silva Sánchez (ed.) J.M. Bosch Barcelona

Bernal, C.A (2006). Metodología de la investigación: para la administración, economía, humanidades y ciencias sociales. Ciudad de México: Pearson Educación.

Bustos, J. y Hormazabal H. (1997) *Lecciones de Derecho Penal Volumen I*, Editorial Trotta S.A. Madrid.

Cáceres, A. y Huamanquispe Q. (2019) *Acceso a justicia de las víctimas de trata de personas*: Estudio de las barreras procesales y procedimentales en la región de Cusco. Tesis Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco. Cusco-Perú.
<https://repositorio.unsaac.edu.pe/handle/20.500.12918/3787?show=full>

Carneri, S (29 octubre el 2020) Hallados muertos en un contenedor en Paraguay siete migrantes magrebíes que viajaban hacia Italia. *El País*.
<https://elpais.com/internacional/2020-10-29/siete-hombres-que-migraban-hacia-italia-aparecen-muertos-en-un-contenedor-en-paraguay.html>

Caro, D. y Alfaro L.M (2023) *Derecho Penal Parte General*. Escuela del Derecho LP Lima Perú

Casación N° 1150-2019-Ica
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/27d6f80046bc43e69b9cbb2686bf1ef4/CAS+1150-2019+ICA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=27d6f80046bc43e69b9cbb2686bf1ef4>

Congreso de la República (2006-2011) Dictamen de la comisión de justicia y derecho humanos a los proyectos de ley N°s 108/2006 314/2006-MP y 513/2006-PE, que proponen Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes.
https://www.congreso.gob.pe/comisiones2006/Justicia_y_Derechos_Humanos/proyectosley/dictamenes/

Congreso de la República (1998) Proyecto de ley N° 4183/98-CR presentado por el 2 de noviembre de 1998 por los congresistas Gilberto Siura Céspedes y Oscar Medelius.

<https://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/f88e3ef22a4f141e052564b3006209c7/052564b400212fe10525679b00785286?OpenDocument>

Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Recurso de nulidad N° 1571-2018-Lima. Sala Penal Transitoria. Lima: 6 de mayo del 2019

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2006), *Sentencia* 25.465 de doce (12) de octubre de dos mil seis. Sala de Casación Penal con ponencia de la Doctora Marina Pulido de Barón

Decreto Legislativo N° 703 Ley de Extranjería.

Díaz, C. (2014) El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz de Derecho Internacional y Comunitario. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona.
<https://www.tesisenred.net/handle/10803/145612#page=1>

Diario de debates de congreso del jueves 10 de junio de 1999 En:
[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFFE90525678D0052C3C4/\\$FILE/SLO-1998-16C.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFFE90525678D0052C3C4/$FILE/SLO-1998-16C.pdf)

Díez, J. L. (1991) La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* Tomo 44 número 3. (p. 718) En:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46400>

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, www.rae.es

Defensoría del Pueblo. (2019) *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Migrantes en el Perú: Avances, desafíos y retos*. Informe Adjuntía – Informe N° 001-2019-DP/ADHPD. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/07/Libro-OIM-DP-28-03-2019.pdf>

Faican, D. (2016) *El Derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Penal. Universidad Andina Simón Bolívar
Ecuador. En:

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4978/1/T1937-MDPE-Faican-El%20derecho.pdf>

Feijó, B (2013) *El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico*. Revista brasileira de ciencias criminais. Año 21 Vol. 100 Pág. 89-139.

Ferrajoli. L (1992) *derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales* En Ciencias Penales Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. marzo-junio 1992 Año 4 N° 5 En: https://cedpal.uni-goettingen.de/data/publicaciones/Documentacion/Revista%20de%20Ciencias%20Penales%20Costa%20Rica/Revista_No_05.pdf

Flick, U (2015). *El diseño de investigación cualitativa*. Traducido por Tomas del Amo y Carmen Blanco. Ediciones MORATA Madrid.

Galan, H. (2010) *Teoría del Delito*. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” Plan de Formación de la Rama Judicial – Programa de Formación Especializada Área Penal. Colombia.

