

El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos*

Martín Alexander Martínez Osorio

Profesor de Derecho Penal y Política criminal de la Universidad Tecnológica de El Salvador en Centro América y docente de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador.

RESUMEN: *El presente artículo se enfoca en los recientes cambios legislativos que se han realizado en las legislaciones penales de Centroamérica a fin de contener el fenómeno de la inmigración ilegal, en especial, la que se realiza hacia Estados Unidos. El autor considera que en este tema, el uso del Derecho penal debe ser mesurado, y únicamente, cuando se trata de organizaciones criminales que se dedican al tráfico ilegal de migrantes.*

PALABRAS CLAVE: *migración ilegal, criminalidad organizada, derecho penal.*

ABSTRACT: *This essay focuses on recent changes that have been made to criminal legislation in Central America to contain the phenomenon of illegal migration, in particular the one destined for the United States of America. The author considers that in this issue, the use of criminal law must be measured and used solely in the case of criminal organizations engaged in smuggling of migrants.*

KEY WORDS: *illegal migration, organised crime, criminal law.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Globalización, migración y criminalidad organizada. III. La respuesta internacional: la convención de palermo y sus diversos protocolos. IV. Las regulaciones legales en centroamérica. V. Conclusiones.*

Rec: 13 oct 2020 | Fav: 25 oct 2020

* En el presente artículo se utilizarán las siguientes abreviaturas: A.A.V.V. = Autores Varios, CSJ = Corte Suprema de Justicia de El Salvador; D.L. = Decreto Legislativo y SC/CSJ = Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

1. Introducción

1. En El Salvador, mediante el D.L. núm. 568-2001, se introdujo el delito de tráfico ilegal de migrantes –de “personas” según la redacción legal– dentro del capítulo XIX del Código Penal y que, según su epígrafe, se constituye en un delito contra la humanidad. La redacción del mismo sufrió una variante importante conforme el D.L. núm. 368-2017.

Inicialmente la redacción típica discurre por cuatro situaciones que el legislador salvadoreño quiso criminalizar de forma separada. La primera relacionada con introducir –o intentar introducir–, albergar, transportar o guiar extranjeros al territorio nacional en contravención a la normativa administrativa pertinente. La segunda, referida al albergue, el transporte o la guía de salvadoreños que decidan voluntariamente emigrar. Pero en ambos casos, se establece como elemento normativo del tipo “...el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países”. El tercer párrafo referido a las conductas de favorecimiento de la migración ilegal mediante la dotación de documentación falsa para quienes salen –o intenten salir– mediante su uso sean nacionales o extranjeros. De igual forma, se enuncia un supuesto de suplantación de identidad en la última parte del párrafo. En último término, se plasmó una cualificante penológica cuando en la comisión del delito los sujetos pasivos sufran “privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieron por causas violentas, o de naturaleza culposa”. En estos casos, la pena a imponer deberá incrementarse en las dos terceras partes

Una reciente reforma legislativa de 2017 mantuvo en esencia la redacción inicial, pero añadió tres variantes significativas: (a) el aumento de la prisión de prisión que inicialmente era de cuatro a ocho años se incrementó de seis a diez años; (b) se adicionó como conducta típica la “promoción” del tráfico ilegal de migrantes, tanto en el párrafo primero como en el párrafo segundo del precepto; y (c) estableció un nuevo párrafo tercero que detalla dos circunstancias cualificantes: la primera basada en la vulnerabilidad del migrante sea por factores ontológicos –edad, incapacidad mental, ceguera, sordidez– o derivada por razones “psicosociales”; y la segunda por la calidad del sujeto activo –funcionario, empleado público o agente de autoridad–. En estos casos, la magnitud de la pena aplicable oscila entre los ocho a 12 años de prisión.

El panorama es similar en Guatemala. El D.L. núm. 10-2016 modificó sustancialmente los delitos contenidos en el capítulo I del título X de la Ley de Migración (D.L. 95-98). Así, el artículo 103 define el tráfico ilícito de migrantes como la promoción o facilitación en cualquier forma del ingreso, permanencia o salida ilegal de una o más personas extranjeras, con el fin de obtener directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material. Por otra parte, en el artículo 107 Bis –introducido por el D.L. 10-2016– se regula el tráfico ilegal de guatemaltecos, especificando como conductas típicas la captación, el alojamiento, la ocultación, el traslado o transporte por cualquier vía o medio a ciudadanos nacionales que busquen emigrar a otro país sin cumplir los requisitos legales; debiendo concurrir en el sujeto activo un “ánimo de lucro” o la búsqueda de cualquier otro beneficio material o personal. Adicionalmente, y por cualquier duda, el párrafo último del artículo 107 Bis establece: “[t]ambién comete este delito quien con el mismo fin promueva, favorezca, facilite, guíe, ofrezca, instruya, planee o coordine de cualquier manera el tráfico ilegal de guatemaltecos”. La regulación se completa con la tipificación de los delitos de “facilitación ilícita de permanencia” (art. 106) y “facilitación ilícita de trabajadores migrantes extranjeros” (art. 107) junto con una enumeración sumamente amplia de circunstancias agravantes (art. 108).

Esta regulación normativa, que puede considerarse como la más detallada en los textos legales centroamericanos, regula tres situaciones interesantes: (a) el delito de tráfico ilegal de guatemaltecos no será aplicable a los migrantes, padres, tutores, responsables o familiares en grado de ley de los migrantes de dicho país; (b) no serán punibles las acciones que realicen los migrantes o los miembros de su grupo familiar para entrar, permanecer, transitar o salir del territorio nacional, sin perjuicio de la comisión de otros delitos; y (c) el pago, el requerimiento o el consentimiento prestado por la persona migrante, su representante legal o un tercero, no podrá ser considerado como eximente o atenuante de la responsabilidad penal del traficante.

De forma distinta, en el recién estrenado Código penal de Honduras –D.L. núm. 130-2017– se castiga el tráfico ilícito de migrantes en su artículo 297. Su redacción se limita a castigar las conductas de promover, favorecer y facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con

destino a Honduras o a otro país, vulnerando con ello la legislación sobre entrada, permanencia, tránsito o salida de personas. La comisión de estas conductas debe estar inspirada en la búsqueda de un aprovechamiento económico u otro beneficio de orden material –requisito establecido también en la legislación guatemalteca más no en la salvadoreña–. Los párrafos segundo y tercero del artículo 297 se regulan dos circunstancias agravatorias específicas: (a) los hechos sean realizados por un grupo delictivo organizado; y (b) el delito sea cometido por un funcionario o empleado público.

Lo mismo aconteció en Nicaragua (arts. 19 y 22 de la Ley 240-513 de 2004); Costa Rica (art. 245 de la Ley de Migración y Extranjería) y Panamá (art. 456-F de la Ley 36 de 2013 de reforma al Código penal). En algunos de estos ordenamientos, se agregan a los delitos, específicas regulaciones acerca de la incautación y comiso bienes de medios, instrumentos, productos o ganancias que se relacionen con el tráfico clandestino de migrantes.

2. Estos incesantes esfuerzos parlamentarios revelan que la inmigración ilegal –también denominada “irregular” o “clandestina”– es uno de los temas de mayor interés y preocupación en los países centroamericanos. En la actualidad, el tema ostenta una preponderancia noticiosa, a raíz de las caravanas de ciudadanos hondureños, salvadoreños y guatemaltecos que partieron con rumbo a Estados Unidos en el año 2019 y las recientes de 2020. El resultado de la infructuosa travesía ha sido una crisis humanitaria sin precedentes entre la frontera de México y E.E.U.U. y, recientemente, los choques entre migrantes y la Guardia Nacional mexicana en río Suchiate que divide a Chiapas (México) y Tecún Umán (Guatemala). Las repercusiones de estas inmigraciones masivas originaron un proceso de militarización de las fronteras en los países afectados (México) así como la creación de unidades de policías fronterizas para evitar que sus mismos connacionales puedan emigrar a la nación norteamericana (Guatemala y El Salvador)¹.

¹ Al momento de escribir estas líneas (enero, 2020) una nueva caravana compuesta por al menos dos mil quinientos centroamericanos –la mayor parte de hondureños– se encuentra en la frontera entre Guatemala y México en un intento desesperado de llegar a Estados Unidos. A ella se va a unir un pequeño grupo de salvadoreños –alrededor de cincuenta– que salieron desde el monumento más representativo de El Salvador –El Salvador del Mundo– hacia la frontera con Guatemala. En el caso de esta última, la mayor parte de ellos está compuesta por hombres jóvenes acompañados por un

Sin discusión alguna, la suscripción de los Estados a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) –*Convención de Palermo*– y al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que la complementa –*Protocolo*– imponen la necesidad de una regulación penal acerca del tráfico ilegal de migrantes. Pero, pese a la existencia de un indiscutible mandato de criminalización desde el ámbito del Derecho internacional, subsiste la interrogante de qué tan legítimo es que el Derecho penal regule una parcela de la realidad social más acorde con el Derecho de extranjería y migración. Más aún, no está demás hacer referencia a la objeción planteada por algunos sectores de la doctrina especializada, de que en el ámbito de tipificación de conductas en este sector, pueden resultar vulnerados algunos principios constitucionales que rigen el uso del poder punitivo del Estado social y democrático de derecho, tales como, el de mínima intervención proporcionalidad de la respuesta sancionatoria y de culpabilidad².

Hemos de sostener, conforme un cierto sector de prestigiosos juristas, que: (a) el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho a circular libremente y a elegir la residencia en el territorio de un Estado, como también el de salir y regresar a su país. Este derecho, como cualquier otro, puede ser limitado por razones debidamente justificadas por parte de los países que sufren la inmigración ilegal; pero tampoco puede limitarse de forma arbitraria, y mucho menos, mediante una aplicación excesiva del poder penal estatal; y (b) que las soluciones más adecuadas a la migración ilegal devienen de un replanteamiento de la política migratoria de los países de destino, la cual debiera de tener como fundamento valores como la solidaridad, la compa-

escaso número de mujeres y niños a diferencia de las del 2018. La convocatoria y conformación de estos grupos de migrantes se ha hecho mediante cuentas anónimas en redes sociales tales como *Facebook* y *Whats app*. En El Salvador, el promotor de la pequeña marcha ha sido detenido y enfrenta cargos por el delito de tráfico ilegal de personas. En todo el interin de estas caravanas debemos resaltar la censurable pasividad que muestran los gobiernos del triángulo norte de C.A. ante las muertes y vulneraciones masivas de los más elementales derechos fundamentales de las personas que han integrado esas marchas.

