

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar por el grado de licenciada en Derecho

“APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY DE MIGRACIÓN Y
EXTRANJERÍA EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE
PERSONAS, ANÁLISIS DE SUS POSIBLES REFORMAS”

Ana Gabriela Chaves Peralta

San José, Enero 2010



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE INVESTIGACION



3 de febrero de 2010
FD-AI-T-146-10

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano, Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del (de la) estudiante (s) **ANA GABRIELA CHAVES PERALTA**, carné A21483, titulado "APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERIA EN MATERIA DE TRÁFICO ILICITO DE PERSONAS, ANÁLISIS DE SUS POSIBLES REFORMAS" fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final.

Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

De igual manera, le informo la conformación del Tribunal Examinador.

Tribunal Examinador	
Presidente (a)	Prof. Alvaro Burgos Mata
Secretario (a)	Prof. Rafael Sanabria Rojas
Informante	Prof. Ronald Salazar Murillo
Miembro (a)	Prof. Rafael Gullock Vargas
Miembro (a)	Prof. Miguel Zamora Acevedo

La fecha y hora para la PRESENTACIÓN PÚBLICA de esta Tesis se fijó para el día 18 de febrero de 2010, a las 7:00 p.m. en la Sala de Réplicas, ubicada en el quinto piso de la Facultad.

Atentamente,



Dr. Olivier Rémy Gassiot
DIRECTOR

Marta
☐

San José, 26 de enero del 2010

Señor:
Dr. Olivier Remy Gassiot
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

S....D

Estimado Profesor Remy:

Tengo el agrado de informarle, que en calidad de Director, he revisado el trabajo de investigación de la egresada Ana Gabriela Chaves Peralta, denominado "Aplicación Práctica de la Ley de Migración y Extranjería en materia de Tráfico Ilícito de Personas. Análisis de sus posibles reformas", el cual reúne los requisitos sustanciales y formales para ser presentada como tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho.

La investigación contienen cuatro grandes capítulos, en el primero de ellos se desarrolla de manera doctrinal el contenido de las figuras penales de Tráfico y Trata de Personas, las cuales a menudo suelen ser confundidas por los profesionales. El segundo capítulo se desarrolla el tratamiento que da el Ministerio público a la investigación y eventual enjuiciamiento de esos casos, en donde se destacan las dificultades que presenta, por tratarse de criminalidad organizada, que tiene diversos matices que la distinguen de la delincuencia convencional. En el capítulo tercero se analiza la nueva Ley de Migración y Extranjería, y se compara con el con el reciente proyecto de Ley de Migración que fue aprobado por el Congreso de la República en los últimos meses de la año 2009, y que entra en vigencia el primero de marzo de 2010. Y por último en el cuarto capítulo se hace análisis del derecho comparado Español y el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia nacional al tema del Tráfico de Personas.

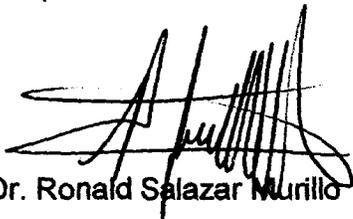
Como se observa, el tema no sólo ha sido poco explorado en la doctrina nacional y el trabajo se constituye en novedoso, pues es el primero que aborda la temática desde la perspectiva de su aplicación, además resulta muy actual, en virtud de que no ha habido una sucesión de leyes que regulan la figura del Tráfico Ilícito de Personas, por lo que la postulante ha debido integrar en su trabajo todas las reformas producidas, inclusive la que siendo ley aún no entra en vigencia.

El trabajo de la egresada Chaves Peralta tiene especial relevancia en la vida jurídica nacional, al ser una investigación totalmente actualizada de la figura penal de Tráfico Ilícito de Personas, y sobre todo, por referirse a una moderna forma de criminalidad que se trata de combatir, especialmente por los constantes movimientos migratorios de extranjeros hacia el territorio nacional. La autora no se limita a describir las diversas reformas operadas, sino que externa su opinión en forma fundada, sobre las ventajas o desventajas de las reformas y las diferencias que prima facie se observan.

Luego de examinar el trabajo de investigación, lo he aprobado, y estimo que constituye un aporte novedoso, profundo y actualizado de una figura penal importante.

Sin otro particular, le saluda:

Respetuosamente:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ronald Salazar Murillo', written over a horizontal line.

Dr. Ronald Salazar Murillo

Director

San José, 27 de Enero del 2010

Señor:

**Lic. Olivier Remy Gassiot
Director del Área de Investigación**

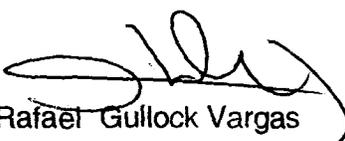
Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Me complace saludarle mediante la presente y comunicarle, que en mi condición de lector de la investigación realizada por la egresada: Ana Gabriela Chaves Peralta, titulada: "Aplicación Práctica de la Ley de Migración y Extranjería en Materia de Tráfico Ilícito de Personas, Análisis de sus Posibles Reformas", que la he examinado y doy mi aprobación pues la misma satisface los requisitos de forma y fondo exigidos por el área.

Atentamente:


Dr. Rafael Gullock Vargas

San José, 27 de Enero del 2010

Señor:

Lic. Olivier Remy Gassiot

Director del Área de Investigación

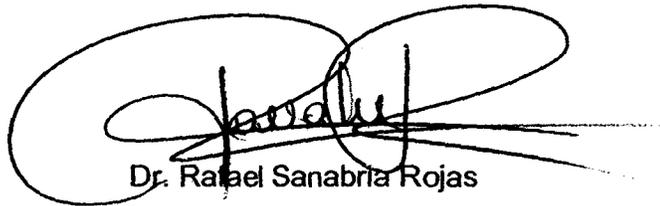
Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Me complace saludarle mediante la presente y comunicarle, que en mi condición de lector de la investigación realizada por la egresada: Ana Gabriela Chaves Peralta, titulada: "Aplicación Práctica de la Ley de Migración y Extranjería en Materia de Tráfico Ilícito de Personas, Análisis de sus Posibles Reformas", que la he examinado y doy mi aprobación pues la misma satisface los requisitos de forma y fondo exigidos por el área.

Atentamente:



Dr. Rafael Sanabria Rojas

DEDICATORIA

A Dios, mi padre celestial por darme la oportunidad de estudiar y suplir todas mis necesidades, por ser mi mayor soporte y darme fuerzas para alcanzar mis sueños.

A mis padres, por su amor, su apoyo, sus buenos consejos y por darme ánimo y enseñarme a valorar la importancia de una buena educación.

A Carlos Jiménez R, mi novio, quien es una gran bendición en mi vida, y un apoyo incondicional, calú gracias, por toda tu ayuda.

AGRADECIMIENTOS

A don Ronald Salazar Murillo, mi director de tesis, al cual le agradezco toda su ayuda, disponibilidad de tiempo y sus consejos, definitivamente es una persona a la cual admiro, es un gran profesional, del cual aprendí mucho y espero aplicar los conocimientos adquiridos en mi vida profesional.

A don Rafael Gullock Vargas y don Rafael Sanabria, por ayudarme como lectores, a pesar de que son personas muy ocupadas, sacaron tiempo para leer la tesis y hacerme observaciones muy valiosas.

A todas las personas que de una u otra manera me brindaron ayuda para poder realizar la investigación.

INDICE

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTOS.....	II
ÍNDICE.....	III
TABLA DE ABREVIATURAS	V
FICHA BIBLIOGRÁFICA	VI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. Definición del delito de Tráfico Ilícito de Personas y de Trata. Diferencias entre Ambos Delitos.....	7
Sección I: Tráfico Ilícito de Personas. Concepto. Características. Conductas que integran el tipo penal.....	7
1-Concepto.....	9
2- Análisis del Tipo, Características, Conductas que lo integran.....	11
Sección II: Trata de Personas. Concepto. Características. Conductas que integran el tipo.....	20
1-Concepto	20
2- Análisis del Tipo, Características, Conductas que lo integran.....	22
Sección III: Diferencias entre Tráfico Ilícito de Personas y Trata.....	38
CAPÍTULO II. Lineamientos Básicos que se toman en cuenta a la hora de investigar los casos de Tráfico Ilícito de Personas.....	44
Sección I: Política Criminal y Políticas de Persecución Penal en relación con el delito de Tráfico Ilícito de Personas.....	44

Sección II: Elementos Básicos de la Investigación Penal que lleva a cabo el Ministerio Público cuando se enfrenta a un caso de Tráfico Ilícito de Personas.....	49
CAPÍTULO III. Estudio de la Reforma del art 245 de la Ley de Migración y Extranjería, N° 8487 y su comparación con el art 249 de la nueva Ley N° 8764.....	78
Sección I: Antecedentes Legislativos e la Actual ley de Migración y Extranjería, Ley N° 8487.....	78
Sección II: Análisis de los dictámenes de la Asamblea Legislativa para la aprobación del proyecto de ley N° 15694, que reforma a la Ley de Migración y Extranjería, Ley N° 8487.....	85
Sección III: Análisis del artículo 249 de la Ley de Migración y Extranjería, N° 8764, que reforma a la Ley de Migración y Extranjería, N°8487 en relación con el Tráfico Ilícito de Personas.....	96
CAPÍTULO IV. El delito de Tráfico Ilícito de Personas en la Legislación Española y su Tratamiento en la Jurisprudencia costarricense.....	111
Sección I: El delito de Tráfico de Persona en el Código Penal Español.....	111
Sección II: Análisis de la jurisprudencia costarricense en relación con el Tráfico Ilícito de Personas.....	127
CONCLUSIONES.....	146
BIBLIOGRAFÍA.....	151
ANEXOS.....	157

TABLA DE ABREVIATURAS

CPP	Código Procesal Penal
Art	Artículo
Dpto	Departamento
SNL	Sin número de Ley

FICHA BIBLIOGRÁFICA

CHAVES PERALTA, Ana Gabriela, "Análisis práctico de la Ley de Migración y Extranjería en materia de Tráfico Ilícito de Personas". Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 2010

DIRECTOR: Dr. Ronald Salazar Murillo

LISTA DE PALABRAS CLAVES: Tráfico Ilícito de Personas, Trata de Personas, Criminalidad Organizada, Proyecto de Ley, Asamblea Legislativa, Persecución Penal, Ministerio Público, Dirección Funcional, Tráfico Ilegal, Inmigración Clandestina, Tipo Objetivo, Tipo Subjetivo, Sujeto Activo, Sujeto Pasivo, Ley de Migración y Extranjería, Protocolo, Convenciones, Antecedentes Legislativos, Bien Jurídico, Carta Rogatoria, dolo, coyotaje, coyote, tratante, traficante, persona tratada, persona traficada, víctima, violencia, captación, delito, agravantes, transporte, traslado, acogida, amenaza, fraude, engaño, violencia, coerción abuso de autoridad, Policía Judicial, prueba.

RESUMEN

Las migraciones internacionales constituyen un proceso social complejo ligado históricamente al desarrollo de las naciones. El debate actual sobre ellas debe enmarcarse necesariamente en el análisis del creciente proceso de

globalización que experimenta la economía mundial. Este proceso ha derivado en una profundización de los desequilibrios mundiales, con diferencias entre los países cada vez más abismales, lo que hace que algunos de ellos tengan un mejor nivel de vida que otros.

Todo lo descrito anteriormente da lugar a un aumento del traslado de personas en muchos de los casos de manera ilícita de un país a otro, mediante la figura que analizaremos que es el Tráfico Ilícito de Personas, delito al cual también se le conoce como coyotaje, pollerismo o contrabando, el cual en la mayoría de los casos es producto de la delincuencia organizada.

Al analizar la figura del tráfico de personas es necesario definirlo, para evitar confusiones con un tipo penal que es la Trata de Personas, si bien se asemejan en ciertos aspectos, ambos delitos no son iguales en todos sus elementos y es importante tener claro ante cuál tipo penal nos enfrentamos, ya que de esa distinción depende el tipo de investigación que va a realizar el Ministerio Público y a nivel interno de esta institución, se va a definir a cual Fiscalía Especializada le corresponde la tramitación del caso, para recabar prueba sólida que permita al órgano acusador solicitar la apertura a juicio.

A pesar de que este delito se encuentra regulado en el artículo 245 de la actual Ley de Migración y Extranjería, nº 8487, el mismo es omiso con respecto a algunas conductas, que podrían ser sancionadas, razón por la cual

se propusieron una serie de proyectos de ley, en virtud de la necesidad de la reforma del actual tipo penal con el fin de darle un mayor alcance al mismo y precisarlo de la mejor manera; uno de los proyectos de ley fue acogido, estudiado y después del procedimiento legislativo correspondiente se convirtió en la ley nº 8764, la cual entra en vigencia a partir del primero de marzo del dos mil diez, incluyendo en ella una regulación nueva y actualizada sobre Tráfico Ilícito de Personas, la cual incluye nuevas agravantes y responde de manera adecuada ante el fenómeno migratorio, con el fin de controlar un problema que día a día va en crecimiento y que trasgrede gravemente los derechos humanos afectando a las personas y su dignidad.

Siempre es importante hacer mención de la normativa de otros países, más cuando en estos se da a gran escala el delito que se va a estudiar, por lo que se hace en este trabajo también un análisis de derecho comparado español, en el cual se estudia lo regulado por ellos sobre la materia y ciertas diferencias que tienen en relación con nosotros, esto tomando en cuenta que este país es considerado como un gran receptor de víctimas de este delito.

Finalmente, cabe mencionar que en nuestro país son pocos los casos que se han juzgado por este delito, sin embargo han habido sentencias tanto absolutorias como condenatorias que nos permiten hacer un análisis de los elementos que llevaron a los jueces a tomar su decisión y ver la interpretación normativa que hacen del tipo.

INTRODUCCIÓN

El delito de Tráfico de Personas ha aumentado en forma considerable en los últimos años, debido a las difíciles condiciones de vida en los países menos desarrollados en las cuales las personas tienen pocas opciones de desarrollarse adecuadamente, también el aumento está asociado al endurecimiento de las políticas migratorias en los países industrializados, en ambos casos los gobiernos no han buscado soluciones adecuadas para minimizar el problema.

Se puede decir que el fenómeno migratorio constituye un proceso social complejo ligado al desarrollo de las naciones, el cual se ha incrementado por el creciente proceso de globalización que experimenta la economía mundial. Este proceso ha derivado en una profundización de los desequilibrios mundiales, con diferencias entre los países cada vez más abismales, lo que hace que algunos tengan un mejor nivel de vida que otro.

Esta polarización de la riqueza trae consigo una serie de conflictos y contradicciones que tienen un impacto directo sobre el fenómeno migratorio. Por un lado gran parte de la población mundial de los países menos favorecidos mira a los países ricos como su última esperanza para alcanzar un aumento en su calidad de vida, situación que no siempre se va a lograr, ya que el fenómeno migratorio es sumamente complejo y afecta positivamente o negativamente a las economías de los países, dependiendo de las posibilidades que tengan estos de absorber e incorporar a la sociedad a las personas que se desplazan de un lugar a otro, brindándoles las condiciones

sociales básicas y mínimas para un verdadero desarrollo como son educación, alimentación y atención médica.

Las migraciones generalmente se originan en las regiones en que la población sufre mayor presión sea esta económica, social, demográfica o política y tiende a dirigirse hacia los países en los cuales se presume hay mejores oportunidades de desarrollo individual o a nivel familiar ya sea legal o ilegalmente.

Las diversas situaciones que se viven en los países dan lugar a un aumento del traslado de personas que en muchos casos no reúnen los requisitos o condiciones mínimas solicitados para el ingreso legal al país receptor, situación que es aprovechada por personas que hacen de esto un lucrativo negocio en el cual la persona que se ve obligada a migrar se convierte en un objeto de comercio, ya que pagan cantidades de dinero muy grandes para buscar mejores oportunidades.

Detrás de las diferentes realidades sociales que vive cada persona de estas que se ven obligadas a desplazarse hay sofisticadas redes, de grupos delictivos que convierten la situación en un negocio que produce mucho dinero y provoca la movilización de personas aún en contra de los derechos humanos.

El delito de Tráfico ilícito de personas se conoce también como coyotaje, pollerismo o contrabando, es producto del accionar de sofisticadas y complejas redes de crimen transnacional organizado, el cual es una actividad que ha venido en aumento, generalmente se comete de manera planificada con

el fin de obtener una ganancia, la actividad es continua, empresarial y se da una división del trabajo que se estructura jerárquicamente, algunas veces se llega al uso de la violencia, intimidación y el ejercicio de la influencia sobre diversas personas en los puestos fronterizos o en lugares estratégicos.

El delito que se va a estudiar en este trabajo, está regulado en nuestro medio a través de una ley especial llamada Ley de Migración y Extranjería, ley número 8487, la cual tipifica las conductas que lo caracterizan en su artículo número 245. En este se describen las acciones que configuran el delito, la agravante del tipo, además se indica las sanciones a imponer en caso de darse una conducta de estas.

A pesar de que se cuenta con esta regulación a nivel nacional y unos cuantos tratados a nivel internacional, no ha sido posible ponerle fin a esta situación, ya que cada día las redes de crimen transnacional son más sofisticadas y ven en el tráfico de personas un negocio sumamente lucrativo que genera muchos dividendos. Por lo que en el presente trabajo se planteó la siguiente hipótesis "la regulación actual de la figura del tráfico ilícito de personas es insuficiente para perseguir adecuadamente el fenómeno delictivo y requiere reformas.