Gajardo O. T. A. (2020) *Interpretaciones de elemento “entrada ilegal” en el delito de migrantes y las ambigüedades del bien jurídico*. En Revista de Estudios de la Justicia. En: file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/mcoloma,+Gestor_a+de+la+revista,+gajardo.pdf

García, C (2022) *Sobre el concepto de bien jurídico*. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N°24-12 pp. 1-145. <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-12.pdf>

García, P. (2012) *Derecho Penal parte general* Jurista editores. Lima Perú

- Geronimi, E. (2002). *Aspectos jurídicos del Tráfico y la Trata de Trabajadores Migrantes*. Programa de Migraciones Internacionales. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. Octubre 2002.
- Goite, M. y Medina, A. (2014) *El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico y trata de personas y otras figuras afines. Una visión desde Cuba en el siglo XXI*. En Mundi Migratios Vol 2 N° 1 Enero –Junio 2014 Anuario Digital CEMI. La Habana. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/cemi-uh/20150911015632/5-49-92-1-SM.pdf>
- Gutierrez, W. (2019). *Tratamiento penal del Tráfico Ilícito de Migrantes en el Perú: avances, desafíos y retos*. Defensoría del Pueblo. Serie informe adjuntía – Informe N° 001-2019-DP/ADHPD. Lima Perú.
- Hernández, R. Fernández C. Baptista, M (2014) *Metodología de la Investigación* 6ta Edición Mc Graw-Hill México.
- Hurtado P. J (1973). *Revista del Foro Colegio de abogados de Lima* Año IX n° 1 1973) p 701),
- Jescheck H. W. (2014) *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Volumen I Instituto Pacifico Lima.
- INEI (2022) *Instituto Nacional Penitenciario/Unidad de Estadística* En: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1802/libro.pdf
- Jordá S., C. & Requena E., L. (2013). ¿Cómo se organizan los grupos criminales según su actividad delictiva principal? Descripción desde una muestra española. *Revista Criminalidad*, enero-abril Vol. 55 (1), pp. 31-48.
- Massey, D., Arango, J., Graeme, H.; Kouaouci, A., Pellegrino, A.; Taylor E., (1993) (Traducido del inglés por Augusto Aguilar Calahorro). “Teorías de migración Internacional: Una revisión y aproximación”. Trabajo publicado en *Population*

and Development Review, Vol.19, n. 3, sep. 1993. En: [Teorías de migración internacional. Douglas S. Massey, Joaquín Arango, Graeme Hugo, Ali Kouaouci, Adela Pellegrino y J. Edward Taylor. \(ugr.es\)](#)

Ministerio del Interior (2019) “*La Política Nacional Multisectorial de Lucha contra el Crimen Organizado 2019-2030*” Documentos de Gestión. Lima Perú.

Ministerio del Interior y Seguridad Pública Sub secretaria del Interior (2019) *Delitos de trata de persona y tráfico ilícito de migrante en Chile*. Gobierno de Chile. Setiembre del 2019. En: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=181981&prmTIPO=DOCUMENTO>
[COMISION](#)

Nájera G. X (2015) *El bien jurídico protegido en el delito socioeconómico de administración desleal en España*. En el caso de la legislación poblana en perspectiva comparada. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. N° 35. Enero-Junio p. 76-94. En: [1870-2147-rius-9-35-00076.pdf \(scielo.org.mx\)](#)

OIM (2012) Modulo I. *Tráfico ilícito de Migrantes. Gestión fronteriza integral en a sub región andina*. Organización Internacional para las Migraciones. Lima https://repository.iom.int/bitstream/handle/20.500.11788/1500/PER-OIM_019.pdf?sequence=1&isAllowed=y

OIM (2012) Modulo V. *Tráfico ilícito de Migrantes. Gestión fronteriza integral en a sub región andina*. Organización Internacional para las Migraciones. Lima. https://repository.iom.int/bitstream/handle/20.500.11788/1504/PER-OIM_023.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ONU. [Migración | Naciones Unidas](#). <https://www.un.org/es/global-issues/migration>

Peña, R. (2010) *Derecho Penal Parte Especial Tomo IV* IDEMSA Lima- Perú.