² Sobre la discusión desde el prisma de los principios constitucionales que rigen la aplicación del Derecho penal, *Vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Edit. Atelier, Barcelona, 2007, específicamente Págs. 177-186.

sión y la tolerancia –algo escaso en estos días–³. En cuanto a los países de origen, en la modificación de las estructuras de exclusión social y económica de amplios sectores de la población, las cuales influyen decisivamente en la decisión de arriesgar la vida o la integridad física del migrante, y en algunos casos, hasta la de su familia que decide acompañarlo en la arriesgada travesía⁴.

No obstante lo expuesto, sí se vuelve justificada la intervención del Derecho penal, cuando existen grupos y organizaciones criminales que se dedican al lucrativo negocio del tráfico ilegal de personas, mediante el ofrecimiento de transporte, dirección, contactos y recursos materiales para facilitar el ingreso clandestino a un país a una persona o a un grupo, a cambio de una contraprestación monetaria o de bienes –muebles o inmuebles– por ello⁵. Es claro que la inmigración clandestina puede ser una faena individual, pero la experiencia en Centroamérica nos demuestra todos los días, la existencia de redes transnacionales de crimen organizado que se dedican a esto con un claro afán lucrativo: quien busca una mejor vida en otro país, se convierte en “cliente” de las mismas, y por qué no decirlo, puede terminar también en “víctima” de una singularidad de hechos que pueden suceder en el trayecto. En este punto vamos a enfocar el análisis, pero antes, es necesario ubicarnos en la realidad internacional que incide en la migración como fenómeno global y no tan solo regional.

³ Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Las políticas penales europeas de inmigración*, en: Puente Alba (Coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Edit. Comares, Granada, 2008, Págs. 219-221.

⁴ Como apunta PÉREZ CEPEDA “...ninguna fortaleza podrá detener las presiones migratorias sobre las áreas del mundo en las cuales se ha centrado el desarrollo económico. Entre otras razones porque el riesgo de la irregularidad y de la explotación resultará, respecto de los habitantes del tercero y cuarto mundo siempre menor que la propia expectativa de pobreza, sin trabajo, sin tierra, sujetos sin futuro producto de una economía que odia al futuro”. Vid. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Edit. Comares, Granada, 2004, Pág. 9.

⁵ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales”, en: PUENTE DE ALBA (coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. retos contemporáneos de la política criminal*, Edit. Comares, Granada, 2008, Págs. 259-292.

II. Globalización, migración y criminalidad organizada.

1. De acuerdo con el sociólogo alemán Beck, la globalización es un proceso mediante el cual los Estados nacionales se entremezclan e imbrican con actores económicos transnacionales. Esto conlleva la creación de vínculos y espacios sociales más allá de las fronteras soberanas conforme una ampliación de las dimensiones de la comunicación, ecológicas, económicas, laborales, culturales y de la sociedad civil. En suma, citando al prestigioso sociólogo ya fallecido, estamos en presencia de una “sociedad mundial” sin “Estado mundial” caracterizable por la expansión de un capitalismo globalmente desorganizado. Aquí, los intereses del mercado desalojan o sustituyen a la ideología del liberalismo. Por ende, de forma progresiva, todas las dimensiones arriba apuntadas se van reduciendo a una dimensión exclusivamente económica consistente en la eliminación de trabas a la inversión en los diferentes países en los que se pueda conseguir una mayor productividad⁶.

De esta manera, siguiendo a Beck, quienes ostentan el poder económico global –un número de contadas empresas mundiales– pueden exportar puestos de trabajo donde los costes laborales sean muy bajos; repartir por todo el mundo productos y servicios más allá de marcas estrictamente nacionales; conseguir “pactos globales” con países o grupos de países con vista a obtener condiciones impositivas más suaves e infraestructura aprovechable. También, los jerarcas de este nuevo orden mundial, pueden castigar a los Estados cuando estos no se muestren muy amigables a las nuevas reglas del mercado. Por último, ellos pueden deslocalizar cada una de las fases del proceso productivo. Así, un sitio para la inversión, otro para la producción, otro para la declaración y otro para la residencia de los inversores; de ahí que los cuadros dirigentes podrán vivir y residir allí donde les resulte más atractivo y pagar impuestos donde les resulte menos gravoso⁷.

La repercusión más visible de este proceso, es que los Estados van disminuyendo su capacidad recaudatoria a fin de atraer la inversión extranjera, lo cual afecta sensiblemente en la inversión pública a favor

⁶ Cfr. BECK, *¿Qué es la globalización?*, Edit. Paidós, Barcelona, 1998, Pág. 32.

⁷ *Ibid.*, Pág. 18.

de sus ciudadanos. En esencia, como señala Capella, en la globalización estamos en presencia de un “soberano-privado supraestatal difuso”, el cual es titular de un poder de hecho mediante el cual impone una variedad de condiciones generales –todas las que sean necesarias– para el funcionamiento de las compañías internacionales; y en el que las autoridades estatales deben ajustarse a la máxima de “no intervención”, en otras palabras, mantenerse en una actitud de pasividad ante la desregulación de los mercados de bienes y servicios, como también, en lo relativo a la contratación laboral⁸.

Así, ante las pocas posibilidades de satisfacer sus necesidades vitales, los ciudadanos de los países con altos índices de pobreza y pocas opciones laborales dignas, tienden a emigrar allí donde pueden atisbar un porvenir de bienestar y abundancia que suelen ser los países del primer mundo donde el proceso de globalización ha tenido benéficos efectos económicos. Este fenómeno se conoce como el efecto de *atracción* o de *llamada* que los países económicamente desarrollados ejercen con relación a los que se encuentran en el subdesarrollo⁹. En otras palabras, a mayor concentración de la riqueza en un país, este resulta atractivo para quienes no tienen otro camino más que sobrevivir en sus lugares de origen. Tal fenómeno, demuestra en palabras de Beck, que la globalización ha propiciado un ensanchamiento de la brecha mundial entre ricos y pobres, y en la que no se puede llegar

a un compromiso entre ambos grupos, pues falta un marco apropiado en el que se puedan abordar y regular estos conflictos derivados de una desigualdad ya planetaria¹⁰.

2. En el espectro de la política criminal actual, el panorama antes descrito impone tres escenarios: (a) la existencia de una progresiva descriminalización de aquellas conductas que pudieran obstaculizar el libre mercado de bienes y servicios a nivel internacional; (b) la preocupación por los efectos colaterales del proceso de acumulación de capital en los países ricos con relación a los que se encuentran en vías de desarrollo (en este apartado se encuentra el problema de la inmigración ilegal); y (c) el surgimiento de una delincuencia de la globalización, compuesta por el crimen organizado transnacional, la responsabilidad criminal de las empresas y la corrupción pública. En otras palabras, como sostiene Terradillos Basoco, el surgimiento de una delincuencia “transnacional, económica y organizada”¹¹.

Los puntos de mayor interés en la presente exposición, son el segundo y el tercero. En lo relativo al segundo, el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia consagrado en las declaraciones internacionales, ahora tiene que pasar por el filtro de las políticas selectivas de inmigración de los países que proclaman la apertura de los mercados¹². Por ende, contamos con un libre movimiento de bienes y servicios más no de personas. Esto genera graves proble-

⁸ Vid. CAPELLA, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*, Edit. Trotta, Madrid, 1997. Págs. 257-258. En este mismo sentido GRACIA MARTÍN afirma: “... [l]os Estados nacionales han claudicado ante los poderes económicos internacionales con la adopción de políticas ultra-liberales y con la dotación de cobertura jurídica a los intereses de dichos poderes. Aquéllos han flexibilizado las exigencias y reducido considerablemente los límites que habían impuestos tradicionalmente las operaciones económicas con el exterior, lo cual –desde luego, en unión con otros factores– ha dado lugar a que en el presente hayan desaparecido prácticamente los mercados nacionales cerrados, controlados y protegidos por el Estado, y que las transacciones económicas internacionales se lleven a cabo ahora en un único mercado global, esto de alcance planetario”. Vid.: “Derecho penal de la Globalización y de la Unión Europea”, en: A.A.V.V., *Derecho penal económico*, Tomo I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, Pág. 81.

⁹ Ello se conoce como los factores de expulsión (*push factors*) y de atracción (*pull factors*). Las primeras son las condiciones que generan el emigrar (carencia de recursos para satisfacer sus necesidades mínimas) y las segundas las que atraen de los países receptores de la inmigración (libertades políticas y oportunidades económicas). Vid. GARCÍA ARÁN, Introducción, en: A.A.V.V., *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006, Pág. 3.

¹⁰ BECK al momento se escribir su importante obra, señalaba que en las últimas décadas del siglo XX, la producción mundial había pasado de 4 a 23 billones de dólares y la cantidad de pobres aumentó un 20 %. La participación en la renta mundial de la quinta parte más pobre de la humanidad se ha reducido en el periodo de 1960 a 1990 del 4 al 1%. En cambio, 358 multimillonarios poseen hoy más de la mitad de lo que gana la mitad de toda la humanidad. Y aunque parece suscitar poco interés, diariamente mueren en el mundo 35.000 niños por enfermedades de la civilización y no por catástrofes naturales; precisamente se trata de enfermedades relativamente fáciles de combatir o de curar con medios adecuados. Decía el sociólogo alemán: “... en dos días mueren, pues, más niños que americanos murieron durante toda la guerra de Vietnam”. Vid.: *¿Qué es la globalización?*, ob. cit., Pág. 209.

¹¹ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho penal*, Edit. Ara, Lima, 2010, Pág. 52.

¹² Cfr. ASÚA BATARRITA, La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración, en: A.A.V.V., *Inmigración y Derecho penal, bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 18.