La presente investigación tiene como objetivo principal hacer un análisis del delito de Tráfico de personas que se encuentra regulado en la Ley de Migración y Extranjería y las reformas que se requieren hacer a este tipo penal para ampliarlo y precisarlo; junto a un estudio del tipo frente al delito de Trata de Personas el cual es diferente y no debe confundirse, establecer los lineamientos básicos a la hora de investigar el delito por la autoridad

correspondiente y finalmente un análisis jurisprudencial y una reseña de la legislación Española en cuanto a la materia.

Dicho lo anterior es importante indicar qué se pretende abarcar o estudiar en cada objetivo específico que contendrá este trabajo de investigación tal y como son: Describir en que consiste el delito de Tráfico de Personas y las características que lo identifican, esto con el fin de delimitar bien la figura jurídica de la cual estamos hablando y poder identificarla adecuadamente.

Realizar un análisis comparativo entre el delito de Tráfico de Personas y el delito de Trata de Personas, este análisis es sumamente importante, ya que generalmente confunden los dos delitos como si fueran uno mismo, cosa que no es así, ya que las conductas que caracterizan estos delitos están reguladas en instrumentos jurídicos diferentes; la trata se encuentra regulada en la ley número 8720 que es la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos intervinientes en el Proceso Penal y el Tráfico de Personas se encuentra regulado en el artículo 245 de la ley número 8487.

Posteriormente se establecerán los lineamientos básicos que son tomados en cuenta por el Ministerio público al investigar el delito en estudio, en virtud de que este es el órgano acusador en nuestro país y el encargado de llevar acabo una buena instrucción, con el fin de que se pueda eventualmente llevar a juico estos casos, contando con elementos de prueba útiles y suficientes para lograr una condenatoria contra las personas que incurran en la comisión del mismo.

Se seguirá con un estudio de las reformas que se pretenden realizar al artículo 245 de la ley, con el fin de que este no sea omiso al describir las conductas que constituyan el delito y con el último objetivo se pretende examinar la jurisprudencia de nuestros Tribunales con respecto al delito.

Para la realización del presente trabajo, se hará una investigación documental con elementos de trabajo de campo, ya que las fuentes primarias de información están constituidas por documentos, pero a la vez tiene elementos de campo ya que es necesario recoger información que no ha sido previamente acuñada en ningún documento, en este caso se utilizará la entrevista como técnica de investigación de campo para recopilar dicha información.

En vista de lo anterior, la revisión bibliográfica es sumamente importante para la recolección de información, así como el análisis de la jurisprudencia de los pocos casos que han llegado a juicio e incluso hasta casación; visitas a instituciones que de cierta forma le dan un abordaje a la materia y entrevistas a profesionales en el tema.

En la sección primera del capítulo primero se va a hacer un análisis general del Tráfico de Personas, así como una descripción de las características que lo identifican. En la sección segunda de este mismo capítulo se va a realizar un análisis comparativo entre el delito de Tráfico de personas y el delito de trata de personas partiendo de una reseña del delito de trata y los elementos que la componen.

Por su parte en el segundo capítulo, sección primera se estudiará la política criminal y la política de persecución penal con respecto al tema y en la sección segunda se desarrollarán los elementos básicos de la investigación penal que lleva a cabo el Ministerio Público cuando se enfrenta a un caso de Tráfico Ilícito de Personas.

En el capítulo tercero sección primera se estudiarán los antecedentes legislativos de la actual Ley de Migración y Extranjería, ley número 8487, en la sección segunda se van a analizar los dictámenes de la Asamblea Legislativa para la aprobación del proyecto de ley número 15694, que reforma a la ley de Migración y Extranjería anteriormente mencionada; finalmente en la sección tercera de este capítulo se hará un análisis de la Ley de Migración y Extranjería, número 8764, que reforma a la Ley de Migración y Extranjería supra citada, en relación al tráfico ilícito de personas.

Por último, en el cuarto capítulo, se hará una mención acerca de lo regulado en la legislación española sobre el delito de tráfico de personas, específicamente lo contemplado en el artículo 318 bis del Código Penal español; para finalizar con un breve estudio de la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte con respecto al delito que nos ocupa.

CAPÍTULO PRIMERO: DEFINICIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS Y DE TRATA. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS DELITOS.

Sección I:

Tráfico ilícito de personas. Concepto. Características. Conductas que integran el tipo.

El delito de Tráfico de Personas ha ido en aumento en Costa Rica, lo que generó que a partir del año dos mil seis, se regulara como un delito en la Ley de Migración y Extranjería, nº 8487, en el artículo 245, anteriormente solo se encontraba regulado el delito de tráfico de menores para adopción en el Código Penal artículo 376¹.

Es importante indicar que es hasta ahora con esa nueva regulación que se logra perseguir al verdadero responsable del delito, al que ideó y organizó todo, anteriormente no se perseguía, ya que al no existir una regulación de la conducta ilícita, a la persona que era detenida (persona que estaba siendo traficada), era a la que se castigaba y se le abría causa por un uso de documento falso, entre otros delitos; se puede hablar de una "bondad de la ley"

¹ **ARTÍCULO 376.-** Se impondrá prisión de dos a cuatro años a quien venda, promueva o facilite la venta de una persona menor de edad y perciba por ello cualquier tipo de pago, gratificación, recompensa económica o de otra naturaleza. Igual pena se impondrá a quien pague, gratifique o recompense con el fin de recibir a la persona menor de edad.

La prisión será de cuatro a seis años cuando el autor sea un ascendiente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, el encargado de la guarda, custodia o cualquier persona que ejerza la representación de la persona menor de edad. Igual pena se impondrá al profesional o funcionario público que venda, promueva, facilite o legitime por medio de cualquier acto la venta de la persona menor. Al profesional y al funcionario público se le impondrá también inhabilitación de dos a seis años para el ejercicio de la profesión u oficio en que se produjo el hecho.

ya que antes de la regulación de la figura delictiva, no se castigaba al coyote, término que se utiliza para identificar a la persona que recibe el pago, para evadir los controles migratorios, el término viene de la cultura mexicana, en la cual se le conoce como coyote a la persona que al igual que el animal llamado coyote, es muy astuta porque logra sobrevivir en los desiertos, lógicamente durante la travesía para evadir los puestos migratorios²

Normalmente, las víctimas de estos delitos creen que los coyotes son personas que los están ayudando y no ven que ellos lo que hacen es poner en peligro su vida, y que la actividad de ellos está organizada de tal manera que el fin es obtener un beneficio económico.

El tráfico ilícito de personas es un delito que conlleva todo un drama social detrás de él, ya que las personas que pagan por salir o entrar a un país dejan su familia, su ambiente, con el fin de encontrar mejores condiciones de vida, sin embargo después esas personas pierden su arraigo y muchas veces se quedan en el país al cual migraron porque hacen su vida con otra persona y dejan a su familia en su país de origen, muchas veces en condiciones precarias, tal es en caso de Costa Rica en la zona de Pérez Zeledón, lugar el cual llaman "lugar de las mujeres solas", ya que los hombres migran y dejan a sus familias, un problema que acarrea esta situación es que se da delincuencia producto de la falta de recursos, buscan como salida fácil delinquir, a esto se asocia que las familias están desintegradas y la mayoría de jóvenes carecen de apoyo familiar.

² Programa Radial los Fiscales y Usted, del 30 de junio del 2008. "Tráfico de Personas", Invitado: Sr Edgar Ramírez Villalobos, Fiscal Adjunto de Pérez Zeledón.

Todavía en Costa Rica estamos en una etapa de "negación", en la cual se cree que aquí "no pasa nada", y no se toma en cuenta esa realidad que se vive en Pérez Zeledón y otras zonas como la de los Santos, en las cuales ya se han detectado redes internacionales, grupos encargados del trasiego de personas, que se encargan de ayudarles a evadir el cruce de la frontera de México con Estados Unidos.³

Dichas redes se encuentran conformadas por abogados, civiles, notarios, que se encargan de la documentación y los trámites que se tengan que realizar, son casos de crimen organizado, el cual se estructura en diferentes escalas, en las cuales actúan diversos sujetos.

Este delito es un delito grave, razón por la cual era necesaria su regulación, ya que está estructurado de tal forma que el 99,9% de los casos son de crimen organizado, también se le considera un delito grave porque lo que se quiere proteger al regular la conducta es la integridad de los Estados, la seguridad de cómo esos estados funcionan, así como proteger la integridad de las personas.

Se entra a analizar la norma:

1- Concepto.

El Tráfico de personas es definido y sancionado por la Ley de Migración y Extranjería número 8487, en su artículo 245, de la siguiente manera:

³ Programa Radial los Fiscales y Usted, del 30 de junio del 2008. "Tráfico de Personas", Invitado: Sr Edgar Ramírez Villalobos, Fiscal Adjunto de Pérez.

“Se le impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien:

a) Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos.

b) A quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él.

La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delitos.

Con respecto al “Tráfico de Personas” el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, sancionar y reprimir la trata de personas, ha definido esta práctica de la siguiente manera: “ 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 al aprovechamiento 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 trasladar de un lugar a otro a una persona para someterla posteriormente a alguna forma de explotación”.⁴

⁴ Artículo 3 inciso a, Ley N° 8315 “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños” 15 de noviembre de 2000

El protocolo contra el Tráfico Ilícito de Inmigrantes por tierra, mar y aire define el Tráfico de Personas así en su artículo tercero inciso a): Por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.⁵

2- Análisis del tipo, características, conductas que lo integran:

El tráfico ilícito de personas es actualmente uno de los problemas más importantes a nivel internacional junto al tráfico de armas, el tráfico de drogas y la trata de personas. Generalmente estos delitos son producto de "delincuencia organizada transnacional", esta delincuencia es el resultado de un grupo delictivo organizado el cual es definido por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo dos de la siguiente manera: " Un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material"

⁵ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, ratificado por la República de Costa Rica mediante Decreto Ejecutivo N° 31298 de 14 de julio de 2003, publicado en La Gaceta N° 163 de 26 de agosto de 2003, ley n° 8314

El crimen organizado es un tipo de criminalidad que se caracteriza por mover sumas enormes de dinero que son destinadas a cubrir los gastos necesarios para cometer los ilícitos tanto en territorio nacional como en el extranjero, a esto se suma que las actividades que componen este tipo de criminalidad se han diversificado y cada vez son más sofisticadas.

El tráfico ilícito de personas encierra detrás de él una tragedia humana, ya que las personas se ven obligadas a migrar en muchos casos por la situación económica, en otros casos también como resultado de la violencia y conflictos armados en su país de origen.

Análisis del tipo:

El artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería que contempla el tipo penal del Tráfico Ilícito de Personas nos dice lo siguiente:

Se le impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien:

- a) Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos.
- b) A quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él.

La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delitos.

El tipo Objetivo:

Conformado este por elementos subjetivos, normativos y descriptivos, en el caso del delito de Tráfico de personas requiere que el sujeto activo (que en este caso sería el traficante) con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país, o el egreso de este, por lugares no regulados, evadiendo los controles migratorios, o bien utilizando datos o documentos falsos. También comete el delito, aquel que con la misma finalidad de tráfico, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país de forma ilegal o permanezcan en él, en las mismas condiciones, esto según el artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería.

Sujeto Activo:

El delito como obra humana siempre tiene un autor, es quien precisamente realiza la acción prohibida y solo puede ser una persona física, se puede decir también que el sujeto activo es la persona (s) que realiza la conducta típica, antijurídica y culpable, en el caso de tráfico de personas, el sujeto activo sería el traficante, el cual puede ser cualquier persona. Sin embargo, siempre que el tipo penal exija, de manera explícita o por su sentido, una condición personal, sea física o jurídica, estamos en presencia de un delito especial, el Tráfico Ilícito de personas es un delito especial Impropio, ya que en este tipo de delito la calidad especial tiene la función únicamente de

atenuar o agravar la pena del autor, pero existe una correspondencia fáctica con un delito común, que puede ser cometido por cualquiera que no posea esa calidad, situación que se da en las formas agravadas de comisión del ilícito, ya que se exige que el sujeto activo sea funcionario público o que se utilice un menor para cometer estos.

De lo anterior se concluye que el sujeto activo no es por lo tanto la persona que de manera ilegal cruza la frontera, sino la persona u organización criminal que conduce, transporta, aloja, oculta o encubra a personas, con fines de tráfico, en otras palabras el sujeto activo es la persona u organización que facilita el cruce de las fronteras de manera ilegal, independientemente de los motivos que llevaron a la persona traficada a ese tipo de cruce.

Sujeto Pasivo:

Es el destinatario de la protección del bien jurídico, distinta del sujeto pasivo de la acción que es solo la persona sobre la que recae la acción típica pero no necesariamente el destinatario de la protección del bien jurídico.

Distinto a lo que sucede con el sujeto activo, el pasivo puede ser una persona física como jurídica, e incluso el conglomerado social, como los delitos que afectan la salud pública.

El sujeto pasivo es la persona sobre la cual recae la conducta del sujeto activo (traficante), se le denomina normalmente "persona traficada" o "víctima del tráfico", y sería la persona que generalmente paga para el ingreso, egreso, permanencia de manera ilícita en el país.

Conducta:

La conducta se da por la realización de los verbos que indica la norma en estudio en su inciso primero que son: conducir, transportar, y el segundo inciso: alojar, ocultar, encubrir; como vemos ambos incisos del artículo 245 de la Ley 8487 hacen mención a tipos de conductas diversas.

En primer lugar, el delito se va a consumir cuando la persona (s) conduzca o transporte a otros con fines de tráfico ilícito, realice actos que les faciliten el ingreso o egreso del país, esto se realiza evadiendo los controles migratorios establecidos o bien utilizando datos o documentos falsos a la hora de pasar por estos controles.

Además según lo que dice dicha norma la conducta ilícita se realiza cuando alguien con fin de traficar ilícitamente a otra persona, aloje, oculte, o encubra a personas extranjeras que ingresen al país ilegalmente o permanezcan ilegalmente en él.

¿Cuáles son las formas agravadas del tipo penal?

El tipo penal se agrava cuando en la realización de la conducta ha participado de cierta forma ya sea como autor, coautor, cómplice, un funcionario público, además el tipo es agravado cuando se utilizan menores en la comisión del delito.

El modo de comisión del delito, entendido este como la forma de llevar a cabo por parte de la persona traficante la conducta delictiva se da de la siguiente manera:

* Conducir o transportar a personas para su ingreso al país o su egreso por lugares no habilitados por la Dirección General de Migración evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos.

* Alojar, ocultar, encubrir a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él.

Como podemos ver en las formas de comisión del delito hay un incumplimiento de los requerimientos de la autoridad migratoria, ya que en el primer caso se da un ingreso o egreso por lugares no habilitados por la Dirección de Migración y Extranjería, evadiendo los controles o recurriendo a el uso de información o documentos falsos, esto nos deja decir que al darse esta situación es porque la persona traficada, no puede de manera propia y adecuada cumplir con los requerimientos establecidos legalmente y ahí es donde entra a actuar el traficante, valiéndose de esta situación para realizar la conducta ilícita.

El bien jurídico tutelado por el delito de tráfico de personas:

Con respecto al bien jurídico tutelado el Dr Rafael Gullock Vargas ⁶ dice lo siguiente:

“El concepto de bien jurídico ha adquirido su máxima expresión dentro de la teoría del delito: este concepto ha sido utilizado para la sistematización de la parte penal especial como sustrato material del contenido del injusto de las conductas humanas violatorias de la ley.

⁶ Rafael Gullock Vargas. (2008) El Delito de Tráfico de Inmigrantes.- 1ª ed.- San José, CR: Editorial Jurídica Continental. Págs. 20-22

Bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en su vida social. Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar la vida y la salud, los cuales son respectivamente negados por la muerte y el sufrimiento. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestido, vivienda, o bien presupuestos ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo, honor, libertad, por citar unos ejemplos.

A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les denomina “ bienes jurídicos individuales” en cuanto afectan directamente a la persona. Junto a ellos se encuentran también los “bienes jurídicos comunitarios” que afectan más a la comunidad como tal, constituyen la agrupación de varias personas individuales y suponen un cierto orden social o estatal.

La determinación de los bienes jurídicos que han de ser protegidos por medio de la tutela penal, está condicionada históricamente. Dependen no sólo de las necesidades sociales concretas, sino también de las concepciones morales dominantes en la sociedad.

Debe considerarse que el primer inciso que regula las conductas de conducir o transportar a personas para su ingreso o egreso del país, y el segundo inciso que contempla las conductas de alojar, ocultar, encubrir o mantener a personas extranjeras que ingresen al país, exige un ánimo específico. El delito de tráfico ilegal de personas requiere, como elemento subjetivo, el propósito de traficar ilegalmente seres humanos. La intención

directa o indirecta de obtener un beneficio financiero o de orden material a que hace alusión el Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire en su artículo 3, no fue incluido en el artículo 245 de esta ley y especial, por lo que basta con que se realice alguna de las anteriores acciones y se determine el ánimo de traficar ilegalmente personas, para que se configure el delito, sin que sea necesario que haya de por medio alguna retribución económica o algún tipo de beneficio de orden material.