Pérez, A. (2004) *Globalización, Trafico Internacional Ilícito de Personas y Derecho Penal* Granada: Editorial Comares.

Pérez, L. C. “*Tratado de Derecho Penal*”, Tomo IV. Editorial Temis, Bogotá. 1971, pág. 307

Plascencia V. R. (2004) Teoría del delito. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas.

Pomares, E. (2015) *Reforma del código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra La inmigración ilegal en la Unión Europea*. Revista de Estudios Jurídicos UNESP, Francia, año 19, n° 29, p. 1-20, Jun-Jul., 2015. Disponible en: <https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1803/1677>

Poder Judicial (2022) *Base de Datos del registro Nacional de Condenas*. En: <https://siepj.net.pe/catalogo/>.

Poder Judicial. (2023) Expediente N° 0071-2018-0-5001-JP-PE-02. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional. Auto de vista Resolución N° 11 del 28 de mayo del 2018.

Poder Judicial. (2021) Expediente N° 265-2018-5001-JP-PE-02. 24 de setiembre del 2021. Lima

Poder Judicial. (2023) Expediente N° 195-2019-5001-JP-PE-02. Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional. Auto de vista Resolución N° 07 del 16 de enero del 2023.

Poder Judicial. (2023) Expediente N° 103-2020-13-5001-JP-PE-02. Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional. Auto de vista Resolución N° 07 del 09 de setiembre del 2022.

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, (2000) que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_cont_tr%C3%A1fic%C3%ADo migraci%C3%B3n tierra mar aire comple conve nu cont delin orga transn.pdf

Querol, A., Romero, C., Vásquez L., Gallo A. J. (2016) La Trata de personas en el Perú: normas, casos y definiciones. Capital Humano y Social Alternativo – CHS-Alternativo. En: https://issuu.com/chsalternativo/docs/normas_casos_definiciones_2016_6c86ccc34472b5/121

Meini, I. (2014) *Lecciones de Derecho Penal – Parte General Teoría Jurídica del Delito*. Textos Universitarios. Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima

Mir. S. (2016) *Derecho Penal Parte General* 10ª Edición, Editorial REPERTOR. Barcelona

Muñoz, F. y Garcia, M. (2002) *Derecho Penal Parte General*. Tirant Blanch. Valencia.

Red de las Naciones Unidas sobre Migración.

https://migrationnetwork.un.org/system/files/resources_files/UNNM%20-%20Mapping%20the%20landscape%20of%20the%20Smuggling%20of%20Migrants_es.pdf

Rojas, Y. (2004) El principio de proporcionalidad en las penas UNAM. en: http://derecho.maz.uasnet.mx/Revista_juridica_agora/documentos_comprimidos_publicaciones/trabajo%20ivon.pdf

Roxin, C. (1994) *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de Diego Manuel Luzon Peña -1997. Civitas.

Ruiz, J. (2012) Metodología de la Investigación Cualitativa 5ta edición Universidad de Deusto Bilbao-España. Pág 13. 75 https://books.google.com.pe/books/about/Metodolog%C3%ADa_de_la_investigac

i%2C3%B3n_cualit.html?id=WdaAt6ogAykC&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true

Sandhagen A. (2021) *El delito de permanencia ilegal de extranjeros en el territorio de la República Argentina*. 2021. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina SIAJ. En: <http://www.saij.gob.ar/alberto-sandhagen-delito-permanencia-ilegal-extranjeros-territorio-republica-argentina-dacf210188-2021-10-27/123456789-0abc-defg8810-12fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20administrativo/migraciones/delitos%20al%20orden%20migratorio%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=20>

Silveira M. A. (2016) *El delito de tráfico de personas* Tesis doctoral Universidad de Sevilla. Bajo la dirección del Dr. Miguel Polaino Navarrete

San Martín Castro, C. (2004). Jurisdicción constitucional y justicia penal: problemas y perspectivas. *Derecho PUCP*, (Nº 57), P. 395-429.