El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

mas sociales en aquellos países con altos niveles de pobreza y marginalidad¹³.

En las migraciones intervienen una variedad de factores, entre los que destaca primordialmente: la satisfacción de las necesidades vitales y la búsqueda de un ambiente propicio para desarrollar un plan de vida. Esta decisión puede ser el fruto de conflictos bélicos, mala distribución de la riqueza en los países de origen, la corrupción pública que parasita recursos públicos destinados a solventar los problemas de los ciudadanos, el deterioro ambiental, la intolerancia política y hasta la persecución por parte de grupos criminales de ciertas personas por haberse relacionado con la justicia penal en calidad de víctimas o testigos. En lo que concierne al triángulo norte de C.A., son razones primordialmente económicas y de seguridad ante el control territorial de grupos criminales, las que impulsan a sus poblaciones a arriesgar su vida en ese “periplo migratorio”.

Sin lugar a dudas, la libre movilización de las personas puede, y siempre lo ha sido, un factor beneficioso para la economía del país que los recibe; sobre todo, cuando ello repercute en altos niveles de producción de bienes y servicios. Empero, cuando la migración trasciende más allá de las capacidades institucionales de los países receptores, la crisis social está servida. Esta realidad, y concuerdo con Terradillos Basoco, que debió terminar en un debate político y científico profundo acerca de las causas originarias de la migración ilegal, desembocó en el blindaje de las fronteras y la restricción progresiva de la estancia y entrada en los países de Europa y Estados Unidos. Estas políticas de naturaleza reactiva, pasan de largo que los movimientos migratorios tienen orígenes estructurales y la solución pasa por sacar del retraso económico, social y cultural de las regiones en que se produce¹⁴. En este contexto, al Derecho penal suele

otorgársele un papel de “refuerzo” de las políticas nacionales referidas a la migración ilegal. Como enfatiza Daunis Rodríguez, estamos asistiendo a una mayor intervención del instrumento punitivo en numerosas esferas de la sociedad, presentándose importantes recelos e incertidumbres sobre los fines asignados al moderno Derecho penal que, en muchas ocasiones, parece ir destinado a la satisfacción de *meras funciones organizativas*, en lugar de orientarse a la protección de *bienes jurídico penales*¹⁵.

3. En tercer lugar, aparece la denominada “cara amarga” de la globalización. En la actualidad, el grueso de la criminalidad no está en los individuos que en solitario realizan un delito, sino en organizaciones criminales cuyas actividades traspasan las fronteras nacionales. Así el tradicional modelo bipolar del delito en que “A mata a B” —como apunta la profesora Pérez Zuniga— resulta obsoleto frente a las redes internacionales de criminalidad que aprovechan las libertades económicas desarrolladas en las últimas décadas y los avances en el ámbito de las telecomunicaciones para expandirse por todo el mundo¹⁶. Esta nueva realidad impone una nueva dinámica criminológica que se caracteriza por el protagonismo de grupos y organizaciones que operan con filiales en diversos países, trafican con bienes y servicios de naturaleza ilícita, actúan inspirados en un desmedido ánimo de lucro y ostentan un amplio poder corruptor en las esferas política-económicas de una nación¹⁷.

Tal y como remarca Gracia Martín, si la dimensión más relevante de la globalización es económica, no sorprende que la criminalidad organizada sea económica ni que tenga un carácter netamente empresarial. Así —retomando el autor español lo expuesto por Albrecht— los mercados de drogas, inmigración, prostitución, fraude de inversiones, lavado de dinero o blanqueo de capitales, por decir algunos delitos representativos, precisan de una gran logística y de un buen *management* empresarial. Y para ello están

¹³ Como dijera MARC CARILLO: “solo un tercio de la población del planeta vive en condiciones de calidad de vida dignas y de acuerdo a formas de gobierno democráticas, por esta razón no es de extrañar que una parte de los dos tercios restantes ante en busca de un lugar en el sol, sobre todo cuando éste los ignora o, ni siquiera llega a alumbrarles” *Vid.* CARRILLO LÓPEZ, *Reflexiones constitucionales sobre la inmigración en España y la Unión Europea*, Revista de Derecho de la Unión Europea, N° 5, 2º semestre, 2003, Pág. 79.

¹⁴ Como muy bien señala PÉREZ CEPEDA “[e]l impacto negativo de estos grupos en las sociedades pone en peligro la seguridad nacional, la estabilidad económica, política y social, lo que conlleva la necesidad de adoptar políticas preventivas comunes en el ámbito internacional”. *Vid.* *Globalización, tráfico internacional*

ilícito de personas y Derecho penal, Edit. Comares, Granada, 2004, pág. 15.

¹⁵ *Cfr.* DAUNIS RODRÍGUEZ, *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Edit. Comares, Granada, 2009, Pág. 54.

¹⁶ *Cfr.* PÉREZ ZUÑIGA, “Tratamiento política criminal de la delincuencia transnacional en la sociedad global: un inventario de problemas y propuestas”, en: *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, Edit. Jurista Editores, Lima, 2011, Pág. 559.

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, El “Derecho penal de la globalización”, en: *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho penal*, Edit. Ara, Lima, 2010, Pág. 52.

las formas y modelos que ofrece la economía legal¹⁸. Así, en la actualidad, hay empresas que actúan conforme a la legalidad que pueden resultar implicadas en hechos delictivos. Pero también, las actividades intrínsecamente delictivas, requieren utilizar sólidas redes logísticas y eficientes estructuras organizativas, lo que motiva la adopción y puesta en práctica de formas típicamente empresariales¹⁹. En términos diversos, antes podía distinguirse de forma diáfana entre una criminalidad económica y empresarial –desarrollada en un contexto inicialmente lícito– y la criminalidad organizada –con actividades completamente ilícitas–. Hoy la distinción es difusa.

En efecto, desde una perspectiva criminológica, se sostiene que el *modus operandi* de la criminalidad organizada consiste en ubicar su función de gestión y producción en zonas geográficas de bajo coste y de disminuido riesgo de persecución penal, lo cual se logra controlando el entorno público institucional que es inexistente o es débil. Por otra parte, se buscan mercados preferentes en las zonas donde existe una demanda que puede pagar mejores precios por esos bienes y servicios. En términos más gráficos, y siguiendo a Pérez Zuñiga, se identifica el bien o servicio ilícito, su demanda y su oferta en el mercado mundial para comercializarlo mediante una red de personas, funcionarios, profesionales, empresas, instituciones y hasta Estado a su servicio²⁰. Las ganancias reportadas de tales actividades, son sometidas a un proceso de “reciclaje” o “lavandería” mediante diferentes procesos de ingeniería financiera a fin de eliminar su procedencia delictiva, esto permite *a posteriori* introducir las al mercado económico de un país como activos lícitos y disfrutarlas sin problema alguno²¹.

En materia de tráfico ilegal de personas, las organizaciones y grupos criminales encuentran una ventanilla de oportunidad única. Primero, permiten el ingreso clandestino a un país mediante el pago de una compensación económica –lo que en muchos casos puede terminar con la explotación sexual o laboral del migrante cuando se vea imposibilitado a pagar el importe del traslado, es decir, en trata de personas–; y

segundo, suelen ser un punto de enlace con empleadores que necesitan “mano de obra barata” a la que no hace falta reconocerle prerrogativa laboral alguna en comparación a los trabajadores nacionales. Es aquí donde el migrante pierde por partida doble: es alguien que se encuentra en una situación de irregularidad migratoria y, adicionalmente, como un trabajador sin posibilidad de exigir el reconocimiento de los más elementales derechos laborales²².

3. La respuesta internacional: la Convención de Palermo y sus diversos protocolos.

Kofi Annan, quien fuera Secretario General de las Naciones Unidas, aseveró que si “la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo debe hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no solo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia”²³. En efecto, desde los organismos internacionales, se ha propuesto intensificar la cooperación internacional como una herramienta eficaz para socavar las capacidades con las que cuenta la criminalidad organizada. De ahí que, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) –también conocida como *Convención de Palermo*– marcó un hito importante en esa dirección.

1. El referido instrumento internacional estableció una definición legal de grupo organizado estructurado [art. 2 letras a) y c)], a la que agrega la característica de transnacionalidad (art. 3). Por otra parte, enuncia la necesidad de tipificación de las conductas lavado

¹⁸ *Ibid.*, Págs. 92-93.

¹⁹ Cfr. GRACIA MARTÍN, “Derecho penal de la globalización y de la Unión Europea”, en: A.A.V.V., *Derecho penal económico*, tomo I, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2012, Págs. 90-91.

²⁰ Cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, ob. cit., Pág. 564.

²¹ Vid. GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, 2º Edición, Edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016, Pág. 57-64.

²² Sobre esto afirma TERRADILLOS BASOCO que la connotación económica de estos flujos migratorios, vinculados con la necesidad de trabajar, se encuentran estrechamente relacionada con otra variable, la de extranjería. Así, a su condición de trabajador real o potencial, al inmigrante se le une su condición de extranjero en el país de destino, por ende, el sujeto carece de un status jurídico de ciudadano. Esto repercute en la extensión y en el goce de los derechos legales reconocidos en un determinado país. Vid. BAYLOS/ TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, 2º Edición, Edit. Trotta, Madrid, 1997, Págs. 95-96.

²³ Cfr. UNODC, Prefacio de la publicación: “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, Nueva York, 2004, Pág. iii.

El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

de activos, corrupción y personas jurídicas que tengan relación con los delitos estipulados en el instrumento, como de toda aquella actividad que obstruya la acción de la justicia (arts. 6, 8, 10 y 23). Asimismo, brinda una extensa regulación de las medidas patrimoniales tales como el comiso y la incautación (art. 12). De forma posterior, retoma aspectos relativos a la jurisdicción competente (art. 15), extradición (art. 16), asistencia judicial recíproca (art. 18), investigaciones conjuntas (art. 19), técnicas especiales de investigación (art. 20), asistencia y protección de víctimas y testigos (arts. 24 y 25), cooperación internacional (art. 27), recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada (art. 28), capacitación y asistencia técnica (art. 29) y prevención (art. 31).