De acuerdo con la anterior normativa, se produce un doble objeto de protección en este tipo penal. En primera instancia el interés del Estado de ejercer un control de los movimientos migratorios y de esta manera evitar que estos sean utilizados por grupos de criminalidad organizada. En este sentido el legislador ha optado por sancionar aquellas conductas que favorezcan la entrada o permanencia en nuestro país de ciudadanos extranjeros, que no cumplan con los requisitos migratorios establecidos, sin que necesariamente haya algún beneficio financiero u otro beneficio de orden material, y con independencia de la relación que exista entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

Pero también se tutela el respeto de los derechos humanos de los ciudadanos extranjeros, siendo obligación del Estado cumplir con los tratados y demás instrumentos de Derecho Internacional, estableciendo en la regulación interna mecanismos de protección y aseguramiento de los derechos humanos, por medio de la normas sustantivas y las reglas del proceso, para de ese modo se pueda garantizar en forma efectiva, en primera instancia, el respeto de los derechos fundamentales, y a la vez, suministrarle a las personas las facilidades de que ante una violación a sus derechos humanos, puedan

encontrar protección estatal, que les permita reclamar por medio de la normativa legal interna, estas vulneraciones y encontrar justicia, evitando a través de tal delito que sean tratados como objetos, con clara lesión de su dignidad y su condición de sujetos de derecho”

El tipo subjetivo:

Está compuesto por el dolo y la culpa. El dolo es el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto activo para realizar los elementos objetivos del tipo penal. De tal manera que en el tipo doloso coinciden lo ocurrido (la realización del tipo objetivo) con lo querido (la realización del tipo subjetivo). Obra con dolo quien sabe lo que hace y quiere lo que hace. El autor tiene que saber para ello que realiza un hecho y que hecho está realizando. Este querer implica un hacer activo, mediante el cual el autor se conforma con la realización del tipo legal o al menos acepta como probable su realización.

En el caso en estudio, podemos decir que nos encontramos frente a un delito doloso que exige en el autor el conocimiento y la voluntad de que la conducta se dirige a las finalidades de conducir o transportar, a personas con fines de tráfico, o alojar, ocultar o encubrir a sabiendas de la ilicitud del acto que está cometiendo, así como el carácter de desplazamiento de las personas a las que afecta.

En la mayoría de los casos, no se trata de un simple desplazamiento de inmigrantes ilegales, sino que dicho desplazamiento se realiza con el fin de obtener directa o indirectamente, algún beneficio económico u otro beneficio de

orden material tal y como bien lo indica el artículo 3 inciso a) del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Sección II:

Trata de Personas. Concepto. Características. Conductas que integran el tipo.

1- Concepto.

La trata de Personas es definida a nivel internacional por el Protocolo para prevenir reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños en su artículo tres⁷ de la siguiente manera:

- a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o el 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 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.

- b) Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

⁷ Ley N° 8315 “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños” 15 de noviembre de 2000

- c) El consentimiento dado por la víctima de la Trata de Personas o toda forma de explotación en que se tenga la intención descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.
- d) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurre a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.
- e) Por niño se entenderá a toda persona menor de 18 años.

A nivel nacional, el delito de trata de persona se encuentra regulado en el Código Penal, en su artículo 172, mismo que fue reformado por la Ley N° 8720 denominada "Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Intervinientes en el Proceso Penal". El artículo dice lo siguiente:

Artículo 172: Delito de trata de personas

"Será sancionado con pena de prisión de seis a diez años, quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país, o el desplazamiento dentro del territorio nacional, de personas de cualquier sexo para realizar uno o varios actos de prostitución o someterlas a explotación, servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad, extracción ilícita de órganos o adopción irregular".

La pena de prisión será de ocho a dieciséis años, si media, además, alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La víctima sea menor de dieciocho años de edad o se encuentre en una situación de vulnerabilidad o discapacidad.
- b) Engaño, violencia o cualquier medio de intimidación o coacción.
- c) El autor sea cónyuge, conviviente o pariente de la víctima hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad.
- d) El autor se prevalezca de su relación de autoridad o confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.
- e) El autor se aproveche del ejercicio de su profesión o de la función que desempeña.
- f) La víctima sufra grave daño en su salud.
- g) El hecho punible fuere cometido por un grupo delictivo integrado por dos o más miembros.”

2.-Análisis del tipo, características, conductas que lo integran:

La trata de personas ha sido denominada como la moderna esclavitud. La persona víctima de este delito se ve sometida a condiciones deplorables de vida y explotación que puede ser sexual, laboral, entre otras. A diferencia de años atrás en los cuales las personas eran vendidas, ahora tal vez no se da una venta expresa, pero la víctima de la trata se ve sometida a diferentes formas de explotación, en la cual su voluntad o consentimiento son irrelevantes, para esto las personas o grupos delictivos que cometen la falta

usan la fuerza, el engaño, o abuso de poder, limitando el poder de decisión de la persona tratada.

Detrás de este delito al igual que en el caso del Tráfico Ilícito de Personas, operan grandes organizaciones o grupos criminales organizados, los cuales facilitan la realización del delito, llevando a cabo labores como el reclutamiento de personas, para esto muchas veces se valen de anuncios en periódicos en los cuales solicitan niñeras o empleadas domésticas para trabajar en otros países cuando la personas llegan a su lugar de destino, se le quita el pasaporte, se le impide comunicarse con su familia y salir de la casa y de esta manera da inicio la explotación.

Además la misma organización criminal facilita la obtención de los documentos para la salida del país o ingresar a los otros países de manera que las personas no sean detectadas. En estos casos la persona se convierte en una mercancía, la cual genera un beneficio muchas veces económico para otra (s) persona (s) por medio de la explotación a la que se ve sometida, en el momento en el cual la persona no cumple la función para la cual fue reclutada de manera engañosa, es desechada, y se da que la persona se encuentra sola, sin documentos, sin posibilidades de ayuda, en un país del cual muchas veces no sabe ni el idioma, ni tampoco conoce las autoridades a las que eventualmente podría recurrir.

Análisis del tipo:

El artículo 172 del Código Penal que contempla el tipo penal de la Trata de Personas nos dice lo siguiente:

“Será sancionado con pena de prisión de seis a diez años, quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país, o el desplazamiento dentro del territorio nacional, de personas de cualquier sexo para realizar uno o varios actos de prostitución o someterlas a explotación, servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad, extracción ilícita de órganos o adopción irregular”.

La pena de prisión será de ocho a dieciséis años, si media, además, alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La víctima sea menor de dieciocho años de edad o se encuentre en una situación de vulnerabilidad o discapacidad.
- b) Engaño, violencia o cualquier medio de intimidación o coacción.
- c) El autor sea cónyuge, conviviente o pariente de la víctima hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad.
- d) El autor se prevalezca de su relación de autoridad o confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.
- e) El autor se aproveche del ejercicio de su profesión o de la función que desempeña.
- f) La víctima sufra grave daño en su salud.
- g) El hecho punible fuere cometido por un grupo delictivo integrado por dos o más miembros.”

El tipo Objetivo:

Conformado este por elementos subjetivos, normativos y descriptivos, en el caso del delito de Trata de Personas requiere que el sujeto activo (que en este caso sería el tratante) promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país o el desplazamiento dentro del territorio nacional de personas de cualquier sexo, para realizar uno o varios actos de prostitución o someterlas a explotación, servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad, extracción ilícita de órganos o adopción irregular.

Sujeto Activo: Tratante

El término tratante hace referencia a quienes se dedican a la captación y el transporte de personas, quienes ejerzan control sobre las víctimas de la trata, quienes las trasladen o mantengan en situaciones de explotación ya sea dentro o fuera del país o bien los que faciliten el desplazamiento dentro del territorio nacional así como quienes participen en delitos conexos y quienes obtengan un lucro directo o indirecto de la trata, sus actos constitutivos y los delitos conexos

Entendido como sujeto activo la persona que realiza la conducta típica, antijurídica y culpable, podemos decir que en el caso de la trata de personas, el sujeto activo que exige el tipo penal en la primera parte del artículo, que sería el tratante puede ser cualquier persona, ya que no se exige cualidades específicas del mismo, por lo que en la primera parte del artículo no estamos

hablando de un delito especial propio, el delito puede ser cometido por cualquiera.

La segunda parte del artículo que regula las agravantes, hace referencia a sujetos activos específicos como: cónyuge, conviviente o pariente de la víctima hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad, o cuando cometa el delito una persona que se prevalezca de su relación de autoridad o confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco, podría ser el caso de un tutor, el artículo nos habla también de una persona que se aproveche del ejercicio de su profesión o de la función que desempeña, podríamos hablar en este caso de un funcionario público, finalmente el artículo habla de un sujeto activo específico cuando dice "Si el hecho punible fuere cometido por un grupo delictivo integrado por dos o más miembros", que sería el caso de una banda criminal organizada.

Según el análisis de la norma podemos ver que de un sujeto activo simple en la primera parte del artículo, se pasa en la segunda parte en los incisos c,d,e y g específicamente a exigir cualidades o características del sujeto activo como lo es una relación de parentesco con la víctima, entre otras que pide el tipo, por lo que en este caso estaríamos en presencia de un delito especial impropio siempre y cuando se esté hablando de la segunda parte del tipo penal, y en los supuestos específicos a los que hacen mención los incisos anteriormente citados, ya que la calidad especial tiene la función únicamente de agravar la pena del autor .

Sujeto Pasivo:

El sujeto pasivo se encuentra representado por la persona sobre la cual recae la conducta del sujeto activo, puede ser cualquier persona, sea esta mujer, hombre o niño.

Al hablar del sujeto pasivo, hablamos a su vez de la “persona tratada”, que sería la persona víctima de la trata. Cabe indicar que cualquier persona puede ser víctima de este tipo de delito. Sin embargo, hay un grupo de personas más vulnerables por diferentes situaciones entre estas la pobreza, dichas personas serían las mujeres y los niños, especialmente cuando se habla de explotación sexual, servidumbre y en algunos sectores de explotación económica, como en los casos de trabajo doméstico, agrícola, entre otros.

Conducta:

En el caso de la Trata de Personas, se habla de un comportamiento alternativo, que se va a consumir por la realización de cualquiera de los tres verbos rectores que contiene el artículo 172 del Código Penal. Los verbos que describe dicha norma y constituyen las conductas típicas del artículo son: “promover” “facilitar” y “favorecer”.

El delito de trata de personas, es de mera actividad ya que se va a consumir por la realización de los actos de promover, facilitar o favorecer el ingreso, salida, el desplazamiento dentro del territorio nacional de personas de cualquier sexo para realizar uno o varios actos de prostitución o someterlas a explotación, servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad,

extracción ilícita de órganos o adopción irregular. Todas las acciones forman parte de la conducta típica. Se cumple con la previsión normativa, con la participación del sujeto activo en alguna de las diversas acciones, que el tipo regula y llevando a cabo estas.

Haciendo un análisis del artículo 172 del Código Penal, se determina que la finalidad del delito según se desprende de la norma es someter a una persona a “ejercer la prostitución, a someterla a algún tipo de explotación, en fin se limita el ámbito de decisión de la persona, ya que el tratante va a ejercer todo su “poder” sobre la víctima y su conducta.”

Conductas que se realizan para ejecutar la trata:

Captación:

El Diccionario Jurídico Elemental define la captación como: “La inducción de propósito que realiza una persona hacia otra, de forma dolosa, para que esta realice a favor del captante o de terceras personas, actos de liberalidad”⁸

Según la definición antes citada, en la captación se da un dominio total o parcial sobre la voluntad de una persona, dicho dominio lo ejercen una o varias personas, esto con el fin de que realice actos en beneficio de ellos.

Cabe indicar que estos actos en la mayoría de los casos, los realiza la víctima de la trata en contra de su voluntad y con pocas posibilidades para dejar de hacerlos, por el tipo de explotación que esta sufriendo.

⁸ Cabanellas de Torres, Guillermo. “ Diccionario Jurídico Elemental” Editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires, Argentina. IX Edición. Pág 62

Podemos decir que la captación va a ser un tipo de “selección” y aquí es donde empieza la participación de uno de los miembros de las organizaciones criminales que está detrás de este tipo de delito y es el Reclutador que va a ser el sujeto que se encarga de buscar a las personas que van a ser sometidas a trata o tráfico. En el caso de la trata, las víctimas inicialmente son captadas mediante engaño, entonces para que dicho engaño pueda darse, a las víctimas se les van a presentar ofertas de trabajo o de superación personal, a fin de ganarse su confianza, esto tomando en cuenta la pobreza, el desempleo, la falta de oportunidades educativas y la limitada capacidad de acceso a los servicios sociales y de salud, o la violencia doméstica que en muchos casos estas personas están sufriendo.

Transporte o Traslado:

El artículo del Código Penal supra citado nos dice: “Quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país, o el desplazamiento dentro del territorio nacional de personas de cualquier sexo”.

Para que se dé dicha salida o entrada del país, debe darse un traslado o transporte de las víctimas. Dicho traslado o transporte puede ser definido de la siguiente manera: “traslado o conducción de personas o cosas de un lugar a otro o entre dos lugares”⁹

Es el hecho material de llevar a las víctimas de la trata de un lugar de otro, dentro del país o entre las fronteras de países distintos.

⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo. “ Diccionario Jurídico Elemental” Editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires, Argentina. IX Edición.1993 Pág 389

Cabe indicar que el tipo penal de la trata de personas que está regulado en nuestro Código Penal no reglamentaba anteriormente la trata interna, la cual básicamente se refiere al proceso de captar personas y desplazarlas dentro del territorio nacional, en la mayoría de los casos son personas que provienen principalmente de zonas rurales con el fin de explotarlas de alguna manera ya sea en las grandes ciudades y en las zonas fronterizas de alto tránsito comercial; sin embargo con la reforma que se le hizo al tipo penal mediante ley número 8720 que se publicó en La Gaceta número 77 del 22 de abril del año 2009, se modificó el tipo y se incluyó la trata interna con el fin de darle más alcance a la norma y que ciertas conductas no quedaran fuera de regulación.

Continuando con el análisis de la norma, esta salida o entrada de las personas que son víctimas de trata, se va a realizar por vías terrestres, en el caso de que las distancias sean muy grandes, por vía aérea o marítima; hay que recordar que entre las funciones que tiene las organizaciones criminales que operan detrás de este tipo de delito, está la de facilitar la manera de salir o entrar a un país, y esto se da en la mayoría de los casos consiguiéndole a las víctimas los documentos que necesitan para no tener problemas en las zonas fronterizas.

En este proceso de traslado o transporte de las víctimas encontramos a personas como el agente remitente, que es el que se encarga de enviar a las personas utilizando documentos de viaje, los cuales en la mayoría de los casos son falsos. Esto con el fin de facilitar el traslado. Igualmente podemos

encontrar como parte de este proceso al transportista, que es el que se va a encargar de los traslados de las personas.

Acogida o recepción:

Se da una vez finalizado el traslado. La acogida o recepción opera cuando las personas víctimas de trata son llevadas a los lugares donde permanecerán ya sea, por tiempo indefinido o bien por un breve periodo. Esta función va a ser llevada a cabo por el agente receptor, que es la persona encargada de recibir a la víctima cuando llega al lugar de destino y le corresponde además proporcionarle de manera temporal estadía. A fin de minimizar los riesgos de fuga, en la mayoría de los casos les retiene los documentos de viaje e identificación a las víctimas; junto al receptor trabaja directamente el transportador.

Un elemento importante de señalar es que la acogida o recepción de las personas muy pocas veces es penada, ya que las que realizan esas acciones alegan como defensa el desconocer el destino real de las personas que estaban acogiendo, en caso de que el lugar que les están brindando sea temporal, muchas veces indican que ellos únicamente les dieron posada mientras encontraban un lugar donde asentar a estas personas, esto sin hacer preguntas y sin saber más de lo necesario.

Lógicamente en la gran mayoría de los casos los receptores realmente si saben o por lo menos sospechan de que se trata el asunto, ya que es común que el o los tratantes paguen mucho dinero a estas personas para de esta forma comprar su silencio además de condiciones básicas para las personas

que van a estar en el lugar ofrecido por ellos, ya sea por un corto o largo tiempo.

Cabe indicar que el lugar donde las víctimas van a permanecer puede ser conocido también como “El Albergue”, y puede ser el lugar de trabajo o cercano a este. La persona que se encuentra en dicho lugar es permanentemente vigilada. En el caso de que el lugar de trabajo sea distinto al lugar en donde habita la persona víctima de la trata, su traslado se ejecuta bajo la supervisión de los miembros de la organización criminal.

A esto podemos agregar que en algunos casos las víctimas según el tipo de explotación que van a sufrir son colocadas en prostíbulos, en casas cuando se trata de explotación como empleadas domésticas, clubes nocturnos, salones de masajes, servicios de acompañamientos, bares, entre otros; por lo que los dueños de los negocios también participarían de las actividades que realiza la organización criminal.