Tiedemann, K (1991) “*Constitución y Derecho Penal*” Traducción de Luis Arroyo Zapatero. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11 Núm 33 setiembre diciembre.

Tribunal Constitucional (2006) Sentencia de fecha 15 de diciembre del 2006 Expediente Nº 0012-006-AI/TC

Tribunal Constitucional (2012) Sentencia de fecha 03 de mayo del 2012 Expediente Nº 0017-2011 AI/TC.

Tribunal Constitucional (2012) Sentencia de fecha 12 de diciembre del 2012. Expediente Nº 008-2012-AI/TC

UNODC (2015) “*Dimensión de tráfico de migrantes en Colombia, realidades institucionales, legales y judiciales*” Proyecto Global GLOST55. Colombia https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/Agosto/Investigacion_trafico_migrantes.pdf

UNODC (2020). *Manual de lineamientos especializados para primeros respondientes en materia de detección, atención y canalización de posibles casos de trata de persona y tráfico ilícito de migrantes*. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito & Government Offices Of Sweden Ministry for Foreign Affairs. 2020 En: [Manual de lineamientos especializados para primeros respondientes en materia de detección, atención y canalización de posibles casos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.pdf](#)

Vásquez, T., Busse, E., & Izaguirre, L. (2015) *Migración de población haitiana a Perú y su tránsito hacia Brasil desde el año 2010*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos (Documento de Trabajo, 217. Estudios sobre Desarrollo, 14) <https://repositorio.iep.org.pe/handle/IEP/884?show=full>

Villarreal Q. C. (2017) *El bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para optar el grado académico de magister en Derecho penal. Pontificia Universidad católica del Perú. Lima. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9736>

Villa. J (2014) *Derecho Penal Parte General* IDEMSA Lima Perú.

Villavicencio F (2006) “*Derecho Penal*” Edi Grijley Lima.

Zaffaroni, E. R. (2006) *El enemigo en el derecho penal* EDIAR 1da Edición Buenos Aires

Zaffaroni, E. R. (2007) *Manual de Derecho Penal* EDIAR 2da Edición Buenos Aires

ANEXOS

Página 1 of 180 - Portada

Identificador de la entrega: 27259483685316

UBALDO CALLO DEZA

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES EN EL PERÚ

 Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco

Detalles del documento

Identificador de la entrega: em:oid::27259483685316	176 Páginas
Fecha de entrega: 15 ago 2025, 7:13 a.m. GMT-5	50.114 Palabras
Fecha de descarga: 15 ago 2025, 8:21 a.m. GMT-5	325.087 Caracteres
Nombre de archivo: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE.pdf	
Tamaño de archivo: 1.2 MB	

Página 1 of 180 - Portada

Identificador de la entrega: 27259483685316

1% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para la...

Filtrado desde el informe

- Bibliografía
- Texto citado
- Texto mencionado
- Coincidencias menores (menos de 20 palabras)

Fuentes principales

- 1%  Fuentes de Internet
- 0%  Publicaciones
- 1%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Marcas de integridad

N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarse.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.