Cada uno de esos puntos, gira en torno de la definición normativa de *grupo delictivo organizado de carácter transnacional*: se encuentre estructurado por tres o más personas, que existan durante cierto tiempo, que actúe concertadamente con el propósito de cometer delitos graves —es decir, cuya pena abstracta sea al menos de cuatro años o más— y busque con ello percibir un beneficio económico o de otro orden material. A la definición de grupo delictivo organizado, se le agrega la característica de *transnacionalidad*, definida en el artículo 3 que acaece: (a) cuando el delito se cometa en más de un Estado; (b) se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; (c) se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o (d) se somete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

2. Con relación al tema que nos ocupa, es relevante hacer referencia al *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire* que complementa a la Convención en referencia. La misma se encarga de definir, en su artículo 3, como *tráfico ilícito de migrantes* “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Se distingue de la anterior definición la que corresponde al de *entrada ilegal*, es decir, el paso de fronteras sin haber cumpli-

do los requisitos necesarios para entrar legalmente en un Estado receptor.

El artículo 6 del referido protocolo establece la necesidad de tipificación tanto de la conducta de tráfico ilegal de migrantes (letra a); pero también, de conductas referidas a la creación, facilitación, suministro o la posesión de un documento de viaje o identidad (letra b) y la habilitación de una persona que no sea nacional o residente de un Estado a permanecer en el mismo sin haber cumplido los requisitos legales para tales efectos. Pero siempre y cuando, se recurra a cualquiera de los medios mencionados en el apartado anterior (letra c). Junto a lo anterior, se enuncian ciertas recomendaciones que pueden ser incorporadas a la legislación nacional si sus principios jurídicos lo permiten: (a) la tentativa de cualquiera de los delitos antes mencionados; y (b) el favorecimiento en la comisión de cualquiera de los supuestos delictivos anteriormente contemplados.

Es pertinente destacar dos reglas específicas que se recogen en los artículos 5 y 6 del documento. Una de ellas es la relativa a que los migrantes no estarán sujetos al enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el referido texto internacional (art. 5). Sin embargo, la segunda regla establecida en el segundo núm. 4 del art. 6 establece que nada de lo dispuesto en el presente protocolo “impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno”.

3. De forma conjunta al anterior documento, se suma a la Convención de Palermo, el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños*, el cual define a la trata de personas como la “...captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”. Este último concepto comprende la prostitución ajena u otro tipo de actividades sexuales, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos” (letra a) del art. 3).

Se añade a la definición de la conducta y de la finalidad de explotación, dos reglas importantes en orden a la configuración de la figura delictiva: (a) tratándose de víctimas mayores de edad, el consentimiento de ellas resulta irrelevante si se han utilizado cualquiera de los medios comisivos enunciados en la redacción de la letra a) del artículo 3 –violencia física, intimidación, engaño, abuso de superioridad, vulnerabilidad de la víctima, etc.–; y (b) en el caso de los menores de edad su consentimiento es totalmente inválido de forma independiente a la existencia de cualquiera de los medios comisivos *supra* relacionados.

4. Efectuando una apretada síntesis de los elementos esenciales de los tres instrumentos internacionales, y que del que también muestra consonancia un amplio sector doctrinario, podemos establecer las siguientes consideraciones:

(1) en la normativa internacional se distingue claramente entre las conductas de tráfico ilegal de migrantes (*smuggling of migrants*) y la trata de personas (*trafficking in human being*), la primera supone un favorecimiento a la entrada ilegal o clandestina a un país a cambio de un beneficio económico u de otro orden material; mientras que la segunda comprende actividades que van encaminadas a la explotación inmisericorde de una persona. Para esta última, no se requiere obligatoriamente el cruce de fronteras como en la primera; sin embargo, la realidad nos demuestra que regularmente va a existir una movilización de personas de un país a otro para su posterior despersonalización.

(2) los medios comisivos tales como la violencia física, la intimidación, el engaño, el abuso de autoridad o la vulnerabilidad de las víctimas entre otros, son ajenos al tráfico ilegal de personas, ya que aquí el comportamiento nuclear recae en el *favorecimiento de la entrada irregular* a un país, esto es, la inobservancia de los requisitos necesarios para transitar o entrar legalmente a un Estado receptor. Así, desde la óptica del Derecho internacional, puede advertirse que estamos en presencia de fenómenos delictivos distintos, y por ende, su incorporación al Derecho interno dará lugar a dos tipos penales distintos.

(3) el análisis de la normativa internacional efectúa una clara distinción entre los sujetos pasivos de ambos crímenes, en el tráfico ilegal no se habla de “víctimas” sino de “migrantes” a los cuales debe abstenerse de enjuiciar penalmente por el hecho exclusivo de ir

de un país a otro, más no se prohíbe adoptar cualquier otra medida de extranjería que sea oportuna. En cambio, en la trata de personas se reconoce como víctimas a quienes soportan cada una de las conductas típicas establecidas en la definición. Por ello es que los artículos 6, 7 y 8 del protocolo pertinente establece una serie de medidas relativas a la asistencia, protección y repatriación de las víctimas de trata de personas. Esta distinción reporta sustanciales efectos en el tratamiento legal de quienes deciden emigrar de forma ilegal a un país y de aquellos que lo hacen por haber sido inducidos mediante un engaño o bajo coacción.

(4) ambas figuras aparecen inexorablemente relacionadas con organizaciones y grupos criminales de naturaleza transnacional. Y ello es lógico, pues ambas actividades forman parte de la diversidad de rubros delictivos que les producen cuantiosas ganancias económicas al igual que el tráfico de drogas o de armas. Para el caso, una misma “empresa criminal” –que gestione la ruta Centroamérica-México-Estados Unidos– puede dedicarse tanto al tráfico como a la trata de personas, pues la logística en el traslado de personas de un país a otro es la misma. Lo que cambia es la destinación de las personas que transportan. En conclusión, estamos en presencia de crímenes ejecutados por entidades colectivas que operan en diferentes países, con una gran cantidad de medios personales y materiales además de una logística sumamente precisa. Ello repercute de gran manera en su combate, pues las actividades de persecución y juzgamiento se ven ampliamente limitadas por la soberanía territorial de los países. A lo que se añaden los problemas de individualización de la responsabilidad penal de quienes participan en cada fase de estos procesos delictivos.

4. Las regulaciones legales en centroamérica.

Tomando en cuenta las puntualizaciones anteriormente señaladas, conviene hacer el intento de enunciar los aspectos comunes que comparten las legislaciones centroamericanas con relación al delito de tráfico ilegal de migrantes (llamado también de “personas”).

1. Bien jurídico.

La determinación del bien jurídico es, sin lugar a dudas, en primer paso metodológico para determinar los alcances de aplicación de un tipo penal. Por bien

El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

jurídico-penal entendemos aquél interés social digno y merecedor de protección por parte del Estado mediante el uso de la pena.

Con relación al delito en estudio, se han ensayado al menos dos grandes posiciones doctrinales acerca del interés social que resulta protegido: (a) el control ordenado de los flujos migratorios por parte de los Estados; (b) los derechos fundamentales de los migrantes que pueden resultar lesionados o puestos en peligro por las condiciones en que realiza su traslado a otro país. Y la tercera, (c) que parte del entendimiento de que nos encontramos en presencia de un delito pluriofensivo que comprende a las dos dimensiones anteriormente reseñadas.

Desde la primera óptica, la inmigración estatal afecta la soberanía de los Estados, ya que les imposibilita controlar a quienes entran, salen o terminan residiendo en sus respectivos territorios. Adicionalmente, la inexistencia de ese control genera un sinnúmero de problemas colaterales como es la necesidad de aumentar el gasto social —en especial: educación y salud— de quienes ingresan, la articulación mecanismos eficaces de integración cultural de los migrantes en el país receptor o el aumento de la tasa de desocupación de los nacionales por el ingente número de trabajadores extranjeros dispuestos a ser contratados bajo exiguas condiciones laborales entre otros efectos. Así, Arroyo Zapatero, ha sostenido que este tipo de figuras delictivas parten de la pretensión de preservar el nivel de prestaciones sociales que caracterizan al Estado de bienestar. Y esto solo se puede conseguir mediante una política migratoria que contenga los imparable flujos de personas que terminen ahogando la capacidad financiera y asistencial de un Estado²⁴.

Esta postura se encuentra en consonancia con la política internacional de la materia que se desarrolla desde la década de los 90 del siglo pasado, que advierte que los desplazamientos en masa es un problema mundial²⁵.

Sin embargo, la objeción que se puede efectuar a esta postura es por qué necesariamente deben encargarse el Derecho penal del combate al fenómeno de la migración ilegal y no el Derecho administrativo. Desde la visión del principio de subsidiaridad y proporcionalidad que presiden la respuesta punitiva propia de un Estado social y democrático de Derecho no resulta justificable tal intervención en forma absoluta, aunque sí, en excepcionales situaciones que lo puedan ameritar como veremos más adelante.

Ahora bien, en coherencia con este punto de vista, habría que castigar penalmente al migrante por ser quien vulnera la normativa migratoria juntamente con quien le presta colaboración. Sin embargo, aún y cuando el migrante es un copartícipe de los actos de vulneración del ordenamiento migratorio, debe reconocerse que lo hace impulsado por las condiciones de marginación, pobreza y exclusión social de su entorno originario, y se añade a esto, que debe sufrir en la mayor parte de casos, vejámenes y atropellos a su integridad personal en todo el proceso de traslado. Verdaderamente, resulta contrario a la sensibilidad jurídica revictimizar a quien es ya una víctima de la desigualdad social y económica en su país de origen.