Conductas que componen o modos de producirse la trata de personas:

Amenaza:

Se puede entender por esta, “el dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos inmediato de causar un mal. Indicio o anuncio de un perjuicio cercano”¹⁰

Las amenazas van dirigidas en muchos de los casos en amedrentar a la persona víctima de la trata para que realice las demandas de los tratantes o de

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. “ Diccionario Jurídico Elemental” Editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires, Argentina. IX Edición.1993.Pág .32.

los clientes de estos, y en caso de no realizar las exigencias de estos, la víctima se puede exponer a cualquier tipo de castigo físico o en algunos casos psicológica. Esto quiere decir que la amenaza va a operar sobre el ánimo de la persona, a diferencia de la violencia que va a operar sobre el cuerpo de la víctima; la amenaza tiene como fin infundir temor en la víctima con el objetivo de que realice una conducta, y en caso de no hacerlo se expone a un mal futuro e incluso la muerte.

Violencia:

Entre las formas agravadas del tipo penal nos encontramos el caso en el que el delito se produce mediante el uso de violencia, la cual se ejerce sobre el cuerpo de la víctima.

El Dr Rafael Gullock dice lo siguiente con respecto al tema: “La violencia es el uso de agresiones, golpes y reclusión de la víctima. La violencia se da durante las primeras etapas de sometimiento de la víctima, lo cual es conocido como “el proceso de acostumbramiento”, que se utiliza para quebrar la resistencia de la víctima con el fin de facilitar su control”¹¹

El Fraude y el Engaño:

El Fraude es un elemento característico de este tipo de delito, ya que en la mayoría de los casos se dan ofertas de empleo falsas, en la cual opera el engaño por parte del sujeto activo con el fin de que la víctima se vea interesada

¹¹Rafael Gullock Vargas. (2008) El Delito de Tráfico de Inmigrantes.- 1ª ed.- San José, CR: Editorial Jurídica Continental. Pág. 26.

en los anuncios de trabajo y de esta manera atraerla al eventual proceso de explotación.

Se ofrece además de “buenos empleos”, una estabilidad económica de la cual la víctima carece, y una vez que la persona es trasladada ya sea de forma legal o ilegal al lugar de trabajo, se le quitan y destruyen los documentos de identificación, entre estos el pasaporte, y se somete a la víctima a los diversos tipos de explotación, laboral o sexual, entre otros.

Las víctimas de este delito con frecuencia se ven sometidas a servidumbre por deudas, ya que se ven obligadas a prestar sus servicios al tratante, con el fin de cubrir los gastos de transporte al país (es) de destino, al igual que los gastos de manutención. El problema que se da es que la víctima no conoce el monto de su deuda y cuando percibe que la servidumbre por la deuda es injusta, desproporcionada, y que está siendo víctima de explotación, le resulta casi imposible encontrar ayuda debido a las barreras que se enfrenta como el idioma, cuestiones sociales y el aislamiento al que esta siendo sometida.

La Coerción:

Es el sometimiento que sufre la víctima de la trata a lesiones graves o limitaciones físicas, esto con el fin de hacerle creer que el tratante es la única persona que le puede brindar ayuda, de cierto modo se le hace pensar que puede existir un abuso legal por parte del tratante.

Abuso de Autoridad:

Este supuesto está regulado dentro de las agravantes del tipo penal de Trata de Personas. El abuso de autoridad se da cuando el sujeto activo está investido de alguna clase de poder o potestad frente al sujeto pasivo, que deviene del ordenamiento jurídico (por ejemplo un tutor, un curador), y que el ejercicio de ese poder facilite el sometimiento de la persona a la trata, esto lo realiza el sujeto activo que se encuentra en una situación de poder, con el fin de recibir en contraprestación alguna clase de beneficio o dádiva.

Aprovechándose de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima:

La realización de la trata de personas, se da en provecho de una situación de necesidad de la víctima, ya que la gran parte de las personas que sufren este tipo de delito, viven en situaciones de pobreza, discriminación, desigualdad de género, falta de oportunidades económicas; por lo que se convierten en personas vulnerables, que ven las promesas y ofrecimientos de los tratantes, como la única opción para salir de las circunstancias en que se encuentran.

¿Cuáles son las formas agravadas del tipo penal?

El delito se agrava cuando se está en presencia de algunas de las circunstancias a la que hace referencia el mismo artículo como son:

- a) La víctima sea menor de dieciocho años de edad o se encuentre en una situación de vulnerabilidad o discapacidad.
- b) Engaño, violencia o cualquier medio de intimidación o coacción.

- c) El autor sea cónyuge, conviviente o pariente de la víctima hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad.
- d) El autor se prevalezca de su relación de autoridad o confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.
- e) El autor se aproveche del ejercicio de su profesión o de la función que desempeña.
- f) La víctima sufra grave daño en su salud.
- g) El hecho punible fuere cometido por un grupo delictivo integrado por dos o más miembros.

De darse alguna de las situaciones mencionadas anteriormente, quien comete este tipo de delito, pasa de ser sancionado con pena de prisión de seis a diez años a una pena de prisión de ocho a dieciséis años.

El modo de comisión del delito:

Entendido este como la forma de llevar a cabo por parte de la persona tratante la conducta delictiva se da de la siguiente manera:

- 1- Trasladar a la persona de su lugar de residencia a otra parte del país, aislada de su entorno normal, con el fin de dominarla y explotarla más fácilmente, en este caso estaríamos hablando de trata interna , ya que lo que se da es un desplazamiento dentro del mismo territorio nacional
- 2- Trasladar a la persona de su país de origen a otro (s) país (es), por lo que se daría un cruce de fronteras entre varios Estados.

En los dos casos mencionados anteriormente, la víctima es engañada inicialmente, para luego obligarla a desplazarse de un lugar a otro. Estos desplazamientos si bien es cierto pueden ser ilegales, esto no se da necesariamente, pues para ello pueden utilizarse tanto documentos falsos como legítimos. La persona siempre es vista como una simple mercancía y la comprobación de este tipo de delitos resulta muy difícil, ya que las víctimas por lo general las personas son estrechamente vigiladas y no se encuentran en condiciones propicias para poder denunciar estos hechos.

Las personas sometidas a trata son reclutadas y vendidas principalmente para fines de explotación sexual como lo son la prostitución, pornografía, pedofilia, el turismo sexual; igualmente se produce la explotación laboral con mayor acentuación en el trabajo doméstico, las circunstancias antes descritas se dan aún en contra de la voluntad de la víctima.

También se da el caso en el cual las víctimas son reclutadas para ser utilizadas en labores de mendicidad y las ganancias de dicha actividad son aprovechadas por el tratante, a esto hay que agregar que detrás de algunos casos de trata se dan ventas de órganos, embarazos forzados para luego disponer del niño (a), matrimonios serviles, todo en perjuicio de la víctima de la trata.

El bien jurídico tutelado por el delito de trata de personas:

El bien jurídico protegido por el delito de trata de personas es la Dignidad de las Personas, que constituye la base de los derechos humanos. Hay que indicar también que este delito es pluriofensivo, ya que pueden ser

varios bienes jurídicos los que se vean afectados, esto porque no sólo se viola la libertad de autodeterminación de la persona, convirtiéndola en un simple "objeto de producción", sino que además se vulneran aspectos tan personales como la libertad sexual. También es importante agregar que la lesión al bien jurídico va a cesar en el momento en que la persona "tratada" deja de ser víctima de explotación independientemente del tipo.

Sección III: DIRENCIAS ENTRE TRÁFICO Y TRATA DE PERSONAS.

¿Por qué es importante hacer esta distinción?

- Las víctimas de trata tienen necesidades inmediatas de apoyo psicológico que no tienen las personas objeto del tráfico ilícito.
- Tanto el tráfico como la trata son tipificadas de forma diferente y requieren de diversos procedimientos judiciales para enjuiciar a los delincuentes.
- La víctima de trata y quienes les ofrecen asistencia enfrentan mayores riesgos a su seguridad (los tratantes harán todo lo posible para no perder "su inversión")
- Convoca a diferentes responsabilidades de los estados y otros sectores.

Diferencias:

- Tráfico ilícito de Migrantes se conoce también como coyotaje, pollerismo, contrabando, se da sin engaño, las personas son vistas como objetos, es voluntario; la trata de personas se le conoce como trata de blancas,

se da mediante engaño es decir forzado, la personas son víctimas y ocupan mayor atención (apoyo institucional completo).

- El Tráfico Ilícito de migrantes se entiende como “La facilitación de la entrada ilegal de una personas 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”¹². Por su parte la “trata de personas”, es definida como la “captación, el traslado, transporte, la acogida o recepción del personas, recurriendo a las amenazas o la fuerza, al rapto, al engaño, a la incitación, a la coacción o al abuso de poder, recurriendo a la concesión o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de autoridad de una persona sobre otra con fines de explotación, independientemente del consentimiento de la persona. La explotación incluiría como mínimo la explotación de la prostitución u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas de esclavitud, extirpación de órganos para fines ilícitos, trabajos de servidumbre”¹³
- El tráfico ilegal de migrantes es un delito internacional, que requiere de la “entrada ilegal”, de una persona a un país del cual no es nacional o residente. La trata de personas puede darse tanto al interno del país

¹² Artículo 3, Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, ratificado por la República de Costa Rica mediante Decreto Ejecutivo N° 31298 de 14 de julio de 2003, publicado en La Gaceta N° 163 de 26 de agosto de 2003, ley N° 8314

¹³ Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada transnacional, 15 de noviembre del 2000.

como a nivel internacional, ya que se pueden dar casos de trata interna como bien los regula el Código Penal en el artículo 172, al hacer referencia el desplazamiento dentro del territorio nacional.

- En la trata de personas, el sujeto pasivo, es la persona (s) que es víctima de los tratantes, sobre la cual recae la conducta de ellos, por su parte en el delito de tráfico de personas además del ciudadano extranjero, figura como ofendido el Estado que ve violadas sus leyes migratorias al darse un cruce de frontera ilegal.

- En el tráfico de personas, el delito se consuma con el ingreso o el egreso del territorio de manera irregular de la persona. El delito de trata de personas, se consuma cuando se lesiona el bien jurídico tutelado y se prolonga mientras dure la lesión (explotación), por lo que podemos hablar de que la trata es un delito permanente a diferencia del Tráfico Ilícito de Personas.

- En el delito de tráfico de personas, el contacto con el traficante (coyote) lo realizan las mismas víctimas, aún conociendo los riesgos a los que se exponen sin que medie una relación de explotación. La trata consiste en utilizar, en provecho propio y de un modo abusivo, las cualidades de una persona, mediante la explotación efectiva en la cual los tratantes deben recurrir a la captación, el transporte, traslado, la cogida o la recepción de individuos. Los medios para llevar a cabo estas acciones son la amenaza, o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad.

- La trata de personas tiene un fin diferente al tráfico, ya que la trata se da con el fin de explotar a la persona que es víctima, dicha explotación puede ser sexual, en el caso de prostitución forzada, turismo sexual, entre otros; la explotación también puede ser laboral, en la mayoría de los casos esta explotación se da en labores domésticas, ya que la persona trabaja en una casa donde su trabajo es excesivo, en condiciones inhumanas, con un pago mínimo o en muchos de los casos sin pago de por medio, el trabajo que hace la persona es a cambio de un espacio para dormir y comida, pero siempre dándose un trato abusivo por parte del sujeto activo. Otro tipo de explotación laboral por ejemplo es el trabajo agrícola, pero más que todo la explotación laboral que se da es doméstica, a esto hay que agregar que se puede dar explotación en varias situaciones por parte del tratante como por ejemplo en casos de mendicidad, en cambio el fin que hay detrás del delito de tráfico de personas es solamente la entrada ilegal de emigrantes a un país determinado.
- Las víctimas de la trata de personas requieren recibir servicios de protección y de asistencia, en Costa Rica se cuenta con la Oficina de Protección a Víctimas y testigos del delito, en abril de este año se promulgó la Ley de Protección a Víctimas testigos y demás intervinientes en el proceso penal por medio de la cual se da una especial atención al caso de trata de personas, protección y asistencia que no se otorga por lo general a los migrantes que han sido introducidos ilícitamente en un Estado.

- Con respecto al consentimiento, en el caso de tráfico ilícito los inmigrantes, estos han dado su consentimiento a pesar de las condiciones peligrosas y degradantes que pueda suponer el traslado. Por su parte en la trata generalmente se da una situación de explotación y mediando violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima, por lo que se puede decir que en este caso el consentimiento de la víctima no se tendrá en cuenta, ya que no se da
- El tráfico ilícito concluye una vez que la víctima ha llegado a su destino, ya que más que todo se da un traslado y allí termina la relación "comercial", en tanto que en la trata las víctimas son sucesivamente explotadas, se traslada la persona pero la relación "comercial" no termina, continúa.
- Hay otra diferencia importante de rescatar y es que en el caso del tráfico ilícito de personas, la persona traficada que es la que paga por entrar o salir de manera ilegal de un país, no sufre revictimización en caso de asistir a juicio, si bien es cierto puede figurar como ofendida en el caso, el pago que hubo de por medio fue realizado de manera voluntaria, se puede decir, sin entrar a analizar las razones de fondo que hay detrás de dicha acción, sin embargo en el caso de la trata de personas, la persona ofendida la cual es víctima del tratante, en juicio tiene que recordar y expresar a viva voz todo el sufrimiento que pasó mientras era víctima de la explotación de los tratantes, por lo que se puede decir que

en los casos de trata de persona, siempre se va a dar una revictimización cuando se vea sometida la persona a un proceso judicial.

- En la trata raramente hay pago adelantado a diferencia del tráfico ilícito de Personas. La relación entre traficante y migrante finaliza en el momento en que pasa la frontera.

En síntesis, podemos indicar que el objetivo del tráfico de personas es la entrada o salida ilegal de inmigrantes, en tanto en la trata tiene como finalidad la explotación de la persona, de diversos tipos; sin embargo se puede dar un entrelazamiento entre los dos delitos, ya que en muchos casos las personas que pagan por entrar a un país de manera ilegal, estando en su país de destino son despojadas de sus documentos, se convierte en víctima de trata y es explotada por los que en un momento favorecieron su ingreso, esto se da en algunos casos porque los traficantes, después de cobrar un monto específico por la entrada, salida del país, alegan que el gasto en que incurrieron por trasladarla es más alto, por lo que la persona se ve obligada a realizar actos que no quiere, entre estos sufrir algún tipo de explotación, con el fin de saldar "su deuda" .

CAPÍTULO SEGUNDO: Lineamientos básicos que se toman en cuenta a la hora de investigar los casos de Tráfico Ilícito de Personas

Sección Primera: Política Criminal y Políticas de Persecución Penal en relación con el delito de Tráfico Ilícito de Personas.

El delito de Tráfico Ilícito de Personas se encuentra actualmente regulado y definido en el artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería, ley número 8487, previo a la existencia de un tipo penal que esté regulado ya sea en el Código Penal o una ley especial como la que estamos analizando, existe detrás de esto una política criminal del Estado que tiene como decisiones básicas, la definición de lo que debe entenderse como delito, la pena que debe imponerse para quienes se demuestre son responsables de ellos, así como la forma en que tal pena debe cumplirse; esta política va a ser definida por el legislador mediante leyes, las cuales van a ser aplicadas por el Ministerio Público, el que a su vez va establecer las políticas de persecución criminal (penal) respectivas con el fin de dar el abordaje o tramitación adecuada a los casos que se den y estén regulados por la ley.

La política de persecución criminal es indispensable, habida cuenta de que es materialmente imposible perseguir todos los delitos que se cometen en la sociedad, no solo por su número, sino también porque la intensidad con que se afectan los bienes jurídicos tutelados varían según las particularidades de cada caso concreto. Esto exige un nivel de reflexión en cada caso, que solo es

viable en la medida en que se realice en aquellos casos considerados prioritarios.¹⁴

La política de persecución penal depende de los insumos que recibe del macro sistema al que pertenece, este es la política criminal de Estado, ya que para que el Ministerio Público pueda definir prioridades de persecución, es indispensable que los definidores de la política criminal del Estado, indiquen que debe entenderse como delito, pues no puede perseguirse algo que no se constituya en tal. También deben estar definidas las prioridades en término de mayor o menor reacción social, esto significa que las penas varían en su intensidad según se entienda más o menos importante el bien jurídico tutelado por cada delito, de ahí que no se castigue de igual forma a todos los delitos; esta prelación también es de importancia para definir prioridades de persecución, es importante indicar que los medios de comunicación juegan un papel importante de manera indirecta a la hora de que los legisladores definen la política criminal del Estado, ya que ejercen de cierto modo presión para que las penas sean incrementadas o se regulen conductas que antes no estaban reguladas.