Anexo N° 1

Matriz de consistencia

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS DE TRABAJO	CATEGORIAS	DIMENSIONES	METODOLOGÍA
Problema general. ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de migrantes en la legislación nacional? Problemas específicos P.1. ¿Cuáles fueron los criterios que tomó en cuenta el legislador al momento de identificar el bien jurídico tutelado en el tráfico de migrantes según la legislación peruana? P.2. ¿Cuáles son los criterios que vienen utilizando los órganos jurisdiccionales para identificar el bien jurídico protegido, en los delitos de tráfico migratorio? P.3. ¿Cómo incide la identificación del bien jurídico, al momento de la determinación de la pena en el delito de tráfico de migrantes en la legislación nacional?	Objetivo General Identificar el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de migrantes en la legislación nacional Objetivos específicos O1. Identificar los criterios que tomó en cuenta el legislador al momento de establecer el bien jurídico tutelado en el tráfico de migrantes. O2. Establecer los criterios que vienen utilizando los órganos jurisdiccionales al momento de determinar la pena, en los delitos de tráfico migratorio O3. Determinar si la identificación del bien jurídico incide al momento de la determinación de la pena en el delito de tráfico de migrantes en la legislación nacional.	Hipótesis general La legislación nacional no ha cumplido con identificar correctamente el bien jurídico en el delito de tráfico de migrantes. Hipótesis específicas. H.1.- Al introducirse el delito migratorio, en la legislación nacional, no se ha identificado el bien jurídico en el delito migratorio. H.2.- No existen criterios uniformes en los operadores jurídicos al momento de identificar el bien jurídico en los delitos migratorios. H.3.- La identificación del bien jurídico en el tráfico ilícito de migrantes, guarda relación con la determinación de las penas.	El bien jurídico protegido El tráfico ilícito de migrantes.	Derecho penal constitucional La antijuridicidad Principio de lesividad Fines de la pena La migración Delito migratorio Bien jurídico en delito migratorio Legislación comparada	Enfoque de investigación Cualitativo Diseño metodológico Descriptivo-exploratorio Tipo de investigación Dogmática explicativa

Anexo N° 2

Evolución de las formas agravadas del tráfico ilícito de migrantes. Artículo 303-B

Proyecto de Ley N° 314/2006-MP	Proyecto de Ley N° 513/2006-PE	Dictamen comisión de Mujer y Desarrollo Social	Dictamen de la comisión de Justicia Derechos Humanos	Dictamen consensuado Texto aprobado por el congreso.
Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1,2,3 y 4 del Código Penal, cuando: 1. El agente es funcionario o servidor público. 2. Se trata de representante de una organización social, tutelar o empresarial que aprovecha de su condición para perpetrar este delito. 3. Cuando el sujeto de tráfico es menor de dieciocho años de edad o padezca temporal o permanente, de alguna incapacidad física o mental; 4. Es cometido por tres o más personas Si como consecuencia del tráfico ilícito se produce la muerte del sujeto de tráfico, lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la seguridad de los migrantes, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años”	La pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1,2,3, 4 y 5 del Código Penal, cuando: 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública. 2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, y se aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito. 3. E hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización criminal. 4. Se produzca lesión grave o muerte del migrante, y estas pudieron ser previstas; o, las condiciones de transporte ponen en grave peligro su integridad física o psíquica 5. Existe pluralidad de víctimas 6. La víctima es menor de dieciocho años de edad, o padece de alguna discapacidad física o mental, temporal o permanente.	Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1,2,3 y 4 del Código Penal, cuando: 2) El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública; 3) El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito. 4) Existe pluralidad de víctimas 5) La víctima tiene entre 14 (catorce) y menos de 18 (dieciocho) años de edad o es incapaz 6) El hecho es cometido por dos o más personas. La pena será privativa de libertad no menor de 25 años cuando: 1) Se produzca la muerte de la víctima, lesión grave que ponga en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados, o las condiciones de transportes pone en grave peligro su integridad física o psíquica; 2) La víctima es menor de 14 (catorce) años o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental; 3) El agente es parte de una organización criminal	La pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código penal, cuando: 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública. 2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, y se aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito. 3. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, o padece, temporal o permanente, de alguna discapacidad física o mental. 4. Exista pluralidad de víctimas. 5. El hecho es cometido por dos o más personas. La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando: 1. Se produzca la muerte de la víctima, lesión grave que ponga en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; 2. Las condiciones de transporte ponen en grave peligro su integridad física o psíquica. 3. La víctima es menor de catorce años o padece, temporal o permanente, de alguna discapacidad física o mental. 4. El agente es parte de una organización criminal.	La pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código penal, cuando: 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública. 2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, y se aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito. 3. Existe pluralidad de víctimas 4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, o es incapaz 5. El hecho es cometido por dos o más personas. 6. E agente es cónyuge, conviviente, adoptante tutor, curador, pariente hasta el 7. cuarto grado de 8. afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar. La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando: 1. Se produzca la muerte de la víctima, lesión grave que ponga en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; 2. Las condiciones de transporte ponen en grave peligro su integridad física o psíquica. 3. La víctima es menor de catorce años o padece, temporal o permanente, de alguna discapacidad física o mental. 4. El agente es parte de una organización criminal.