Con relación a la segunda postura doctrinaria, se aduce que los procesos de tráfico ilegal, vulneran los intereses estrictamente personales de los migrantes. Desde esta perspectiva, se reconoce que ellos cuentan con una serie de derechos fundamentales tales como la libertad, la seguridad y la dignidad, cuya garantía y tutela corresponde a los poderes públicos de cualquier Estado que se considere democrático²⁶. De ahí que, sus derechos son el objeto de tutela de la norma penal, sin que quepa considerarlo infractor de la misma. A lo más, nos encontramos en presencia de un sujeto pasivo sobre el cual recae el comportamiento de personas o grupos criminales interesados en obtener particulares beneficios económicos²⁷. Dentro de esta

²⁴ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Propuesta de un eurolimito de trata de seres humanos, A.A.V.V., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, Pág. 33.

²⁵ En este punto, siguiendo las puntualizaciones efectuadas por SERRANO PIEDECASAS, las políticas para permanecer en los países de origen deben equilibrarse con las políticas de movimientos ordenados, ya que estos movimientos se llevarán a cabo de todos modos y si no se efectúan de manera ordenada se harán si la menor duda de manera desordenada. *Vid.* Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en: LAURENZO COPE-

LLO, *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 314.

²⁶ Cfr. SÁNCHEZ LAZARO, El nuevo delito de tráfico ilegal de personas, en: LAURENZO COPELLO, *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 289.

²⁷ Cfr. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Edit. Atelier, Barcelona, 2002, Págs. 25-37. Para este autor, el ámbito de tutela penal de estas figuras son los derechos fundamentales de los extranjeros que pudieran verse afectados como consecuencia de ciertas conductas relacionadas con el fenómeno migratorio, y que se ven lesionados al convertirse el sujeto en objeto de una específica modalidad de

concepción, existen posturas como la Serrano Piedecosas, que aduce que el bien jurídico vulnerado es el derecho que todo emigrante legal tiene de alcanzar una plena integración social. Por ende, los procesos de migración irregular obstaculizan la posibilidad del disfrute de las libertades básicas establecidas por las constituciones para los extranjeros en situación de regularidad²⁸. Por otro lado, Pérez Cepeda afirma que este tipo de preceptos protegen la dignidad humana de los migrantes dada la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Desde esta postura, los traficantes se valen de la angustiosa necesidad en que se encuentran los extranjeros irregulares, lo cual genera una serie de condiciones propicias para la explotación y vulneración de sus derechos fundamentales²⁹.

Las réplicas a estas posturas parten del hecho de hasta qué punto existe un ataque a la libertad o a la dignidad en los casos en que concurre el consentimiento del migrante. Si el consentimiento está libremente prestado y no hay relación clara de desigualdad no puede decirse que el extranjero haya sido tratado como un objeto o una mercancía. Incluso, sostienen juristas como Cancio Meliá y Maraver Gómez, que aunque el autor actuará con ánimo de lucro, la conducta no atentaría contra la dignidad del migrante que presta su consentimiento libremente³⁰. Lo relevante sería que no existiera o se viera disminuida su capacidad de decidir. Y en relación con el planteamiento de Serrano Piedecosas se sostiene que no es quien favorece la entrada ilegal quien priva al extranjero de la posibilidad de acceder a esos derechos. Al contrario, él carece de esos derechos antes de que se favorezca su entrada ilegal. Verdaderamente son las propias normas que regulan la entrada y permanencia las que determinan cuando el extranjero puede o no disfrutar de esos derechos e integrarse en un determinado país³¹.

Por último, tenemos quienes consideran al tráfico ilegal de migrantes como un delito que lesiona el in-

terés del Estado en el control de los flujos migratorios como en los derechos individuales del migrante. Se trata entonces de un bien jurídico de naturaleza dual. En tal sentido, León Villalba, apunta que se protege un interés general de que los movimientos migratorios no sean incentivados o aprovechados por personas o grupos interesados en obtener particulares beneficios, como la protección de la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes, como bienes jurídicos protegidos mediatamente³².

Ahora bien, a fin de deslindar el bien jurídico protegido en la normativa centroamericana sobre el tráfico ilegal, conviene enfatizar que en su texto todos ellos hacen una referencia *primordial* a castigar penalmente el cruce de su territorio por formas distintas a las que prescriben sus leyes migratorias y de extranjería. Así se desprende del art. 367 CP de El Salvador —“con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países”—; el artículo 297 CP de Honduras —“vulnerando la legislación sobre entrada, permanencia, tránsito o salida de personas”—; artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica —“conduzca...por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos”; artículo 7 de la Ley 240-513 de Nicaragua —“[e]l tráfico de migrantes ilegales es el ingreso y traslado de extranjeros a través del territorio nacional sin llenar los requisitos que exige la ley”— y artículo 107 Bis de la Ley de Migración de Guatemala —“capte, aloje, oculte, traslade o transporte por cualquier vía o medio, a guatemaltecos para emigrar a otro país sin cumplir con los requisitos legales”— Su redacción es igualmente coincidente a lo que define la letra b) del artículo 3 del Protocolo —“el paso de fronteras, sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”— y la letra a) del mismo precepto que define el “tráfico ilícito” como la “facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente”.

Si se atiende al tenor literal de estos preceptos y en consonancia con los instrumentos internacionales que han inspirado la legislación centroamericana se llega a la conclusión de que el único bien jurídico que puede considerarse protegido por la norma es la *potestad estatal del control migratorio* —o como

tráfico (Pág. 72).

²⁸ Vid. SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos contra los derechos*, citado, Pág. 332.

²⁹ Vid. PÉREZ CEPEDA, “Las normas penales españolas: cuestiones generales”, en: GARCÍAARÁN (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006 Págs. 172-173.

³⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ, “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en: BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal y política transnacional*, Edit. Atelier, 2005, Págs. 372-373.

³¹ *Ibid.*, Págs. 369.

³² Vid. LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 246.

El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

sostienen Cancio Meliá y Maraver Gómez la política migratoria de un Estado—. De acuerdo con ello, el castigo penal se reduce a aquellas conductas de *promoción o favorecimiento de actos que se encuentran en contravención a la normativa administrativa de rige dicha materia*³³. Al mismo, se agrega generalmente un *plus* agravatorio, cuando se vulneran los derechos personalísimos de los migrantes, como acontece con la regulación salvadoreña³⁴ y en la guatemalteca³⁵.

Ahora bien, esto no inhibe que pueda considerarse como un bien jurídico de protección mediata los derechos fundamentales de los migrantes, constituyéndose las formulaciones legales en análisis verdaderas figuras de peligro abstracto o hipotético con relación a las afectaciones potenciales que pudieren sufrir en el trayecto o con relación a las condiciones a las cuales pueden ser sometidos por los “polleros” o “coyotes”. Sin embargo, ello no resulta relevante a efectos de la comprobación de tipicidad, pues podemos encontrarnos con un proceso delictivo en el que no existe afectación a derecho fundamental alguno del migrante —v. gr: los denominados traslados en categoría VIP que suponen el uso de la vía aérea con documentos falsos por un valor que oscila entre los 12 y 15 000 dólares americanos a diferencia de la ruta terrestre o los casos de ingreso a un país con visa de turista y decide su portador quedarse de forma permanente más allá del tiempo estipulado en el ordenamiento legal aplicable—³⁶.

³³ *Ibid.* pág. 375. Como exponen los referidos doctrinarios españoles: “...[b]uscar un bien jurídico prescindiendo de una interpretación de tales normas para, a partir de ahí, exigir algún otro elemento que determine el carácter típico de la conducta, supone crear un nuevo delito, distinto del que verdaderamente se encuentra regulado”.

³⁴ Art. 367 párrafo 4 del CP de El Salvador: “si como consecuencia de las conductas descritas... los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieron por causas violentas o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes”.

³⁵ Art. 108 del Decreto Legislativo por el que se modifica la Ley de Migración: “Agravantes. La pena prevista para el delito de tráfico ilegal de guatemaltecos, será aumentada en dos terceras partes, cuando: (1) la persona migrante sea menor de edad; (2) la mujer migrante se encuentre en estado de gravidez; (3) se ponga en peligro la vida, la integridad o la salud del migrante por las condiciones o medios en las que se ejecute el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico mental; (7) La persona migrante resulte ser víctima de tratos crueles, inhumanos o degradantes; y (8) Cuando la persona migrante sufra privación de libertad en el extranjero, será víctima de otros delitos de cualquier orden o falleciere”.

³⁶ Esta conclusión, también es compartida en relación con el ordenamiento argentino. Así, HAIRABEDIÁN sostiene el núcleo esencial de la prohibición es la infracción a las normas migratorias

Obviamente que al señalar como bien jurídico la potestad estatal de control de flujo de personas, estamos reconociendo que el Derecho penal se convierte en una herramienta de la política migratoria nacional, lo que implicaría una supuesta vulneración a los principios de mínima intervención y proporcionalidad que deben presidir la respuesta punitiva al ostentar los mismos fines que presiden al ordenamiento administrativo. Sobre todo, cuando la legislación de migración y extranjería resulta más que eficaz. La conclusión práctica de este hilo argumental sería el castigo del mismo migrante irregular por inobservar las normas que regulan su estancia, permanencia y salida de un país, como el castigo a toda forma de apoyo o favorecimiento sin hacer distinto de la finalidad perseguida —v. gr: la que realizan los familiares del migrante o los grupos de apoyo en el país al cual se dirige—.