Los operadores que participan de la política de persecución criminal se limitan al Ministerio Público, que es el gestor de esa política, y a los jueces, que son quienes resguardan la legalidad y constitucionalidad de las decisiones que adopten los representantes del Ministerio Público. Como vemos se trata de un órgano definidor y ejecutor y otro de control. En términos estructurales, la

¹⁴ Dr Roberto Bustamante A. Política de Persecución criminal del Ministerio Público. Una primera aproximación al tema. Cuadernos de estudio del Ministerio Público de Costa Rica. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, N° 8. Pag 7

política de persecución criminal es definida y ejecutada por un único órgano: el Ministerio Público; el control de esta actividad es función de la judicatura.¹⁵

La política de persecución criminal se estructura por dos vías: una que va del legisladora al aplicador, esto es de lo genérico a lo concreto, y otra que va de las personas involucradas directa o indirectamente con un caso o un grupo de casos y hacia los aplicadores, esto es, de lo concreto a lo genérico.¹⁶

El legislador es el que va a establecer un conjunto de prioridades que deben ser atendidas por los operadores procesales como el Ministerio Público, y que rigen la política de persecución. El legislador es el que se encarga de definir la prelación de los bienes jurídicos, los modos de reacción frente a la comisión de un delito, la intensidad de esa reacción y los mecanismos mediante los cuales los operadores procesales pueden dar forma concreta a esa política de persecución, dicho de otro modo el legislador va a realizar una programación ex ante, orientada al futuro, la cual va a ser aplicada cuando se esté ante un caso de los regulados previamente.

Los funcionarios del Ministerio Público deben actuar frente al caso concreto, una vez que se conocen los hechos denunciados, o se tiene conocimiento de un caso mediante otra forma (información anónima, investigación previa) el fiscal encargado debe distribuir los recursos con los que cuenta: humanos, materiales, de tiempo. En la Fiscalía se determina en que casos podrá realizar una investigación más o menos intensa, cuáles casos

¹⁵. Dr Roberto Bustamante A. Política de Persecución criminal del Ministerio Público. Una primera aproximación al tema. Cuadernos de estudio del Ministerio Público de Costa Rica. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, N° 8. Pag 8

¹⁶ Ibidem, Pag 9

podrán resolverse mediante un instrumento alternativo a la acusación, y en cuáles es preferible negociar con la defensa o ir a juicio.

Las alternativas son muy variadas frente a un caso concreto. Lo anterior exige que el Ministerio Público planifique adecuadamente las posibles respuestas, como responsable de una parte muy importante de la política criminal del país, tomando en consideración una serie de factores sociales, económicos, humanos, jurídicos, circunstanciales.

No es posible pretender que cada fiscal, en cualquier parte del territorio nacional, adopte la política que según su criterio sea la más adecuada frente a cierto tipo de criminalidad, sino que hay toda una política general, definida por el Fiscal General de común acuerdo con los fiscales y con el resto de los operadores del sistema penal, en relación con determinados casos, que de ninguna manera será definitiva e inmutable, sino que tenderá a transformarse y adecuarse con los cambios sociales. Es decir una adecuada planificación sobre las formas de operar, las posiciones a asumir, las estrategias, las alianzas y los acuerdos que puede adoptar el fiscal durante el curso de la investigación y durante el desarrollo de todo el proceso penal¹⁷

Las autoridades del Ministerio Público, que serían el Fiscal General de la República, los fiscales adjuntos y los fiscales de supervisión, solo pueden ejercer un control a posteriori de la ejecución de las políticas de persecución construidas a partir del entramado conceptual definido previamente por el

¹⁷ Álvarez González Daniel.(2007) El Procedimiento Preparatorio. Derecho Procesal Penal Costarricense tomo II. San José, Editorial Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Pág. 313,

legislador. Se trata fundamentalmente de dos tipos de control: uno de carácter legal-formal, esto es que los instrumentos procesales de gestión elegidos sean correctamente empleados, y otro de carácter constitucional, que se enjuicie la corrección de la fundamentación empleada, a la luz de los derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva del proceso.¹⁸

Según lo establece el artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Fiscal General “deberá dar a sus subordinados las instrucciones generales o especiales sobre la interpretación y la aplicación de las leyes, a efecto de crear y mantener la unidad de acción e interpretación de las leyes en el Ministerio Público.” El mismo artículo agrega que “Las instrucciones deberán impartirse, regularmente, en forma escrita y transmitirse por cualquier vía de comunicación, inclusive por teletipo.”

Es con base a esta legislación que la Fiscalía General ha dictado una serie de circulares y directrices tendientes a unificar las políticas de persecución y hegemonizar la interpretación que se le debe dar a la ley. A su vez, se han establecido una serie de lineamientos dirigidos a unificar en que casos se deben aplicar los distintos institutos procesales como lo son las medidas alternas, proceso abreviado y criterios de oportunidad o determinar soluciones alternativas según los posibilita el Código Procesal Penal. Al respecto, el Ministerio Público por medio de la Fiscalía General ha emitido las circulares 1-PPP-2008 y 2-PPP-2008, además, de una serie de directrices

¹⁸ Dr Roberto Bustamante A. (2008) Política de Persecución criminal del Ministerio Público. Una primera aproximación al tema. Cuadernos de estudio del Ministerio Público de Costa Rica. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, N° 8. Pág. 10

establecidas por los Fiscales Adjuntos de cada circunscripción territorial, que definen cuáles son las políticas de persecución penal aplicables según el caso.

En cuanto al tema de las políticas de persecución penal, llama la atención que al entrevistar a los fiscales Cynthia Cubillo Piedra y Pablo Cedeño Selva, la primera fiscal coordinadora de la Fiscalía de Delitos Varios unidad encargada de los casos de Tráfico Ilícito de personas antes de la entrada en vigencia de la Ley Contra el Crimen Organizado; y el segundo fiscal auxiliar de la Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado, despacho que en la actualidad es el encargado de investigar el tipo penal en estudio. Ambos indicaron que no ha existido ni existe una política de persecución penal dada por el Fiscal General, que les indique que tratamiento se le debe dar a este tipo de casos, situación que a mi parecer es muy grave más que todo porque en estos casos se está frente a delincuencia organizada.

Sección Segunda: Elementos básicos de la investigación penal que lleva a cabo el Ministerio Público cuando se enfrenta a un caso de Tráfico Ilícito de Personas.

¿Cómo se da inició a una investigación de Tráfico Ilícito de Personas?

El delito de Tráfico Ilícito de personas es catalogado por nuestro Código Procesal Penal como un delito de acción pública, esto quiere decir que los órganos encargados de la persecución penal pueden iniciar la investigación de oficio, es decir sin necesidad de instancia especial de persona o autoridad, cuando tengan noticia directa de un hecho aparentemente delictivo y a partir de entonces se inicia toda la actividad procesal.

El Código Procesal Penal en su artículo 16 indica que cuando la acción penal sea pública su ejercicio le corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que ese código concede a la víctima o a los ciudadanos (en caso de que una persona denuncie y esta denuncia sea la que de inicio a la investigación).

En la mayoría de los casos de Trafico de Persona, por no decir en la totalidad, se inicia de oficio la investigación penal, una vez que se tiene noticia de un hecho delictivo de este tipo, muchas veces informaciones presentadas por los medios de comunicación son las que dan origen a una investigación que da inicio al proceso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que el curso del procedimiento puede ser instado por la denuncia de cualquier persona según lo regulado en el art 278 del CPP¹⁹. La denuncia puede hacerse verbalmente cuando el ciudadano se presenta a formularla ante la autoridad respectiva y pone en su conocimiento el hecho; o bien puede presentarse por escrito (art 279 del mismo código)²⁰

Otro elemento a destacar es que el Organismo de Investigación Judicial ha habilitado la línea telefónica 800-8000-645 con el fin de que la gente denuncie. Muchas veces las personas temen por sus vidas por lo que no se

¹⁹ Art 278.- Facultad de denunciar. Quienes tengan noticia de un delito de acción pública podrán denunciarlo al Ministerio Público, a un Tribunal con competencia penal o a la Policía Judicial, salvo que la acción dependa de instancia privada. En este último caso solo podrá denunciar quien tenga facultad de instar, de conformidad con este código.

El tribunal que reciba una denuncia la pondrá inmediatamente en conocimiento del Ministerio Público.

²⁰ Art 279.- Forma, la denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario especial. En el último caso deberá acompañarse por un poder. Cuando sea verbal, se extenderá un acta de acuerdo a las formalidades establecidas en este código. En ambos casos si el funcionario comprobare la identidad del denunciante.

apersonan para denunciar y la vía telefónica que resulta anónima les genera cierto tipo de tranquilidad; en la práctica es relativamente frecuente que se reciban denuncias anónimas o secretas sobre actividades ilícitas, en especial cuando se denuncian hechos relacionados con delincuencia organizada (tráfico de drogas, trata o tráfico de personas, secuestros, bandas dedicadas al robo de vehículos).

En los casos de Tráfico Ilícito de Personas por lo general se toma noticia directa de un hecho aparentemente delictivo y a partir de entonces se inicia toda la actividad procesal.

El artículo 62 del CPP²¹ dispone que el Ministerio Público va a ejercer la acción penal según lo establecido en la ley y va a practicar las diligencias necesarias, pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo, por lo que en el Ministerio Público recae la obligación de verificar si la información presentada por los medios de comunicación o de manera anónima es real y se está efectivamente en presencia de un hecho delictivo.

Igualmente, los artículos 289 y 290 del Código Procesal Penal nos mencionan como la finalidad de la persecución penal que tiene el Ministerio Público, en los casos de delitos de acción pública debe ir dirigida a evitar que se produzcan ulteriores consecuencias, promover una investigación que permita determinar las circunstancias de los hechos y a sus autores o

²¹ Art 62.- Funciones. El Ministerio Público Ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran.

Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica.

participes, y para esto debe practicar todas las diligencias y actuaciones que sean necesarias.

Después del inicio de la investigación por alguna de las vías que se mencionaron anteriormente (denuncia, información de los medios de comunicación) la Fiscalía encargada busca que la persona ofendida (traficada) pierda el temor generado por la paga que dio sabiendo que estaba realizando una conducta indebida, además se busca un primer contacto con la víctima, no se le reprocha su condición de ilegal, se procura que la persona dé datos del coyote, se contactan otras personas traficadas para tener un buen acervo probatorio, para determinar que el modo de operar no es aislado y finalmente se trata de establecer contacto con el traficante (coyote), como si se fueran a contratar sus "servicios" con el fin de hacer una comprobación de hechos, se le detiene cuando está haciendo el traslado de otras personas, ya sea en el aeropuerto o por cualquier vía, no se le detiene solo, se le detiene con el grupo que se está trasladando, esto con el fin de verificar que sean ofendidos y no coyotes, se busca concientizar al grupo para que colabore, ya que muchas veces detrás de este traslado se esconde una estafa de la que están siendo víctimas estas personas, de ahí en adelante se inicia una investigación intensiva de la situación dada.

¿Cuál es el papel que juega la policía Judicial y la Dirección funcional en la investigación de los casos de Tráfico Ilícito de Personas?

La investigación de los delitos, área de trabajo común de fiscales y policías, es una función íntimamente vinculada al deber de objetividad y de verdad fuera de cualquier otro interés. A través de la investigación se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todas las fuentes conocidas que puedan aportar la información necesaria para la solución del caso. El estado de certeza que finalmente alcance deberá ser siempre producto de lo que informen las fuentes por sí mismas, sin manipulación alguna. Esa información y la certeza provisionalmente obtenida de ellas se expresarán en la acusación y finalmente, se transformarán en prueba y en certeza judicialmente expresada en la sentencia.

El deber de objetividad en la función le es impuesto al fiscal y a la policía por el artículo 6 del C.P.P²². que establece la obligación de todas las autoridades que intervienen en el procedimiento de consignar tanto las circunstancias desfavorables como favorables al imputado, este deber se asigna, en concreto, al Ministerio Público por el artículo 63 del Código Procesal

²² Art 6.- Objetividad. Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento.

Desde el inicio del procedimiento y a los largo de su desarrollo, las autoridades administrativas y judiciales deberán consignar en sus actuaciones y valorar en sus decisiones no sólo las circunstancias perjudiciales para el imputado, sino también las favorables a él.

Serán funciones de los jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.

Penal²³ y el de averiguación de la verdad real por el artículo 189 del mismo cuerpo legal²⁴.

La Policía Judicial juega un papel sumamente importante, es el auxiliar del Ministerio Público como bien lo indica el artículo 67 del CPP²⁵, y va a estar bajo el control y la dirección de este, además se va a encargar de investigar los delitos de acción pública como por ejemplo los casos de Tráfico Ilícito de Personas, esto con el fin de individualizar a los autores y partícipes, reunir elementos de prueba, entre otras cosas.

En caso de que el o los sospechosos estén plenamente identificados, la policía judicial según las órdenes dadas por el fiscal a cargo del caso y en coordinación con este, va a encaminar su función a la obtención de prueba contra esa (s) persona (s) para que a la hora de presentar el informe respectivo sea lo más detallado posible en cuanto a la culpabilidad de éste o estos. Toda la prueba que se recaba debe seguir el procedimiento establecido

²³ . Artículo 63.- Objetividad. En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo, deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aun en favor del imputado

²⁴ Artículo 180.- Objetividad. El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación.

²⁵ Artículo 67.- Función. Como auxiliar del Ministerio Público y bajo su dirección y control, la Policía Judicial investigará los delitos de acción pública, impedirá que se consuman o agoten, individualizará a los autores y partícipes, reunirá los elementos de prueba útiles para fundamentar la acusación y ejercerá las demás funciones que la asignen su Ley Orgánica y este código.

por el CPP, en busca de que esa prueba no sea obtenida de manera ilícita y luego no se pueda tomar en cuenta para sustentar una acusación.

Los fiscales deben orientar jurídicamente la labor policial según lo regula el artículo 68 CPP²⁶, ya que muchas de las investigaciones policiales no tuvieron mayor éxito en los tribunales en virtud de haberse quebrantado garantías procesales y derechos fundamentales al momento de sus descubrimiento, custodia e incorporación al proceso, que implicó su nulidad.

El fiscal debe ejercer un control sobre la actividad policial para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las partes y el éxito de la investigación. El objeto de las atribuciones otorgadas al fiscal sobre la investigación de la policía es fundamentalmente garantizar la viabilidad del caso en el juicio, pues se parte de que el fiscal es el que sabe cuáles son las necesidades probatorias que deben llenarse para establecer, ante el tribunal, las circunstancias del hecho y la autoría y participación de los imputados

La dirección funcional que dé el fiscal a la Policía Judicial es sumamente importante en los casos de Tráfico Ilícito de Personas, ya que ante la carencia de un protocolo de investigación específico, sobre el tema la buena comunicación que los investigadores tengan con los fiscales encargados del caso va a ser fundamental, ya que estos son los que van a decir qué quieren y

²⁶ Art 68.- El Ministerio Público dirigirá la policía cuando esta deba prestar auxilio en las labores de investigación. Los funcionarios y los agentes de la Policía Judicial deberán cumplir siempre las órdenes del Ministerio Público y las que durante la tramitación del procedimiento, le dirijan los jueces.

En casos excepcionales y con fundamentación, el Fiscal General podrá designar directamente a los oficiales de la Policía Judicial que deberán auxiliarlo en una investigación específica. En este caso, las autoridades judiciales no podrán ser separadas de la investigación, si no cuenta con la expresa aprobación de aquel funcionario.

la policía judicial se va a encargar del cómo; la dirección funcional va a ser el medio por el cual se establecen los puntos fundamentales de la investigación, ante la inexistencia de un protocolo que establezca los lineamientos básicos para investigar los casos de Tráfico de Personas y en vista de que cada caso es diferente, es necesario en cada uno determinar la estrategia de investigación y el fiscal es el que va a dirigir la investigación a su gusto, según la prueba que se quiera recabar, a diferencia de esto en la Fiscalía Adjunta de Delitos Sexuales que lleva los casos de trata cuando hay explotación sexual, cuenta con una serie de protocolos para darle el adecuado trámite a los casos que lleva, la Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado que es la fiscalía encargada de el trámite de los casos de Tráfico, solo cuenta con un protocolo en los casos de secuestros.

En la aplicación práctica de la dirección funcional al caso, cuando el imputado no está determinado, o estándolo no se puede aún precisar el hecho o su participación por falta de información, el fiscal puede aplicar tres modalidades de ejercicio, atendiendo a la naturaleza o gravedad del hecho; a la complejidad, sencillez o dificultad de la investigación o bien a su repercusión pública²⁷. El fiscal, una vez que define las diligencias útiles, de conformidad con el Sistema de Seguimiento y Control de Plazos²⁸, debe comunicarle a la policía por escrito

²⁷ Artículo 6 de la Circular 17-98 del Ministerio Público

²⁸ La circular 15-05 de la Fiscalía General al respecto indica en el párrafo " **§ 2.- Valoración inicial de la causa:**

2.2.c) Diligencias útiles: documentos que deben solicitarse, pericias que deban ordenarse y testigos que deben entrevistarse, así como cualesquiera otras actividades o medios de prueba necesarios para la investigación y para garantizar el seguimiento del caso. Cada diligencia debe consignar el nombre del funcionario o dependencia responsable de realizarla o allegarla al expediente, así como el plazo en que se ordena y en que debe

que tipo de dirección funcional va a aplicar, de acuerdo con el plan que elaboró, lo cual le permite saber a los investigadores de que manera se van a interrelacionar con él. A partir de esta primera comunicación escrita pueden disponerse las reuniones que se consideren necesarias para la buena marcha de la investigación.

Cuando la policía inició el conocimiento del caso, realizando las diligencias preliminares, es aplicable la modalidad (A)²⁹ que consiste en una simple aprobación del fiscal de los objetivos que, conforme a la realidad probatoria del caso y el tipo penal se propone realizar la policía, sin que sea necesaria ninguna directriz especial por tratarse de asuntos, *en los que la policía ya sabe qué tiene que hacer y cómo hacerlo*. No es una investigación autónoma de la policía porque requiere de la autorización expresa del fiscal y de su supervisión, para lo cual ha de señalar fechas, en las que debe evaluar los pormenores del avance de la investigación.