ANEXO 3**CODIGO PENAL DE CHILE:****En:**<https://bcn.cl/2f6m7>**CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA****En:**<https://bcn.cl/2f6m7>**CÓDIGO PENAL COLOMBIANO****En:**https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000_codigopenal_colombia.pdf**CÓDIGO PENAL DE ECUADOR****En:**<https://vlex.ec/vid/penal-435777665>**CÓDIGO PENAL DE CUBA****En:**https://www.parlamentocubano.gob.cu/sites/default/files/documento/2022-09/goc-2022-o93_0.pdf**CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA.****En:**<https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1/con>

PROPUESTA LEGISLATIVA

Proyecto de Ley N°

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 303-B DEL CODIGO PENAL. FORMAS AGRAVADAS DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

Los Congresistas de la Republica que suscriben miembros del Grupo Parlamentario, ejerciendo su derecho a iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, en concordancia con los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente:

FÓRMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

“LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 303-B DEL CODIGO PENAL. FORMAS AGRAVADAS DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

Artículo 1. Objeto de la Ley. La presente ley tiene por objeto modificar las formas agravadas del delito de trata de personas.

Artículo 2. De la modificación del artículo 303-B del Código Penal. Modifíquese el artículo 303-B del Código Penal, el cual queda redactado conforme al siguiente texto:

La pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código penal, cuando:

- 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública.*
- 2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, y se aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito.*
- 3. Existe pluralidad de víctimas*
- 4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, o es incapaz*

5. *El hecho es cometido por dos o más personas.*
6. *El agente es cónyuge, conviviente, adoptante tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.*

7. *El agente es parte de una organización criminal*

La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando:

5. *Se produzca la muerte de la víctima, lesión grave que ponga en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados;*
6. *Las condiciones de transporte ponen en grave peligro su integridad física o psíquica.*
7. *La víctima es menor de catorce años o padece, temporal o permanente, de alguna discapacidad física o mental.*

I.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El delito de tráfico de migrantes, por su propia naturaleza es poco probable que sea cometido por una sola persona, ya que, de acuerdo a la descripción de la conducta prohibida, en la mayoría de los casos se cometen por una pluralidad de personas; es decir, es un delito cometido propiamente por redes criminales que operan en determinados sectores geográficos por donde se produce el tránsito de los migrantes. Si los actos de tráfico de migrantes son calificados como un delito cometido por una red u organización criminal, la pena que pueden recibir los infractores de la norma será no menor de ocho ni mayor de quince años; si los mismos actos de tráfico son calificados como un delito de tráfico de migrantes con la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad de primer grado la pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años; sin embargo, si los hechos se califican como un acto de tráfico de migrantes donde el sujeto activo es integrante de una organización criminal, la pena será no menor de veinticinco años; es decir el legislador por el mismo hecho ha determinado dos tipos de penas, dejando a voluntad del persecutor del delito la determinación de la pena; estas contradicciones hacen que los operadores de derecho tengan dificultades al momento de determinar la lesión al bien jurídico y de ese modo imponer la pena adecuada, imponiendo penas desproporcionadas

Cuando se estableció la necesidad de sancionar el delito de tráfico ilegal de migrantes, el Protocolo de Palermo consideró que era un delito propio de las organizaciones

criminales internacionales, ya que estos grupos para que puedan operar requieren de redes de carácter internacional y nacional; esta postura se corrobora con el estudio de casos a nivel nacional, que nos demuestran que estos delitos generalmente son cometidos por redes criminales con tipología de jerarquía regional que tienen contactos en diferentes países, donde existen grupos especializados con un líder regional.