Sin embargo, a mi parecer, desde el mismo Derecho internacional, se imponen dos condiciones que permiten delimitar satisfactoriamente qué situaciones van a ser comprendidas dentro del Derecho penal: (a) el art. 37.4 de la Convención de Palermo establece que “los protocolos de la presente Convención se interpretarán juntamente con ésta, teniendo en cuenta la finalidad de esos protocolos”. Por ende, si el referido convenio hace referencia a la delincuencia organizada transnacional, únicamente aquellos actos de tráfico ilegal en los que aparezca un grupo u organización criminal que se dedique a tal finalidad es la que deberá ser penalizada —artículos 2 letras a) y c) y 5 de la Convención—. (b) tanto la convención en referencia como el protocolo pertinente, establecen el castigo de aquellas conductas que persigan un beneficio económico u otro beneficio material³⁷. Esta aseveración tiene un fundamento criminológico, y es que colectivos

y su reglamentación que regulan el ingreso, la permanencia (incluyendo la autorización para determinadas actividades) y la salida del territorio nacional. Esta condición de ilegal, sostiene en autor argentino, se adquiere cuando se ingresa al país violando las leyes y reglas correspondientes al traspaso fronterizo o cuando habiendo ingresado en legal forma, se desnaturalizan las razones que autorizaron la permanencia en el territorio nacional o por otras causas que requieren declaración expresa se dicta la cancelación definitiva de la residencia y la expulsión del país, habiendo vencido el plazo para abandonarlo y no hubiese mediado dispensa del Poder Ejecutivo. *Vid. Tráfico de personas*, 2ª Edición, Buenos Aires, 2013, Edit. Ad hoc, Pág. 138

³⁷ El art. 3 letra a) del referido protocolo establece: “...con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

criminales han advertido las enormes posibilidades lucrativas de la promoción y favorecimiento de la inmigración ilegal por la gran cantidad de personas que aspiran a un mejor de vida al que poseen en sus países de origen. Aparte de ello, el costo de prestación del “servicio” es mínimo, por no decir que asumen una potencial pérdida del objeto del “negocio” y siempre existe una rentabilidad añadida pues, una vez llegado al lugar pactado, pueden explotar laboral o sexualmente a la víctima si no tiene la capacidad económica de pagar el viaje. Por último, esta opción interpretativa propuesta es coincidente con una de las acepciones del término “traficar” que es utilizada en todas las leyes estudiadas, y que puede ser entendido como “negociar” o “comerciar” y que en el ámbito en estudio podría delimitarse en efectuar *negociaciones de carácter netamente lícito*³⁸.

Las consecuencias prácticas de este planteamiento son: (a) nos encontramos ante un bien jurídico de carácter supraindividual, por ende, resulta irrelevante el número de personas que puedan ser objeto de la conducta; (b) como no se requiere para la configuración del tipo básico consentimiento alguno de quienes participan en la migración ilegal, este requisito no justifica ni exime de responsabilidad alguna a quienes promueven o facilitan tal proceso delictivo; y (c) sin perjuicio de lo anterior, esta conducta podría entrar en concurso real o ideal con las afectaciones concretas que reciban los migrantes en sus bienes jurídicos personalísimos –vida, integridad personal, libertad sexual, patrimonio, etc.–.

2. Sujetos activo y pasivo

En la mayor parte de ordenamientos centroamericanos, no existe restricción alguna respecto de quienes pueden cometer el delito de tráfico ilegal de personas. Por ende, nos encontramos ante un delito común. Sin embargo, se advierten en la mayor parte de las regulaciones circunstancias agravantes cuando se traten de funcionarios y empleados públicos o miembros de agrupaciones u organizaciones criminales.

Más compleja resulta la discusión de si cabe la consideración de sujeto pasivo al migrante que remunera y coopera con el “coyote” o “pollero” en la vulneración de los controles estatales de ingreso,

tránsito o egreso de una nación. Al respecto, puede considerarse sujeto pasivo en cuanto las afectaciones sus bienes jurídicos que puedan resultar lesionados o puestos en peligro durante el desplazamiento, entre ellos su integridad personal. Así se señala por ministerio de ley como acontece en el párrafo último del artículo 367 B del Código Penal salvadoreño como también en las agravantes reguladas en el artículo 108 de la Ley de Migración Guatemalteca o el artículo 456-F del Código penal panameño³⁹. Pero no cabe, tal consideración en lo relacionado en la inmigración clandestina, pues en estos casos el migrante puede tomar una actitud proactiva mediante la inducción a otro –a través del ofrecimiento de una cantidad monetaria por él o su familia– o a través de su coparticipación con otras personas en un proyecto colectivo intrínsecamente ilegal –v. gr: acompañando a quienes dirige el grupo en cada país de la ruta–⁴⁰. Esto ha llevado a decir que el sujeto pasivo de este delito es el conjunto la sociedad –particularmente de los países receptores– la cual se encuentra interesada en que el Estado controle las personas que accedan a un país, se desplacen a otro o se encuentren en tránsito por él⁴¹.

3. Conductas típicas.

En primer lugar, conviene establecer que nos encontramos ante un *proceso delictivo compuesto de diferentes etapas*, por ello, es que la mayor parte de legislaciones centroamericanas pecan de un excesivo casuismo en la descripción de las conductas típicas, lo cual puede dar lugar a infructuosas discusiones entre las diferencias que pueden existir con relación a los diferentes términos utilizados por el legislador –v. gr:

³⁹ Establece el párrafo último del art. 367 del CP salvadoreño: “[s] i como consecuencia de la comisión de cualquiera de las conductas descritas en este artículo, los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes”.

⁴⁰ Así, HAIRABEDIÁN menciona que el inmigrante ilegal objeto de este delito no es el titular del bien jurídico protegido, sobre todo cuando consintió el tráfico, en sentido estricto, no corresponde procesalmente denominarlo “víctima”, sin perjuicio de que en el uso general del lenguaje si se lo pueda hacer. Véase su obra: *Tráfico de personas*, ob. cit., Pág. 146.

⁴¹ Conclusión que DAUNIS RODRIGUEZ afirma absurda en el caso español por encontrarse el delito regulado en el Título del Código Penal que regula los “Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros”. Lo mismo cabría replicar de la salvadoreña que regula el art. 367-B en los “Delitos contra la Humanidad”, *Vid. El Derecho penal como herramienta de política migratoria*, ob.cit., Pág. 100.

³⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, *El Derecho penal español ante la inmigración*, art. cit., Págs. 352-353.

El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

la distinción entre transporte y traslado o entre acogimiento y recepción—.

Sobre ello, y retomando lo expuesto en líneas atrás, si la esencia del injusto del tráfico ilegal de personas es *incentivar* o *coadyuvar* a que una o varias personas puedan ingresar, transitar o salir de un país, inobservando los controles migratorios que al efecto se han establecido, los comportamientos que deben ser penalmente castigados deben ser únicamente los de *promoción* y el *favorecimiento* del tal proceso delictivo por parte de terceros ajenos al migrante. Así, el primer verbo rector en la medida que oferta la posibilidad de migrar a quienes deciden hacerlo o son convencidos de las ventajas que ello reporta —aún a costa de los riesgos que la travesía implica— y el segundo en cuanto se brindan los recursos y la logística necesaria para el eventual éxito que es llegar al país de destino. En este último caso, se trata de un favorecimiento interesado en la obtención de una ganancia o provecho, y aquí se comprenden acciones tales como el traslado, alojamiento y, sobre todo, una orientación y acompañamiento respecto de las rutas territoriales más oportunas, menos peligrosas, o hacia aquellas donde los controles estatales son menos rigurosos; asegurando en todo momento el contacto con los familiares o personas que los esperan en el país de llegada. Nos encontramos entonces ante un “bien escaso” para el migrante pero que se puede ser brindado por grupos y organizaciones criminales que se dedican profesionalmente al tráfico ilícito de personas y en donde cada uno de sus miembros forman parte de algún eslabón de ese proceso delictivo.

En otras palabras, si nos atenemos a lo preceptuado en el artículo 5 del protocolo respectivo —“[l]os migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal (...) por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6”— lo que se debe castigar es el *favorecimiento al proyecto individual o grupal de quien decide o es convencido a emigrar hacia otro país*. De ahí que, siguiendo a Hairabedián, el “auto-tráfico”, es decir, el mero ingreso o permanencia ilegal en un país sin intervención de terceros es atípico, sin perjuicio de que pueda constituir una infracción administrativa⁴². Esto no nos debe asombrar, figuras de esta naturaleza no son novedosas dentro del ámbito del Derecho penal, ya que nuestros estatutos

punitivos, castigan la inducción o ayuda para la realización de conductas en muchos casos atípicas —como acontece con el suicidio—. En este sentido, la regulación que efectúa el artículo 297 del Código penal de Honduras, me parece la más acertada cuando castiga las conductas de *promover*, *favorecer* o *facilitar* el tráfico ilegal o la inmigración clandestina. De igual forma el 103 de la Ley de Migración Guatemalteca que hace referencia a la *promoción* y *facilitación* de cualquier forma de ingreso a dicho país. En algunos casos se castigan conductas específicas de facilitación como acontece con el artículo 456-H del Código penal panameño —“[q]uien colabore en el tráfico ilícito de migrantes facilitando un bien mueble o inmueble para ocultar o albergar provisionalmente o permanentemente a una persona objeto de este delito”—.

Distinto acontece con otras regulaciones —y con el mismo ordenamiento guatemalteco en otra disposición— que enumeran una variedad de conductas específicas como el “captar”, “alojar”, “guiar”, “ocultar”, “trasladar” o “transportar —artículos 107 bis Guatemala, 245 de la Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica y 19 de la Ley 240-513 de Nicaragua—. Por otra parte, la legislación salvadoreña, mediante una reciente reforma legislativa, se añadió el verbo rector de “promover”, a las ya tradiciones de “albergar”, “transportar” y “guiar”.

Sobre el artículo 367 párrafo primero de Código penal salvadoreño, conviene hacer otra salvedad, ya que vuelve punible el “intentar introducir o introducir extranjeros al territorio nacional”. A tales efectos, equipara penológicamente el mero intento con la consecución de la finalidad delictiva. Se regula entonces un delito de “empresariado”, en los que la tentativa de producción de un resultado y la producción del mismo tienen la misma pena⁴³. La razón básica

⁴² Cfr. HAIRABEDIÁN, *Tráfico de personas*, 2ª edición, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, Pág. 133.

⁴³ Como señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (*El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, España, 1999, Pág. 11.), en los delitos de emprendimiento es constatable el grado imperfecto de la tentativa, pero se le aplica la misma penal correspondiente a la consumación del tipo respectivo. Esto provoca generalmente dos efectos: (a) la pena de tentativa aparece equiparada a la del hecho consumado, mientras que en ocasiones normales la tentativa se castiga con una pena atenuada; y (b) la exclusión de pena por desistimiento voluntario no es aplicable, a menos, que la figura de la parte especial del Código penal lo prevea de esa manera. Por su parte, JESCHECK/WEIGEND al referirse al § 11.1. núm. 6 del Código penal alemán (StGB), lo considera como otra forma de acción punible junto al delito consumado, la tentativa y los actos preparatorios que son castigados autónomamente. El fundamento de los denominados “delitos de emprendimiento” es agravar la reacción jurídico penal, todo ello en orden a la inten-

de introducción de este tipo de preceptos es evitar la obligada atenuación de pena que debería recibir la tentativa, aunque con este tipo de preceptos se introduzca un tratamiento valorativo que es extraño al sistema incriminador del *iter criminis*⁴⁴.