La segunda modalidad (B) implica un control más directo del caso pues en ella el fiscal, atendiendo a los requerimientos jurídicos propios del tipo penal, derivados de sus propios presupuestos, de la jurisprudencia o de la doctrina, señala expresamente los objetivos probatorios que deben alcanzarse en la investigación ya sea para acreditar el hecho o para acreditar la autoría y participación de los imputados. Formulado y comunicado ese señalamiento, el fiscal deja a criterio de la policía la elección de los actos de investigación o

cumplirse. Cuando se requiera confidencialidad de las diligencias a realizar, se levantará una ficha que se guardará bajo responsabilidad del fiscal a cargo del caso “

²⁹ Circular de la Fiscalía General N° 18-2002

métodos que le resulten más convenientes según su conocimiento técnico. En esta modalidad la policía goza de libertad en la determinación de las acciones, resultando vinculada a cumplir los objetivos prefijados por el fiscal. Los actos de la policía se controlan en la marcha o de manera diferida, en reuniones periódicas de evaluación del caso o mediante la presentación de informes en fechas previamente señaladas por el fiscal. La modalidad en comentario resulta aplicable, por ejemplo, a aquellos casos en los que la investigación requiere de agilidad en la toma de decisiones por la policía o de criterios sumamente especializados desde el punto de vista técnico por parte de los investigadores. Pensemos, a manera de ejemplo, en la investigación de terrorismo, tráfico internacional de drogas, investigaciones contables, lavado de dinero y en general las investigaciones referidas al crimen organizado.

La tercer modalidad (C) consiste en un control absoluto del caso, que se concreta en el señalamiento preciso que hace el fiscal a la policía de los objetivos y actividades a realizar. Siempre es recomendable un análisis conjunto del caso. Esta modalidad puede obedecer a la falta de experiencia o de conocimientos de los investigadores con los que trabaja el fiscal, a la gravedad del hecho, a su repercusión pública o a otros criterios que la hagan aconsejable. En este caso la boleta del Sistema de Seguimiento y control de Casos debe contemplar el despliegue de diligencias útiles ordenadas a la policía y la fecha de cumplimiento de cada una.

Así mismo, según las entrevistas realizadas a fiscales que tramitan estos casos, logré constatar que no se cuenta con un protocolo específico para el trámite de estos delitos, indicaron que la inexistencia de una política de persecución y un protocolo de investigación, responde a que al ser un

procedimiento de trámite especial el que lleva este tipo de casos, no se puede limitar la investigación a una serie de diligencias para recabar pruebas específicas, por lo que el fiscal del caso es el que se va a encargar de dirigir la investigación y proponer las diligencias para recabar prueba que el crea más conveniente.

Sin embargo, toda investigación que haya detrás de casos de delincuencia organizada cuenta con muchas dificultades entre estas que los delincuentes son cada día más creativos, esta es una de las razones por la que no se cuenta con protocolo de investigación, porque al igual que ellos habría que estar innovando y cambiándolo y también una dificultad grande con la que se cuenta es que es muy difícil determinar al “cabecilla” o “pez gordo” que está detrás de toda la organización criminal, a pesar de eso los investigadores asignados a los casos, así como los fiscales, hacen su mayor esfuerzo con el fin de determinar el grado de responsabilidad que tiene las personas que se logran detener.

La dirección funcional es coordinada por los fiscales con los investigadores de la Sección de Delitos Varios del Organismo de Investigación Judicial, Sub sección de Tráfico de Personas, que son los que llevan a cabo las investigaciones pertinentes en este tipo de casos.

¿Qué hacer frente a un caso de delincuencia organizada y bajo qué parámetros se realiza el trámite del caso?

Si bien es cierto, no se cuenta con una sección especializada en el Organismo de Investigación Judicial, para enfrentar casos de delincuencia

organizada, tanto los investigadores como el fiscal del caso, dirigen la investigación de la mejor manera con el fin de recabar la prueba necesaria.

Con el fin de poder hacer frente a la delincuencia organizada que cada día aumenta más en Costa Rica, a principios del año 2008, se creó la Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado, la cual tiene entre sus funciones específicas conocer todos los casos de delincuencia organizada, y desplazarse a lo largo del país a realizar juicios en los que haya de por medio grupos criminales de este tipo, con la creación de esta nueva fiscalía se dio un traslado de funciones, ya que la Fiscalía de Delitos Varios dejó de conocer los casos de Tráfico Ilícito de Personas y trasladó el conocimiento de ellos a esta nueva fiscalía especializada, la fiscalía de Delitos Varios conoce solamente los casos de Tráfico de menores para adopción, tipo penal que está regulado en el Código Penal y no en la Ley de Migración, los casos de Trata de Personas en los que se dio una explotación laboral la Fiscalía de Delitos Varios es la encargada de la tramitación del asunto si se da explotación sexual, el caso lo conoce la Fiscalía Adjunta de Delitos Sexuales y Violencia Doméstica.

Es importante indicar que ciertos casos van a ser de conocimiento de la Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado, aunque no haya de por medio una organización criminal trabajando, ya que por disposición del Fiscal General, esta Fiscalía hace de conocimiento de ellos otro tipo de casos, por ejemplo el caso del Casino de White House en Escazú o el caso de unas mujeres costarricenses que fueron víctimas de trata, las explotaron sexualmente en México, este caso le tocaba conocerlo a la Fiscalía Adjunta de Delitos Sexuales y Violencia Doméstica, pero por la trascendencia en los

medios de comunicación y el tipo de personas involucradas, el Fiscal General dispuso que la Fiscalía especializada era la que debía conocerlo.

Esta nueva Fiscalía responde a la necesidad de una Fiscalía especializada, que cuente con un mayor presupuesto y un personal con una mayor capacitación con el fin de poder hacer una mejor investigación y dar respuesta socialmente a la creciente ola de delincuencia organizada.

En vista de que en la mayoría de casos de Tráfico ilícito de Personas hay una organización criminal detrás, la cual se encarga de todo el proceso de traslado de personas; a la hora de realizar la investigación respectiva del caso y al determinar el fiscal que está frente a un caso en el cual media una organización de este tipo puede hacer uso de la ley número 8754, que es la Ley Contra la Delincuencia Organizada, creada al igual que la Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado, para dar respuesta a este tipo de delincuencia, esta ley incluye un trámite para declaratoria de procedimiento especial el cual está regulado en el artículo 2 párrafo primero de dicha ley³⁰ y dicho procedimiento excluye el procedimiento de trámite complejo establecido por el CPP en sus artículos 376 al 379.

³⁰ Art.- Declaratoria de procedimiento especial

Cuando, durante el curso del proceso penal, el Ministerio Público constate que de acuerdo con las normas internacionales vigentes y la presente Ley, los hechos investigados califican como delincuencia organizada, solicitará ante el tribunal que esté actuando una declaratoria de aplicación de procedimiento especial. El procedimiento autorizado en esta Ley excluye la aplicación del procedimiento de tramitación compleja.

El tribunal resolverá motivadamente acogiendo o rechazando la petición del Ministerio Público. La resolución que favorezca la solicitud del Ministerio Público tendrá carácter declarativo. El tribunal adecuará los plazos; para ello, podrá modificar las resoluciones que estime necesario.

Declarado que los hechos investigados califican como delincuencia organizada, todos los plazos ordinarios fijados en el Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, para la duración de la investigación preparatoria, se duplicarán.

Esta es una ley especial que busca dar una mayor respuesta por parte del sistema penal a este nuevo tipo de delincuencia.

Esta ley define en su artículo primero lo que debe entenderse como delincuencia organizada de la siguiente manera:

“Entiéndase por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves”³¹

Asimismo, explica que se va a aplicar a las investigaciones y procedimientos en casos de delincuencia organizada nacional y transnacional.

El Ministerio Público según el artículo segundo de esta ley en caso que determine que los hechos investigados califican como delincuencia organizada debe solicitar al Tribunal una declaratoria de aplicación de procedimiento especial.

El mayor beneficio que trae consigo una declaratoria de procedimiento especial en los casos de Tráfico Ilícito de Persona, es que todos los plazos ordinarios fijados en el CPP, ley 7594, para la investigación preparatoria, se duplican, dando más tiempo para investigar, recabar prueba y fijar responsabilidades.

³¹ En lo que interesa el Art 1 de la Ley contra la Delincuencia Organizada dice: .- Interpretación y aplicación

Entiéndase por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves.

La acción penal para perseguir los delitos cometidos por miembros de las organizaciones criminales o por encargo de estos va a ser pública según el artículo 3 de la ley en comentario, por ende recae en el Ministerio Público y no podrá convertirse en acción privada.

Otro elemento importante de esta ley es que busca minimizar la impunidad, estableciendo un plazo de prescripción diferente al establecido en el CPP, en los casos de delincuencia organizada este plazo será de diez años contados a partir de la comisión del último delito y según el artículo cuatro de esta ley este plazo no podrá reducirse por ningún motivo.³²

También con esta ley se amplía el plazo de prórroga de la prisión preventiva, se pasa de un máximo de tres años según el artículo 258 CPP³³ a un plazo de cinco años, ya que el Tribunal de Casación Penal podrá prorrogar

³² Art 4 Ley contra la Delincuencia Organizada.- Prescripción de la acción penal

El término de prescripción de la acción penal, en los casos de delincuencia organizada, será de diez años contados a partir de la comisión del último delito y no podrá reducirse por ningún motivo.

³³ Art 258.- Prórroga del plazo de la prisión preventiva. A pedido de Ministerio Público, el plazo previsto en el artículo anterior podrá ser prorrogado por el Tribunal de Casación Penal, hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga. En este caso, el tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento.

Si se dicta sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, el plazo de prisión preventiva podrá ser prorrogado mediante resolución fundada, por seis meses más. Esta última prórroga se sumará a los plazos de prisión preventiva señalados en el artículo anterior y el párrafo primero de esta norma.

Vencidos esos plazos, no podrá acordarse una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este artículo, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia. En tales casos, la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición. La Sala Tercera o el Tribunal de Casación, excepcionalmente y de oficio, podrán autorizar una prórroga de la prisión preventiva superior a los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.

el plazo originario de la prisión preventiva (que según el artículo 7 de esta ley³⁴ es de hasta 24 meses) hasta por doce meses más con lo que tendríamos tres años, si se dicta condenatoria que imponga pena privativa de libertad, el plazo puede ser prorrogado por doce meses más mediante resolución fundada con lo que sumaríamos cuatro años y excepcionalmente y de oficio la Sala o Tribunal de Casación podría autorizar una prórroga de la prisión preventiva por doce meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio con lo que sumaríamos cinco años.

Los casos que se tramiten en esta nueva fiscalía van a seguir los parámetros de esta nueva ley, la cual establece plazos diferentes a los establecidos por el CPP, sin embargo en lo que la ley sea omisa el Código Procesal Penal y el Código Penal, van a ser aplicados.

Al ser un caso de delincuencia organizada generalmente hay personas de varios países involucradas, por lo que se debe recurrir a trámites de asistencia internacional con el fin de recabar la prueba necesaria para sustentar una eventual acusación.

¿Qué trámites se deben realizar, por qué medio y ante qué autoridad, con el fin de recabar prueba en el exterior?

En los casos en que sea necesario recabar prueba que se encuentre en el extranjero o realizar cualquier diligencia en relación con un caso que esté

³⁴ Art 7 Ley contra la Delincuencia Organizada.- Plazo de la prisión preventiva

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos a) y b) del artículo 257 del Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, el plazo originario de la prisión preventiva será hasta de veinticuatro meses.

investigando la fiscalía, se debe recurrir al trámite de Asistencia Judicial Recíproca, el cual se define de la siguiente manera:

“Es la colaboración o asistencia mutua que se prestan los Estados con el fin de poder recabar fuera del territorio propio del Estado solicitante diligencias necesarias para el desarrollo de un proceso o investigación”³⁵

Este procedimiento se va a fundamentar en el reconocimiento y ejecución de decisiones derivadas de un poder jurisdiccional extranjero o de una Autoridad debidamente reconocida por el país solicitante en virtud de convenios internacionales.

Los participantes en la Asistencia Judicial Recíproca son los Estados a través de sus autoridades competentes, en nuestro caso el Ministerio Público, cuando se necesite recabar prueba o realizar diversas diligencias en el extranjero, como casi siempre es necesario en los casos de delincuencia organizada, el fiscal del caso debe recurrir a un elemento que se llama Carta Rogatoria, medio por el cual se va a pedir ayuda a una autoridad extranjera.

La Carta Rogatoria se define como “La petición que libra una autoridad costarricense o extranjera a su homóloga en otro país o en el nuestro, con el ruego que lleve a cabo un acta de investigación o de prueba o para obtener información”³⁶

³⁵ Ministerio Público de Costa Rica. (2004), Protocolo de Actuaciones. San José: Dpto. de Publicaciones e impresos, Poder Judicial. Pág 264.

³⁶ Ibidem.

El fiscal encargado del caso va a elaborar la Carta Rogatoria la cual debe contener como mínimo la siguiente información:

- ✓ El nombre de la autoridad que está a cargo de la investigación preparatoria

- ✓ Una descripción de la gravedad de la sanción, de los hechos y de la ley aplicable

- ✓ Una descripción del propósito de la solicitud y de la naturaleza de la asistencia que se espera obtener

- ✓ En caso de que se requiera la inmovilización o el secuestro de bienes que se cree razonablemente que se encuentran en el territorio del Estado requerido, deben darse los detalles de los hechos que justifican la medida y particularmente de cualquier investigación iniciada en relación con ellos, acompañada de la copia de cualquier resolución judicial que la haya ordenado.

- ✓ Describir cualquier procedimiento que el Estado requirente desearía que realizara el Estado requerido para darle efectividad al acto, sobre todo cuando se trata de elementos probatorios

- ✓ Expresar el deseo de que se mantenga la confidencialidad en relación a la solicitud y las razones por las que se solicita esa medida

- ✓ Detallar el periodo de tiempo en que el Estado requirente desearía que se cumpla la solicitud de acuerdo a las necesidades procesales

- ✓ Si procede, suministrar los detalles que describan los bienes que deben ser localizados, secuestrados, confiscados o inmovilizados y del lugar en el cual se cree que se encuentran en el Estado requerido

- ✓ Suministrar cualquier otra información que se considere útil para el buen éxito de la solicitud.

La carta Rogatoria va a ser elaborada por el fiscal de la Fiscalía de Crimen Organizado, la cual se encarga de los casos de Tráfico Ilícito de Personas, esta carta debe ser revisada para poder diligenciarse adecuadamente, una vez lista la carta, el fiscal la va a presentar a la Oficina de Asesoría Técnica y

Relaciones Internacionales del Ministerio Público (OATRI), en esta oficina del Ministerio Público, un fiscal especializado va a revisar que la carta cumpla con los requisitos de forma y esté bien fundamentada, en caso de que el fiscal que la revise considere que le falta algún requisito o elemento importante, le devuelve para que el fiscal que la confeccionó la arregle, o bien en caso de que la carta cumpla con todo lo necesario, esta oficina va a presentar la Carta Rogatoria ante la Secretaría de la Corte, la cual se encarga de hacer llegar el documento al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto con una nota en la cual se solicita que el documento sea diligenciado, después de esto la oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto remite la Carta junto a todos los documentos que lo acompañen a la dirección que indique el oficio de la Secretaría (nuestras embajadas o consulados en el extranjero), cuando el cónsul lo recibe cuenta con dos meses para diligenciarlo, una vez realizado el trámite lo remite nuevamente al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que ellos envíen el documento a la Secretaría de la Corte y de ahí se envíe al Despacho Judicial original.

¿Cuáles principios deben respetarse para que se pueda realizar el trámite de asistencia Judicial en el extranjero?

Para realizar trámites en el extranjero y que estos tengan validez en nuestro país es necesario respetar una serie de principios, entre estos el principio de Aplicación del procedimiento vigente en el Estado requerido, según dicho principio se parte de una norma internacional aceptada la que señala que las actuaciones que se solicitan se rigen por la ley del fuero. Sin embargo,

excepcionalmente, se admite que en la investigación algunas actuaciones puedan ejecutarse siguiendo el procedimiento del Estado requirente (sería nuestro país), en la medida en que no viole el derecho interno del Estado requerido (país al que se dirige la carta rogatoria). Así por ejemplo, en algunos países la declaración de un testigo requiere de la presencia de un abogado defensor, en nuestro país no.

Otro principio que resulta ser muy importante con el fin de recabar prueba o realizar otro tipo de diligencias en el extranjero, es el principio de la doble incriminación, según el cual el delito sobre el que versa la carta rogatoria debe ser perseguible en el Estado requerido si el acto que se solicita fue realizado en ese Estado. Así, por ejemplo cuando se trata de ejecutar un decomiso, un allanamiento y registro, entre otras, se requiere que el delito que da origen a la solicitud esté tipificado en el territorio en que se va a ejecutar.