II.- PROPUESTA NORMATIVA

El bien jurídico protegido, es el objeto o finalidad que es útil para el individuo dentro de la sociedad, por lo que merece la protección del sistema jurídico. En ese sentido existen diferentes posiciones doctrinales que identifican el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilícito de migrantes; por un lado, los que hacen referencia a bienes jurídicos de naturaleza individual cuando buscan proteger el derecho de los migrantes que tratan de alcanzar una plena integración social; y por otro lado, las tesis de naturaleza supraindividual que buscan proteger el orden socioeconómico en relación con la protección o regulación de los flujos migratorios; también existen tesis que defienden el carácter pluriofensivo del delito cuando por un lado, buscan proteger los derechos de los migrantes, sus derechos a la libertad, su seguridad y su dignidad teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad especial en la que se encuentran, y por otro busca proteger los controles estatales en los procesos migratorios. Esta variedad de posesión se presenta en la doctrina nacional, ya que el legislador identificó diferentes bienes jurídicos que deben ser protegidos con el tipo penal, convirtiéndolo en un delito pluriofensivo.

La falta de una adecuada identificación del bien jurídico en el delito de tráfico ilegal de migrantes, ha generado deficiencias al momento de la determinación del marco punitivo. El delito de tráfico ilegal de personal, fue incorporado en la legislación nacional en forma simultánea con el delito de trata de personas, lo que ha generado una confusión al legislador nacional al momento de establecer las circunstancias agravantes. A pesar que el legislador reconoce que el delito de trata de personas y el delito de tráfico ilegal de migrantes son delitos de diferente naturaleza, ha establecido las mismas circunstancias agravantes y las mismas penas para ambos delitos, generando que exista sobre criminalización en el delito de tráfico de migrantes, dificultando la aplicación de la norma a los operadores jurídicos.

III.- EFECTOS SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa de Ley no se contrapone a ningún dispositivo normativo de nuestro ordenamiento jurídico; puesto que, solo precisa las formas agravadas en el delito de tráfico ilícito de migrantes, con el fin de sancionar al sujeto activos que comete el delito como integrantes de una organización criminal con las mismas penas establecidas para las personas que integran organizaciones criminales. La modificación del Código Penal, representa un paso significativo para la lucha contra el crimen siendo necesario la actualización normativa que busca proporcionar a los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público las herramientas y el marco legal necesario para llevar a cabo un análisis más detenido y riguroso de sus resoluciones judiciales y aplicar la ley sin interpretaciones gaseosas ó analogías. Este cambio normativo tiene el objetivo dotar de un instrumento más adecuado a los operadores jurídicos en concordancia con los tratados internacionales que regulan el delito de tráfico de personal del cual es Perú es parte.

IV. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La propuesta legislativa no implica un incremento de los gastos o costos para el Estado. Su finalidad principal es establecer y definir de manera clara y precisa las formas agravadas en las que se pueden cometer el delito de tráfico ilícito de migrantes, teniendo instrumentos jurídicos coherentes se fortalece la lucha contra la criminalidad organizada. La modificación de la norma penal no generará un impacto financiero adicional para el Estado. Más bien, representa una oportunidad para que el Poder Judicial cuente con herramientas normativas que le permitan garantizar la coherencia y alineación de las decisiones judiciales con las políticas públicas en materia de seguridad ciudadana.

V.- VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL.

La presente iniciativa legislativa concuerda con la siguiente política de Estado:

Con la Política 28: Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial.

Nos comprometemos a garantizar el acceso universal a la justicia, la promoción de la justicia de paz. Asimismo, nos comprometemos a adoptar políticas que garanticen el goce y la vigencia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia. Con este objetivo el Estado:

(a) promoverá la institucionalización de un Sistema de Administración de Justicia, respetando la independencia, la autonomía y el presupuesto del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional, dentro de un proceso de modernización y descentralización del Estado al servicio del ciudadano; (...)