Retomando el comentario general acerca la casuística típica imperante en las legislaciones en estudio, cada una de dichas conductas no son más que precisiones de ciertos actos de promoción o favorecimiento del tráfico ilegal de personas. Así, por *promover* se entiende iniciar o adelantar algo en procura de su logro, *facilitar* es hacer posible la ejecución de un proyecto o quitarle dificultad y *favorecer* es apoyar un emprendimiento de diversas maneras⁴⁵. Estos tres conceptos son lo suficientemente amplios para abarcan con todo tipo de actos que de forma directa o indirecta favorezcan la entrada, permanencia o salida de personas, y ello debe ser así, ya que la realidad criminológica del delito en estudio revela que ésta actividad implica una gran variedad de comportamientos de sujetos diversos, que con mayor o menor nivel de organización, jerarquía y permanencia de tales actividades, aportan contribuciones relevantes para su logro efectivo⁴⁶.

Para algunos, la incorporación de estos verbos típicos a las legislaciones penales –“promover”, “favorecer” o “facilitar”– puede generar roces con el mandato de taxatividad que deben regir la configuración de los preceptos penales, dada que por su amplitud pueden comprender cualquier tipo de aportaciones, aún las más insignificantes al tráfico ilegal⁴⁷ –v. gr. la conducta del taxista que efectúa el viaje con unos

migrantes a la terminal de buses de la cual saldrán o del dueño del hostel que desconoce los fines que persiguen quienes se alojan en sus instalaciones–. Sin embargo, creo que esta objeción puede ser solventada con establecer restricciones teleológicas en el ámbito de la interpretación a comportamientos que verdaderamente impliquen un serio riesgo de lesión al bien jurídico tutelado. En suma, que sean idóneos y en los que se advierta que forman parte de un contexto delictivo de crimen organizado⁴⁸. Por ende, deben descartarse del juicio de tipicidad aquellas aportaciones que se encuentren dentro del ámbito del riesgo permitido o en lo que actualmente se conocen como “conductas neutrales”⁴⁹.

Por último, conviene destacar como un denominador común de todos los ordenamientos en análisis, el especial énfasis que imprimen a las conductas de *traslado y transporte* que aparecen en los estatutos punitivos de El Salvador, Guatemala, Costa Rica. Más preciso resulta el ordenamiento nicaragüense que castiga el traslado del extranjero dentro del territorio nacional (art. 19.4 Ley 240-513). Para muchos, existe una diferencia entre traslado y transporte, acaeciendo la primera conducta cuando existe un desplazamiento de una persona o un grupo a un lugar, mientras que el transporte es cuando se utilizan coches, autobuses, aviones, navíos, etc.; empero, coincido con cierto sector de la doctrina que identifica el traslado como un sinónimo de transporte en el sentido de referirse a la necesidad de un desplazamiento de un lugar a otro el cual pueden ser realizado por cualquier medio, por ende, la distinción carece de relevancia práctica⁵⁰.

sificación de la protección de determinados bienes jurídicos. *Vid. Tratado de Derecho penal*, 5ª Edición, trad. Olmedo Cardenete, Edit. Comares, Granada, 2002, Pág. 565.

⁴⁴ Como lo sostiene POLAINO ORTS, *Derecho penal del enemigo*, Edit. Bosch, Barcelona, 2009, Pág. 324.

⁴⁵ Señala PÉREZ CEPEDA, que la jurisprudencia española ha considerado que basta para la consumación típica que el sujeto activo intervenga de diversa manera, esto es, fomite, estimule, favorezca, facilite, coadyuve o participe de cualquier forma. Existe, por tanto en la ley, una equiparación de conductas entre aquellos que intervienen, bien tomando la iniciativa (promover), bien ayudando de cualquier modo, directa o indirectamente (favorecer o facilitar) en los delitos de tráfico. Al respecto, véase su libro. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Edit. Comares, Granada, 2004, Pág. 196.

⁴⁶ *Vid.* SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos*, citado, Pág. 88.

⁴⁷ Crítica es tipo de formulaciones: GARCÍA ARÁN, “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en: GARCÍA ARÁN (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006, Pág. 211.

⁴⁸ Apunta LEÓN VILLALBA, que son tipos penales sumamente amplios en cuanto a su campo de aplicación, lo que permite subsumir casi cualquier tipo de conducta susceptible de generar algún tipo de provocación, apoyo o allanamiento del desarrollo del tráfico ilegal de personas. De forma que sólo la falta de idoneidad de la conducta puede eximir su ubicación en el precepto. *Vid. Tráfico de personas e inmigración ilegal*, ob. cit., Pág. 254.

⁴⁹ Sobre las conductas neutrales y su relevancia en la participación criminal, *Vid.* ROBLES PLANAS, *La participación del delito: fundamento y límites*, Edit. Marcial Pons, Barcelona, 2003, Págs. 31 y ss.

⁵⁰ Consideraciones que se han efectuado para el delito de trata de personas, y que perfectamente caben en el delito en estudio. Así, HAIRABEDIÁN, *Tráfico de personas*, ob. cit., Pág. 26. Para el caso, VILLACAMPA ESTIARTE señala con relación a este verbo típico: “... por transporte se debe interpretar cualquier traslado de la persona o personas tratadas, fuera o dentro de nuestras fronteras, con cualquier medio. Incluye, pues, tanto el hecho de llevar a un lugar como el de cambio de lugar”. *Vid.*: *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011, Pág. 417.

4. Tipicidad subjetiva.

En todas las legislaciones centroamericanas la tipicidad subjetiva no implica solamente la consciencia y voluntad de realizar los “actos de promoción” o “favorecimiento” de los distintos actos que componen la migración ilegal. Se requiere además, que el agente delictivo persiga la finalidad ulterior de evadir los controles fronterizos que impongan los países del área como en relación de los países de tránsito y destino. Esto es advertible cuando se establece “con la finalidad de evadir los controles migratorios del país o de otros países” (El Salvador), “vulnerando la legislación sobre entrada, permanencia, tránsito o salida de personas (Honduras) y “emigrar a otro país sin cumplir los requisitos legales” (Guatemala). Por ende, estamos ante un delito de tendencia interna trascendente.

Adicionalmente, tanto la ley hondureña como la guatemalteca, hacen referencia a la consecución de obtener un beneficio económico u otro de orden material (arts. 103 y 107 Bis de la Ley de Migración Guatemala y 297 del Código Penal de Honduras) no así la legislación salvadoreña que fundamenta la tipicidad subjetiva en la evasión de los controles migratorios. Sin embargo, esta técnica legislativa es incorrecta, pues si nos atenemos a los lineamientos que establece el Protocolo en la materia, este móvil económico es imprescindible para justificar político-criminalmente el castigo por tráfico ilegal. En tal sentido, cuando el traslado o desplazamiento persiga fines humanitarios o de reencuentro familiar no deberán quedar comprendidos dentro del ámbito de aplicación de estos tipos penales. —v. gr: dar alojamiento o comida a quienes se avanzan en el trayecto son conductas totalmente atípicas, como también, la decisión que toman los abuelos de enviar a su nieto con sus padres que viven en E.E. U.U. a fin de evitar su reclutamiento o puesta en peligro por el crimen organizado que impera en su comunidad—. Un desarrollo de esta argumentación puede advertirse en la excluyente de responsabilidad que contempla la ley guatemalteca en el artículo 107 Bis. párrafo final de la Ley de Migración “...[e]ste delito no será aplicable a los migrantes, padres, tutores, responsables o familiares en grado de la ley de los migrantes guatemaltecos”.

El móvil del provecho económico actual o potencial, no requiere que efectivamente que se obtenga o se entregue materialmente, basta que el agente de-

lictivo tengan en cuenta el mismo para darle sentido a toda la secuencia del proceso de la migración ilegal, y esto puede deducirse en el proceso penal tanto mediante prueba directa, como también, mediante la prueba indiciaria. De todas maneras, esta finalidad —además del elemento normativo referido a la inobservancia de los controles transfronterizos— es relevante y debe ser tenida en cuenta en la interpretación de aquellos sistemas jurídicos que no lo mencionan como el salvadoreño. Y esto es por dos razones: (a) se relaciona en el Protocolo —art. 3 letra a)—; y (b) también es uno de los elementos de la definición de grupo delictivo organizado que enuncia la Convención de Palermo —art. 2 letra a)—. Debe recordarse, que los Protocolos se interpretan conforme los preceptos de la Convención (art. 37.4).

5. Tentativa y consumación.

A rasgos generales, por la forma de redacción de los tipos penales en estudio, podemos afirmar que el delito de tráfico ilegal de migrantes es de mera actividad, adicionalmente que es un tipo mixto alternativo, puesto que basta la realización de alguna de las conductas descritas en el precepto para que exista tipicidad. Por otra parte, se constituye en un tipo de consumación anticipada el cual no requiere que llegue a producirse la entrada a país determinado⁵¹. En otras palabras, en aquellos ordenamientos como el hondureño, desde que se promueve, facilita o apoya en cada una de las etapas del proceso delictivo, el delito queda consumado. De ahí que sea difícil hablar de la existencia de tentativa⁵².

Por otra parte, los actos de preparación de la travesía migratoria quedan comprendidos dentro del verbo típico de “promover”⁵³. Aquí caben aquellos comportamientos de incitación o difusión de la oferta migra-

⁵¹ Sobre la naturaleza de delitos de peligro abstracto de este tipo de figuras: SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos contra los derechos*, art. cit., Pág. 336.