Un principio que resulta fundamental es el principio del non bis in idem, principio que también lo regula nuestra Constitución Política en su artículo 42 y el CPP en su artículo 11, según el cual no procede la ejecución del acto que se solicita si en el país requerido el hecho ya ha sido juzgado.³⁷

Con el fin de que la información o prueba recabada no sea utilizada en otro proceso se debe respetar el principio de Especialidad, el cual se refiere

³⁷ Art 42 Constitución Política.- Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión el mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible.

Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.

Art 11 CPP.- Única persecución. Nadie podrá ser juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho.

fundamentalmente a que las actuaciones, los elementos probatorios recolectados, la información o los documentos transmitidos solo se pueden utilizar en el proceso dentro del cual se solicitó la asistencia judicial recíproca. Por esta razón en la solicitud que se hace desde Costa Rica a otro Estado debe identificarse el proceso y relatarse el hecho; por este motivo la Carta Rogatoria debe ser clara, y precisa en cuanto a lo que se está solicitando.

Hay un principio que se extiende la extradición a la Asistencia Judicial Recíproca, y es el principio de Denegación en caso de Delitos Políticos, esto quiere decir que la solicitud se va a denegar si el delito que la origina presenta un carácter político, militar, religioso o racial.

Finalmente, cabe mencionar el principio de Denegación en caso de Amenaza al orden público, según el cual la carta rogatoria puede ser denegada si su ejecución implica desórdenes públicos, una amenaza para la seguridad o la soberanía del Estado al que se le está enviando la carta.

¿Cuál trámite para recabar prueba que no esté regulado en el Código Procesal Penal se utiliza en los casos de Tráfico Ilícito de Personas?

En los casos de Tráfico Ilícito de Personas se puede dar el trámite de intervención de las comunicaciones, el cual es un procedimiento especial regulado en la ley 7425, “Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones”

De conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política³⁸ y el 9 de la Ley 7425, “Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones”, corresponde a los tribunales de justicia la autorización de la intervención de comunicaciones orales, escritas o de otro tipo, incluso las telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales.

Lógicamente dicha autorización por parte de los Tribunales lleva un procedimiento previo, el cual va a consistir fundamentalmente en el análisis específico de un caso, en el cual el fiscal del caso en asocio con el Fiscal Adjunto, en el ejercicio de la dirección funcional, va a valorar la procedencia de la medida, si de acuerdo con esa valoración se considera procedente la medida, se trasladarán a valoración del Fiscal General de la República los antecedentes respectivos del caso.

³⁸ **Artículo 24.-** Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial. La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión. No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación. (Reforma Constitucional 7607 de 29 de mayo de 1996)

La solicitud de intervención de comunicaciones solo puede hacerla el Fiscal General de la República, el Director del Organismo de Investigación Judicial o la parte cuando se haya constituido (art. 10 de la Ley 7425)

Al hacer la valoración sobre la medida el fiscal debe tener en *consideración la especialidad del hecho delictivo*, ya que la intervención de comunicaciones en nuestro ordenamiento jurídico no es procedente para todos los actos delictivos, sino exclusivamente en los casos de secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas o tráfico de personas para comercializar sus órganos, homicidio calificado, genocidio, terrorismo, y los delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, N° 8204, de 26 de diciembre de 2001, de conformidad con el artículo 9 de la ley 7425.

Otro elemento a tomar en cuenta es *la existencia de una investigación penal*, ya que de conformidad con el artículo 9 de la Ley en comentario la intervención procede dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, es decir es una medida típica de la función represiva del Estado, por lo que debe existir una causa penal en investigación que va a requerir la intervención de las comunicaciones.

Junto al elemento señalado anteriormente va a estar el de *Existencia previa de indicios de la comisión del delito*, esto quiere decir que la intervención solo podrá autorizarse si existen indicios suficientes de que se lleva a cabo una actividad delictiva (Art.9 Ley 7425), en consecuencia la

solicitud de intervención deberá indicar cuáles son los indicios sobre el hecho que facilite la policía de manera tal que queden claras las razones para considerar que pueden obtenerse por este medio ya sea el descubrimiento o la comprobación de hechos o circunstancias importantes para la investigación.

La existencia de indicios previos impide la interceptación basada en meras sospechas sin al menos un grado mínimo de comprobación o en busca genérica de infracciones penales de las que fueron mencionadas anteriormente y son los regulados en el artículo 9 de dicha ley.

Es importante indicar que por medio de la intervención de las comunicaciones la autoridad judicial puede tener un conocimiento casual de delitos no contemplados en el artículo 9 de la ley, lógicamente se registran las conversaciones de utilidad para la causa delictiva que se está investigando, sin embargo no significa que no se vayan a dar lo que, en doctrina, se han llamado "descubrimientos casuales", que se refieren precisamente al encuentro -a partir de la intervención- de diversas situaciones como serían hechos delictivos del acusado distintos del que motivó la intervención, hechos delictivos de un tercero no autor ni partícipe del delito investigado, pero relacionados con este; hechos delictivos de un tercero pero sin relación alguna con el delito investigado, conocimientos provenientes de un tercero, pero relacionados con el hecho investigado; conocimientos que provienen de un tercero que se refieren a un hecho delictivo distinto del investigado.³⁹

³⁹ Ministerio Público de Costa Rica. (2004), Protocolo de Actuaciones. San José: Depto. de Publicaciones e impresos, Poder Judicial. Pág 254

Es importante indicar que si bien no se podría eliminar el conocimiento obtenido a partir de esos descubrimientos casuales, también es lo cierto que ello no implica que ese conocimiento no pueda ser tomado en cuenta como “noticia criminis”, de modo tal que, a partir de ese conocimiento fortuito, se podría iniciar una investigación independiente sobre ese nuevo hecho en la que no podría de ningún modo, incluirse como prueba las intervenciones a partir de las cuales obtuvo esa noticia, ya que la intervención se justifica como prueba indispensable de la comisión de alguna de las conductas delictivas (Art 10 ley 7425), esto quiere decir que la intervención se va a utilizar como elemento que acredite la existencia del hecho y la participación del hecho investigado, no en otro⁴⁰, como sería en los casos de descubrimientos casuales, por lo que en caso de que se diera un descubrimiento casual, este serviría como “noticia criminis”, lo que resulta totalmente lícito pero habría que buscar elementos probatorios en otras fuentes y el uso de la información como prueba en otro proceso.

En resumen después del análisis hecho sobre los procedimientos a nivel de la Policía Judicial y de la Fiscalía podemos decir, que el legislador se encarga de regular lo que es delito, sin embargo el encargado de perseguir a las personas que incurran en las conductas reguladas es el Ministerio Público, el cual se encarga en auxilio de la policía judicial de realizar una investigación, de dicha investigación va a depender si un caso puede ser acusado o no, esto según los elementos de prueba con los que se cuente.

⁴⁰ “Art. 28 de la ley 7425: Los resultados de la intervención de las comunicaciones orales o escritas no podrán ser utilizados para ningún propósito distinto del que motivó la medida”

Es importante indicar que toda investigación debe hacerse respetando ciertos principios y derechos de las personas que están siendo investigadas, ya que en caso contrario la prueba no serviría, en los casos de Tráfico Ilícito de Personas, el Ministerio Público no cuenta con un protocolo de actuaciones o un documento similar el cual le establezca las diligencias que se deben realizar, pero según las entrevistas realizadas pude constatar que el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado, fiscalía especializada que lleva los casos , y otros fiscales coordinadores, buscan realizar un documento que contenga las diligencias mínimas que se deben seguir a la hora de la investigación de este tipo de casos.

Esta fiscalía especializada por su reciente creación (2008) ha acusado varios casos sin embargo aún se encuentran en la etapa intermedia, por lo que se puede decir que a los juicios que han asistido los fiscales sobre la materia han sido casos que la Fiscalía de Delitos Varios les heredó, por decirlo de alguna manera, pero es relevante mencionar que la incidencia en juicio de estos casos ha sido mínima, y que a pesar de los esfuerzos que ha realizado el Ministerio Público, no se ha logrado una condena en todos los casos que se han elevado a un contradictorio, un caso importante y que trascendió a los medios fue el de Carlos Hernán Robles, pero dicho caso no fue juzgado el tipo penal de la Ley de Migración, sino el Tráfico de Menores para Adopción regulado en el artículo 376, del Código Penal

La Fiscalía suma esfuerzos con el fin de dar un mayor abordaje a este tipo de casos, a pesar de que el circulante incluye otros delitos que esta fiscalía especializada ve, se puede decir que no están saturados como en otros

despachos, porque los casos de crimen organizado no son la mayoría, sino casos específicos, sumado a esto se está capacitando a los fiscales y dándoles un mayor acervo de conocimiento, y mayores armas como por ejemplo un mayor presupuesto con el fin de que la investigación que se realice sea lo mejor posible y lógicamente disminuir la impunidad y evitar errores que anteriormente se dieron para lograr el máximo de condenatorias.

Con este fin y en aras de darle un mayor soporte a la labor del Ministerio Público, se han promulgado leyes especiales como la ley número 8754, que es la Ley Contra la Delincuencia Organizada y la ley número 8720 que es la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, a esto hay que agregar que se cuenta con un Código Procesal Penal recién reformado por la última ley mencionada al igual que el Código Penal, los cuales regulan todo lo que no está contemplado en estas leyes, y además se cuenta con la ley número 7425, “ Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones” la cual es muy importante en estos casos.

Podemos decir con certeza que el Ministerio Público hace todo lo posible por perseguir de la mejor manera y lograr una condena de las personas que se vean implicadas en los casos de delincuencia organizada como son los casos de tráficos ilícitos de personas, a pesar de esto es sumamente difícil llegar a la raíz del problema que son los cabecillas de las redes y en la mayoría de los casos dirigen toda la red desde otro país y Costa Rica solo funciona como país de tránsito de personas que son trasladadas a otros lados, a pesar de esto se

hacen todos los esfuerzos para perseguir y sentar responsabilidades según sea el caso.

CAPÍTULO TERCERO: Estudio de la reforma del artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería N°8487 y su comparación con el artículo 249 de la nueva Ley N° 8764

Sección Primera: Antecedentes Legislativos de la actual Ley de Migración y Extranjería ley número 8487:

Con el fin de regular la figura del tráfico ilícito de personas que antes del dos mil seis, no estaba regulada se propusieron ante la Asamblea Legislativa una serie de proyectos de ley, que incluían el nuevo tipo penal o bien pretendía modificar el Código Penal, dichos proyectos son:

- 1- *Proyecto de ley denominado "Penalización del Tráfico Ilegal de Migrantes"* al cual se le asignó el expediente Legislativo 15140, presentado ante la Asamblea Legislativa por la diputada María Lourdes Ocampo Fernández el 21 de febrero del 2003. El texto del proyecto constaba de dos artículos, en el artículo 1, se pretendía modificar el artículo 276 del Código Penal, incluyendo un nuevo párrafo segundo, con el fin de imponer una pena de uno a seis años de prisión en los casos en que el fin de la asociación fuera el tráfico para el ingreso al territorio nacional de personas indocumentadas y la pena se agravaba en caso de que existiese participación de funcionario público en ocasión a sus funciones. El artículo 2 pretendía reformar el título séptimo, capítulo primero de la Ley General de Migración y Extranjería, Ley No. 7033, que estaba vigente en ese momento, para que se

agregaran al artículo 88, los artículos 88 bis, 88 ter y 88 quater, de manera que no solo se castigara al extranjero deportado que reingresare sin autorización o el extranjero que ingresare al país eludiendo el control migratorio por un lugar no habilitado, sino que también se castigara a quien hiciera ingresar al país por los puestos de migración a personas nacionales o extranjeras con documentos públicos o privados falsos, así como a quienes se dedicaran al tráfico de personas indocumentadas al margen de los puestos migratorios fronterizos o de ingreso al territorio nacional, la pena se agravaba en caso de que la persona que cometiera el delito fuera un funcionario público actuando en ocasión de sus funciones. La pena mayor se iba a imponer a la persona que ayudara a evadir el control migratorio a otra persona que fuere un prófugo de la justicia nacional o internacional, un deudor alimentario o poseyere impedimento o restricción de salida del país por orden dictada por autoridad nacional competente. Este proyecto de ley incluía tres transitorios. El proyecto de ley de cita, siguiendo el procedimiento correspondiente a nivel legislativo fue puesto en conocimiento de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, para su respectivo estudio e informe y dicho departamento generó un “Informe Jurídico” en el mes de abril del dos mil cuatro indicando que el 9 de marzo de 2004, se dictaminó afirmativamente el expediente N° 14.269, que consistía en una nueva Ley General de Migración y Extranjería, la cual tanto el texto base como el dictamen, incluiría una sanción penal para quienes se dediquen al tráfico ilegal de personas, además se dijo en referencia a los delitos nuevos que se estaban incluyendo, que llamaba la atención

que en el artículo 88 bis únicamente se sancionara a quien hiciera ingresar al país a alguien con documentos falsos, pero perfectamente podría darse el caso contrario, esto es, que le ayudara a salir por los puestos migratorios, pero con documentos falsos; indicaron en relación con el artículo 88 ter, que existía cierta similitud con el artículo 274 del Código Penal que se reforma, consideraron que tanto en el artículo del código que se pensaba modificar como en ese artículo nuevo se estaba regulando lo mismo, después del análisis respectivo y por la falta de los votos para aprobar el proyecto de ley, el mismo quedó simplemente en proyecto y no se convirtió en ley, por lo que la figura del Tráfico de Ilícito de Personas, carecía de regulación hasta ese momento.

2- *Proyecto de ley denominado “Ley para combatir el tráfico de personas”*, al cual se le asignó el expediente legislativo número 15592, presentado ante la Asamblea Legislativa por varios diputados el 10 de mayo febrero del 2004. El texto del proyecto constaba de treinta y seis artículos, divididos en seis capítulos, el primer capítulo incluía las definiciones más importantes, el segundo capítulo los delitos penales y las disposiciones conexas, el capítulo tercero hablaba sobre la asistencia y la protección a las víctimas, el cuarto hablaba sobre al uso indebido del transporte comercial, el quinto capítulo hablaba sobre la prevención del tráfico de personas y el último hablaba sobre seguridad y control de documentos. El proyecto de ley de cita, siguiendo el procedimiento correspondiente a nivel legislativo fue puesto en conocimiento de la Comisión permanente de Asuntos Jurídicos, para su

respectivo estudio e informe y dicho departamento generó un “Informe Jurídico” en el mes de octubre del dos mil cuatro, en el cual indicó que: “algunos de los artículos incluidos mencionan aspectos que ya han sido contenidos tanto en leyes nacionales, como en los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país”, “algunas de las normas contempladas responden más a un instrumento de naturaleza reglamentaria que a una ley de la República”, así mismo indicaron que se daba una indefinición del tipo penal (tráfico de personas) en general en cuanto no se establecía el plazo de la pena, en general consideraron que la ley tenía una mala calidad y que eso atentaba contra su debido entendimiento y aplicación correcta por parte del operador jurídico. Este proyecto no se convirtió en ley.

3- *Proyecto de ley denominado “Ley para erradicar el tráfico ilícito de personas o coyotaje”,* al cual se le asignó el expediente legislativo número 15786 presentado ante la Asamblea Legislativa por la diputada Gloria Valerín Rodríguez el 20 de enero del 2005. El texto del proyecto constaba de un único capítulo que contenía diez artículos, en su artículo primero tipificaba el delito de Tráfico ilícito de personas y en los demás artículos hacía mención a cuatro figuras delictivas más, así mismo se establece una norma relativa al decomiso o secuestro de bienes derivados del tráfico ilícito de personas, así como, normas que regulan el tratamiento de extranjeros que hayan ingresado legalmente al país siendo víctima, perjudicado o testigo de estos delitos; además, se regula la responsabilidad de los funcionarios públicos que cometan faltas o

incurran en conductas penales relacionadas con el tráfico de los funcionarios públicos, finalmente el proyecto establecía la declaratoria de interés público la persecución de las conductas y los delitos relacionados con el tráfico ilícito de personas o coyotaje. El proyecto de ley mencionado, siguiendo el procedimiento correspondiente a nivel legislativo fue puesto en conocimiento de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, para su respectivo estudio e informe y dicho departamento generó un "informe jurídico" en el mes de marzo del dos mil seis, en el cual indicó que: " El Proyecto de Ley bajo examen plantea cuestiones político criminales y le da una mayor importancia al problema económico involucrado en la relación contractual que se establece entre el "coyote" y su "cliente". Así se desprende de la "Exposición de Motivos", donde se hace alusión directa a informaciones periodísticas que ponen el acento en la parte negocial de esta actividad criminal. Al mismo tiempo el Proyecto alude a una serie de documentos, convenios y protocolos de carácter internacional relacionados con el tráfico ilícito de migrantes, de donde extrae la necesidad de actividad legislativa para controlar este fenómeno, apuntando hacia la necesidad de proteger la dignidad humana y los principios del Estado de Derecho. La organización de las conductas va desde la tipificación del "coyotaje" mismo, una forma especial de asociación para delinquir cuando el objetivo del grupo sea la comisión de este hecho, así como ciertas formas de fraude con documentos, sobre todo cuando son utilizados para facilitar esta actividad. Sin embargo, también se introduce, sin parecer advertirlo el proyecto, la figura del tráfico de personas para el

comercio de órganos, tejidos y fluidos corporales y para ser sometidas a prácticas sexuales, la servidumbre o esclavitud o, en general, para promover violaciones a los derechos humanos. Esto provoca una variación importante de las líneas político criminales del proyecto y requiere una adecuación para no provocar problemas de interpretación que podrían ser graves a la hora de interpretar y aplicar este texto legal, principalmente en lo que se refiere al bien jurídico tutelado que, en este último caso, si es la vida, la integridad corporal y la dignidad de las personas, o también, incluso, la libertad y autodeterminación de la víctima. Dicho proyecto no se convirtió en ley, ya que no cumplió con los requerimientos respectivos.