⁵² Afirma DE LEÓN VILLALBA que al tratarse que en delitos de peligro abstracto relativos a la inmigración ilegal, la consumación se alcanza con la realización de cualquiera de las conductas enumeradas en el tipo sin que sea necesario atestiguar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo. Tampoco será necesario acreditar que el migrante haya salido, entrado o transitado por un determinado territorio. No cabe, en consecuencia, un desarrollo imperfecto del tipo. *Vid. Tráfico de personas de personas e inmigración ilegal*, ob. cit., Pág. 257.

⁵³ Coincido en este punto con CANCIO/MARAVER GÓMEZ, *El Derecho penal ante la inmigración*, ob. cit., Pág. 359.

toria que pueden ser realizados de diversa manera – persuasión directa o mediante redes sociales como ha quedado comprobado recientemente en las caravanas que van hacia Norteamérica–. Debe señalarse que el reclutamiento de personas para efectuar el desplazamiento también debe considerarse como una forma de “promoción”.

6. Autoría y participación

Las conductas reguladas en los distintos tipos penales centroamericanos, son formas de participación en un hecho que no es delictivo con relación a los migrantes, pero que el legislador las elevó al rango de autoría. Por ende, nos encontramos ante un concepto unitario de autor⁵⁴. Así, cualquier intervención que implique una significativa aportación más allá del riesgo jurídicamente permitido quedará dentro del ámbito de la tipicidad objetiva. Sobre esto, la jurisprudencia y la doctrina tendrán que postular restricciones interpretativas al ámbito de lo punible, a fin de no terminar castigando aportaciones insignificantes o que se encuentren dentro del ámbito de los comportamientos cotidianos como acontecerá con las agencias de transporte internacional⁵⁵. En esencia, y comparando plenamente lo expuesto por Pérez Cepeda, aunque en este tipo de delitos se utilicen términos muy abiertos, no cualquier acto dirigido a potenciar la inmigración de personas podrá considerarse típico. Al menos, se deberá requerir que los comportamientos sean idóneos para incidir en el tráfico⁵⁶.

7. Concurso de delitos

Si el bien jurídico tiene como base la afectación de un bien jurídico de carácter supra-individual como lo es la potestad migratoria estatal en orden a controlar el proceso regular de egreso, tránsito e ingreso entre

los países de las distintas personas; este delito puede entrar en concurso con las afectaciones concretas a los bienes jurídicos personalísimos de los migrantes –vida, integridad personal, libertad, libertad sexual, etc.– que pudieran ser lesionados o puestos en peligro por los miembros de grupos y organizaciones criminales que desarrollen tal actividad ilegal. Por ende cabe la aplicación de las reglas generales del concurso de delitos, a excepción, de aquellos ordenamientos que contemplen dentro de sus agravantes ese adicional disvalor como acontece con los ordenamientos de El Salvador y Guatemala⁵⁷. Aquí será de preferente aplicación dicha cualificante en defecto del concurso de delitos.

V. Conclusiones

1. Las nuevas condiciones económicas mundiales y los procesos de acumulación de capital de quienes han resultado favorecidos por el fenómeno de la globalización, están imponiendo una nueva lógica de exclusión de las poblaciones de aquellos países en los que no es posible satisfacer las mínimas condiciones de subsistencia, y mucho menos, desarrollar un proyecto digno de vida. Aunado a ello, las condiciones de inseguridad personal y de control territorial de grupos delictivos organizados –que les imponen a los ciudadanos el “unirse” a estos grupos o “morir”– genera fenómenos de desplazamiento dentro del mismo país y hacia afuera. Esto explica lo que está aconteciendo desde hace varios años en el triángulo norte de Centroamérica. De ahí que las razones más recurrentes que se exponen en emigrar a otros países se encuentran en las precarias condiciones económicas en las que viven y la inseguridad de sus comunidades.

2. Sin duda, el derecho humano a migrar, como todo derecho fundamental, puede ser regulado conforme a parámetros de razonabilidad por los países de destino como por los de tránsito. A tal efecto, el Dere-

⁵⁴ Vid. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, ob. cit., Pág. 209.

⁵⁵ Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, considera que resulta posible hablar de complicidad en este tipo de delitos, afirmando que aquellos que realicen una contribución causal, desde un punto de vista material, al hecho en sí del desplazamiento o tránsito, pero carente de significación en cuanto a la creación o mantenimiento de las condiciones de ilícito. En estos casos, afirma, podrá considerarse la existencia de complicidad, siempre que se constaten los elementos objetivos y subjetivos necesarios para integrar este título de imputación de responsabilidad. Véase al respecto: *Los delitos contra los derechos*, ob. cit., Pág. 100

⁵⁶ *Ibid.*, Págs. 196-197.

⁵⁷ El párrafo último del art. 367 del CP de El Salvador establece: “[s]i como consecuencia de la comisión de cualquiera de las conductas descritas en este artículo, los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes”. El art. 108 de la Ley de Migración de Guatemala señala en su art. 3: “[s]e ponga en peligro la vida, la integridad o la salud del migrante por las condiciones o medios en las que se ejecute el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico o mental”. Y en su art. 8: “[c]uando la persona migrante sufra privación de libertad en el extranjero, sea víctima de otros delitos de cualquier orden o falleciere”.

El tráfico ilegal de migrantes en los ordenamientos penales centroamericanos

cho de extranjería y migración es el que se muestran más indicado para ello. Sin embargo, pese a ello, el Derecho penal ha entrado a jugar un papel relevante en orden a la contención de la migración ilegal. Pero no está claro todavía hasta donde se encuentran sus límites de actuación. Desde esta perspectiva, se genera un amplio debate acerca del bien jurídico protegido por este tipo de figuras, y su relación con el Derecho de extranjería. Al menos, desde una perspectiva un tanto inaceptable, se ha sostenido que su función es el reforzamiento de las prescripciones administrativas relativas a la migración.

3. Pese a lo anterior, conviene reivindicar el principio de *mínima intervención* o *ultima ratio* que preside la aplicación del Derecho penal de un Estado democrático, esto es, que solo se encargue de aquellos conflictos sociales que no pueden ser resueltos por otros mecanismos jurídicos o parajurídicos más idóneos y menos afflictivos que la imposición de una pena. Esto adquiere mayor importancia si es que tal principio ha sido expresamente reconocido en cualquiera de las constituciones centroamericanas⁵⁸. Así, atendiendo a la gravedad de las penas que se prevé en los ordenamientos centroamericanos para el tráfico ilegal de personas, lo punible debe limitarse a los actos de promoción o colaboración que brinden al migrante miembros de grupos u organizaciones criminales a cambio de que aquél o un tercero retribuya un valor económico por el viaje. Este entendimiento se impone, además, en razón que el Protocolo contra el Tráfico Ilicito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire es un documento complementario a la Convención de Palermo que regula específicamente lo relativo al

crimen organizado. Por ende, la inmigración ilegal no debe considerarse un delito, aunque quedará comprendida dentro del ámbito administrativo sancionatorio de cada país.

4. En consonancia con lo anterior, los miembros de entidades de la sociedad civil que gestionan recursos y brindan ayuda con fines altruistas o humanitarios a los migrantes, no quedan comprendidos dentro de la conducta típica que se estudia. Se tratan de conductas que estarían comprendidas dentro de los ámbitos de la insignificancia o de las acciones cotidianas. Estas conductas no resultan relevantes para la creación de un riesgo no permitido de evasión de los controles transfronterizos. Más aún, las conductas de simple favorecimiento como en el caso de los transportistas –de no existir un acuerdo o integración dentro del accionar de un ente criminal que se dedica a ello– serían totalmente atípicas por el mismo motivo.

5. Si lo penalmente relevante es la participación de un grupo organizado que tenga como fin el traslado de personas de un país a otro, y aún la promoción del referido periplo migratorio, quizás no sea tan relevante la creación de cualificantes específicas en un Código Penal o en una ley especial, pues basta el concurso con el delito de asociaciones ilícitas, pero entendido éste conforme la actual complejidad que presentan las organizaciones criminales, esto es, como un *delito de organización*⁵⁹. Desde esta óptica, el participar en cualquiera de los eslabones de la ruta del tráfico ilegal –desde que se logra el acuerdo con la víctima hasta su llegada al país de destino– ya es más que suficiente para la aplicación de ambos delitos. Posiblemente, las reformas penales deben ir encaminadas a la inclusión de un delito de organización criminal en los ordenamientos penales centroamericanos, que supere las insuficiencias clásicas del delito de asociación ilícita. En otras palabras, nos encontraríamos ante un delito de estatus, en el que bastaría comprobar que el agente delictivo ejerce un rol dentro de la estructura criminal dedicada al tráfico ilegal de personas y que aporta con ello un aporte imprescindible para el proyecto conjunto de la organización⁶⁰.

⁵⁸ La SC/CSJ de El Salvador, en su sentencia de 23-XII-2009, ha reconocido el referido principio de la siguiente manera: "... [cuando se dice que] el ordenamiento jurídico-penal material debe ser la última opción en la solución de los conflictos sociales, se quiere indicar que la intervención penal sólo es lícita y admisible constitucionalmente cuando se han agotado todas las vías alternas posibles, y pese a ello, subsiste ese conflicto agudo de desviación criminal. Por ello, para la protección de los intereses individuales y sociales deberá preferirse –ante todo– la utilización de políticas sociales y otros mecanismos jurídicos, por ejemplo, el Derecho administrativo sancionador. Sólo cuando se haya comprobado fehacientemente que ninguno de los medios anteriores es suficiente, se encontrará el Estado legitimado para hacer uso del Derecho penal". Más adelante agrega la sentencia: "...cuando esa necesidad de intervención sea imprescindible para el normal orden social, y en consecuencia, tenga que ser afectada la esfera de libertad de los ciudadanos, debe utilizarse el medio menos gravoso posible y necesario para los fines de protección de los bienes jurídicos. Desde este punto de vista, el principio de última ratio quiere significar también una graduación proporcionada de la respuesta punitiva".

⁵⁹ Al respecto: CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, Edit. B de F, Montevideo, 2008, Pág. 15 y ss.

⁶⁰ Sobre los delitos de estatus: PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Edit. Atelier, Barcelona, 2005, pág. 63.