- 4- *Proyecto de ley denominado “ Ley de Migración y Extranjería”*, al cual se le asignó el expediente Legislativo 14269, presentado ante la Asamblea Legislativa por varios diputados, el texto del proyecto constaba de quince títulos, divididos en varios capítulos y en 268 artículos. El proyecto de ley de mencionado, siguiendo el procedimiento correspondiente a nivel legislativo fue puesto en conocimiento de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, para su respectivo estudio e informe y dicho departamento generó un “informe jurídico”, a diferencia de los proyectos mencionados anteriormente, el proyecto en comentario, no pretendía ni modificar el Código Penal, ni crear una ley específica que regulara el Tráfico Ilícito de personas, sin embargo por primera vez en un proyecto de ley en el cual se pretendía se regulara todo lo relativo a la migración y la extranjería se incluyó un tipo penal nuevo, que iba a

incluir todo sobre este tipo de delito; específicamente en el título XIV, al cual le pusieron por nombre Delito de Tráfico Ilícito de Personas, el cual constaba de un único capítulo, que incluía la tipificación del delito, constaba de tres artículos, el primero se incluía la tipificación, el segundo hablaba sobre el destino de los bienes muebles e inmuebles que hubieran sido utilizados en la comisión del delito, y el último artículo hablaba sobre las personas extranjeras que hubieran ingresado a suelo costarricense sin cumplir las disposiciones que regulan su ingreso y que se encontraran irregularmente en el país sin documentación o con documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicada o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal o de explotación sexual, estas personas indicaba el artículo podrían ser exentas de responsabilidad , en caso de que cooperaran con los funcionarios policiales competentes, proporcionándoles datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra los autores, el beneficio de la liberarlas de responsabilidad era una facultad de la Dirección General de Migración, de darse el caso, las personas podían ser repatriadas a su país de origen. Este proyecto de ley después del análisis respectivo y de sufrir algunas modificaciones se convirtió en la “Ley de Migración y Extranjería, ley número 8487”, ley que actualmente regula el delito de tráfico de personas, en su capítulo XV, el cual consta de tres artículos, los cuales quedaron exactamente igual a los que contenía el proyecto de ley.

Después del análisis de los proyectos de ley, que pretendían crear el tipo penal del tráfico ilícito de personas, cabe indicar que con la ley 8487, se logró regular esta conducta, pero teniendo poco tiempo de haber entrado en vigencia esta ley se presentó un nuevo proyecto de ley, el cual pretende modificar la actual Ley de Migración, dicho proyecto ya cumplió con todo el procedimiento legislativo y la ratificación respectiva, y se convirtió en la ley número 8764, la cual entra en vigencia a partir de marzo del 2010.

Sección Segunda: Análisis de los dictámenes de la Asamblea Legislativa para la aprobación del proyecto de ley número 15694, que reforma a la ley de Migración y Extranjería, ley número 8487

En aras de modificar la Ley de Migración número 8487, se propuso ante la Asamblea Legislativa el *Proyecto de ley denominado "Ley de Migración y Extranjería"* al cual se le asignó el expediente Legislativo 15694, presentado ante la Asamblea Legislativa por el Poder Ejecutivo, el 21 de marzo del año 2007, fue suscrito por el Presidente de la República, Oscar Arias Sánchez, el Ministro de Gobernación y Policía y Seguridad Ciudadana de entonces, Fernando Berrocal.

Como todo proyecto de ley, este, previo a la mención de los respectivos títulos, capítulos y artículos, se hizo una fundamentación con el fin de justificar que es lo que se pretende alcanzar con el proyecto de ley propuesto y el porqué era necesario la derogación de la Ley de Migración 8487, ley que incluye en su regulación el delito de tráfico ilícito de personas, entre las razones mencionadas tenemos las siguientes:

- Adecuar nuestro marco jurídico institucional a las nuevas fenomenologías migratorias.
- Posibilitar a la ley como instrumento clave para la lucha contra la corrupción, implementando cambios técnicos que faciliten los controles, la agilidad y flexibilidad tramitológica que incentive la regularización y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de la población migrante que habita y pretende habitar en el país.
- Adecuación explícita del texto jurídico de la ley a los compromisos adquiridos por el país en tratados y convenios internacionales principalmente en materia de derechos humanos. Específicamente controles y sanciones en materia de trata y tráfico de personas para fines comerciales y otras formas de explotación, resguardo y protección a personas víctimas de movilizaciones forzosas y que requieren de refugio en nuestro país, homologando el proceder de las autoridades migratorias con la tutela del interés superior del niño, igualdad y equidad entre géneros, edades y procedencias étnicas y sociales.
- Instauración de un nuevo modelo migratorio que legaliza el proceso de integración de la población migrante por medio de cotización a la seguridad social y su participación en obras de bien social a escala comunal. Incentivándose así la transferencia de conocimientos y tecnología que permita el desarrollo social de las comunidades en donde se ubican las personas extranjeras.

- Mejoramiento del control migratorio mediante la tipificación del delito de trata de personas así como sus agravantes en casos de violación de los derechos humanos de las víctimas; y la especial protección de estas. Lo que implica una coordinación y enlace con instancias estratégicas que posibiliten la detención de grupos de crimen organizado que se valen de las vulnerabilidades migratorias para permanecer y operar en el país, lo cual implica en el futuro un riesgo para el desarrollo sociocultural que naturalmente debe tener un país. Asimismo, el fortalecimiento de la Policía de Migración, la cual pasaría a denominarse: Policía Técnica de Migración; y, contaría con una unidad de apoyo profesional que mejorará cualitativamente su accionar de cara a la lucha contra la criminalidad organizada transnacional que opera en materia migratoria.
- Sistema Colegiado de toma de decisiones mediante la constitución legal de la Comisión de Visas para facilitar la transparencia en las decisiones y políticas de carácter migratorio.
- Simplificación de trámites mediante la autonomía funcional administrativa. Posibilitar el desarrollo e implementación de tecnologías que imposibiliten los delitos de corrupción, agilizando y facilitando los trámites, aumentando los controles y mejorando la calidad de los servicios prestados.
- Creación de un estatuto laboral migratorio que mejore las calificaciones del personal y su adaptación al medio migratorio.

- Flexibilidad laboral en pro de las garantías y derechos de la población migrante y la posibilidad de reorientar a la población migrante que labora en el país hacia las necesidades reales que las mismas instancias competentes recomienden para tales efectos.
- Implementación de una nueva figura denominada canon migratorio que permita captar recursos para destinarlos a los servicios sociales en los cuales mayormente impacta la población migrante, lo cual implicaría reforzar el sistema de aporte solidario que opera en el país y que es una muestra distintiva de nuestra institucionalidad.

Después de la fundamentación previa, se entró al artículo del proyecto, el cual constaba de dieciséis títulos, siendo que en el primero de ellos se incluía las disposiciones preliminares para la aplicación de ley, en el segundo título se incluyó todo lo relativo a los principios de la política migratoria, en el tercer título se trató el tema de las autoridades migratorias y su respectiva clasificación, en el cuarto título se habló sobre los derechos, limitaciones y obligaciones de las personas extranjeras, en el quinto título se hizo referencia a el ingreso, egreso y permanencia de las personas extranjeras, en el sexto título se comentó sobre las categorías migratorias, en el séptimo título se hizo referencia a los documentos migratorios, en el título número ocho se comentó sobre los medios de transporte, en el título número nueve se hizo referencia a los patrones y personas que alojen a extranjeros, continuando con la mención de los títulos, en el número diez se mencionó lo relativo a las sanciones las personas extranjeras, así mismo en el título once se habló sobre los procedimientos administrativos, en el título número doce se comentó sobre

las impugnaciones a esos procedimientos administrativos, en el título número trece se habló sobre el pago de derechos y constitución del fondo especial, en el título catorce se habló sobre la junta administrativa de la Dirección General de Migración y Extranjería.

Mención aparte merece el título número quince y el cual es de relevancia para este trabajo, ya que en el proyecto de ley, en este título se menciona lo relativo al delito de Tráfico Ilícito de Personas, está compuesto por un capítulo único, el cual a su vez está dividido en cinco artículos, en el primer artículo se tipifica la figura del tráfico ilícito de personas, en el segundo se habla sobre la disposición de los bienes muebles e inmuebles utilizados en la comisión del delito, en el tercer artículo se hace referencia al delito de trata de personas, en el cuarto artículo que compone a este único capítulo se hace referencia a las medidas de protección y asistencia que se le pueden dar a una persona víctima del delito de trata, finalmente en el quinto artículo se habla sobre el tráfico de influencias en materia migratoria.

Finalmente en el título número dieciséis se hace referencia a las disposiciones complementarias y finales.

Siguiendo el trámite respectivo a nivel legislativo, el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, generó un informe jurídico en agosto del dos mil siete en el cual se señaló lo siguiente sobre el nuevo tipo penal de tráfico ilícito de personas:

ARTICULO 246.- ⁴¹

Con este artículo se inicia la regulación que esta ley contempla sobre el delito de tráfico ilícito de personas. El cuadro comparativo es el siguiente:

LEY N° 8487 VIGENTE	PROYECTO DE LEY
<p>ARTÍCULO 245.-</p> <p>Se le impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien:</p> <p>a) Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos.</p> <p>b) A quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él.</p>	<p>ARTÍCULO 246.-</p> <p>Se le impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien facilite, de cualquier forma, la entrada o salida ilegal del país de una persona extranjera, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio cuando en la comisión de los hechos:</p> <p>a) Contra una persona migrante menor de edad.</p> <p>b) Se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de los</p>

⁴¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Informe Jurídico elaborado por el Depto de Servicios Técnicos, agosto del 2007.

<p>La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delitos.</p>	<p>migrantes afectados.</p> <p>c) Se dé un trato inhumano o degradante a esos migrantes.</p> <p>d) El autor o cómplice sea funcionario público.</p> <p>e) La persona imputada perteneciere a una organización o grupo delictivo organizado involucrado o dedicado a tales actividades. Para efectos de esta Ley, se entenderá por “trato inhumano o degradante” aquel que deliberadamente cause sufrimiento grave, físico o mental.</p>
--	---

Este artículo crea un tipo penal, que aunque no se indica, es el tráfico ilícito de inmigrantes, en el cual para describir la conducta incorpora la frase “con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” y se incluyen más causales para agravar la pena.

Con respecto a la configuración del tipo penal dijeron lo siguiente: “Así las cosas, el tipo penal está bien configurado desde el punto de vista legal y el verbo utilizado “facilite” describe la acción de facilitar por cualquier forma la entrada y salida del país de una persona extranjera con el fin de obtener un

beneficio económico o material. Ello es, este delito se circunscribe al tráfico, de allí que la acción no se enmarca en facilitar la permanencia en el país, situación que sí es propia del delito de trata de personas.

También se hizo mención en el informe sobre las convenciones aprobadas por Costa Rica sobre la materia, al respecto dijeron los siguiente: “Costa Rica ha aprobado varias Convenciones Internacionales que reprimen el tráfico ilícito de migrantes y contienen previsiones para que el Estado introduzca normas punitivas que repriman el trasiego de personas, así están la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Ley N° 8302), el Protocolo sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes (Ley N° 8314) y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Ley N° 8315) que están vigentes y son plenamente aplicables en nuestro país”.

Como parte del trámite a nivel legislativo se le hizo una consulta de Constitucionalidad facultativa a la Sala Constitucional con respecto al delito, sobre el mismo manifestó:

“La vulnerabilidad de la población migrante, las violaciones a sus derechos fundamentales en virtud de tal condición son elementos que se integran en el bien jurídico y que justifican la sanción de los sujetos que se dedican a diversas labores de mediación y promoción que configuran el ciclo del trasiego internacional de seres humanos.” Sala Constitucional, Resolución N° 2005-09618”.

Siguiendo el trámite respectivo a nivel legislativo, este proyecto de ley pasó a la comisión permanente de gobierno y administración, con el fin de que fuera estudiado y se generara el informe respectivo.

Después del estudio respectivo, se generó el dictamen número uno, en la sala de sesiones de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, en San José, a los veinticinco días del mes de noviembre de dos mil ocho, y en concordancia con las consultas obligatorias (que se le hicieron a una serie de instituciones) y recomendadas y las audiencias, se realizó una serie de cambios en la redacción del texto presentado y publicado en La Gaceta N.º 76 de 20 de abril de 2007, las cuales según el criterio de ellos, acercaban más las políticas de desarrollo migratorio a las necesidades del país y de las condiciones en las que los migrantes podrán disfrutar de su permanencia bajo cualquiera de las categorías migratorias propuestas.

Dentro del mismo dictamen se propone un primer texto sustitutivo, el cual se publica en La Gaceta N.º 207 del 27 de octubre del 2007. En este se recopilan una gran cantidad de observaciones señaladas por las diferentes organizaciones e instituciones en el proceso de consultas y audiencias, y se regula en su artículo 251 el delito de Tráfico Ilícito de personas, este primer texto sustitutivo no sufre transformación alguna con respecto al texto del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo en un primer momento, en relación con la regulación que se había establecido sobre la materia.

Al ser publicado se somete nuevamente a consulta el primer texto sustitutivo y en razón de todas las observaciones señaladas en las diferentes consultas, se genera un segundo texto sustitutivo, el 11 de noviembre de 2008,

que fue publicado en La Gaceta 227 de 24 de noviembre de 2008 que presenta algunos cambios, los fundamentales fueron: una reestructuración de los capítulos que se relacionan con la creación de fondos económicos y *también de la eliminación del capítulo que contempla los delitos de trata y tráfico de personas*, dicho texto se envía a las consultas obligatorias, a efecto de concluir el proceso preliminar y someter a discusión por el fondo, el proyecto de ley.

Como resultado de las diversas consultas que se hicieron en relación con este segundo texto sustitutivo, la Corte Suprema de Justicia, hizo la siguiente observación:

“Que había una serie de imprecisiones en el capítulo denominado Delito de Tráfico Ilícito de Personas; observaciones que dijeron en la Asamblea no cabrían en el segundo texto sustitutivo, dado que ya no se contempla ese Capítulo en el mismo”⁴².

Esto quiere decir que en el segundo texto sustitutivo, presentado por el Poder Ejecutivo, se elimina la regulación relativa al Tráfico Ilícito de Personas, dejando sin castigar una conducta que se ha hecho muy frecuente como lo es traficar personas y que es bien sabido, es producto de delincuencia organizada en la mayoría de los casos.

Al ser este texto publicado en La Gaceta 227 de 24 de noviembre de 2008, solamente un texto sustitutivo, se realizan las consultas respectivas, se genera un segundo dictamen, después de que el proyecto fue nuevamente enviado para su trámite legislativo a la Comisión Permanente de Gobierno y

⁴² Mediante oficio N.º 573-08 del 21 de octubre de 2008.

Administración, en la cual en primera instancia se comenta el Informe del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, informe en el que se recomienda el retorno de la figura de la trata y tráfico al proyecto de ley.

Igualmente se presentó la moción número 16594-Moc-137-2, el 17 de marzo del dos mil nueve, con el fin de que al texto se le volviera a incluir el capítulo relativo al tráfico ilícito de personas.

Se incluye nuevamente el capítulo que regulaba el tráfico ilícito de personas, se realizan las consultas respectivas a la Corte Suprema de Justicia, Se recibe respuesta de la Corte Suprema de Justicia, el día 23 de junio de 2009, por medio del Oficio No. SP-229-09 y en la cual se recomienda específicamente tres cambios al texto del proyecto:

1. Reducir el número de personas a dos, en la agravante contenida en el inciso d) del artículo de tipificación del delito de tráfico ilícito de personas.
2. Eliminar o delimitar el artículo que alude a las disposiciones proteccionistas, que recaen sobre las víctimas de tráfico ilícito de personas.
3. Discutir la pertinencia de mantener el artículo que alude al decomiso y comiso de bienes derivados del delito de tráfico ilícito de personas.

En suma, la Corte Suprema de Justicia recomendó realizar algunos ajustes al texto, en primer lugar para que el contemplado en la Ley de Migración y Extranjería no contradiga la “*Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal*” y en segundo para que más bien que con esta legislación se complementara lo ya regulado; ya que mientras el proyecto de la Ley de Migración y Extranjería se discutía en la Asamblea Legislativa, se promulgó esa nueva ley, que vino a modificar lo establecido por el Código Penal en relación con el delito de trata de personas, por lo que la inclusión del mismo delito en el proyecto de ley de la nueva ley de migración, era contraproducente .

Finalmente, se genera un último texto, por medio del cual se subsanan las observaciones hechas por la Corte Suprema de Justicia y se incluye la regulación del Tráfico Ilícito de Personas, del texto original presentado por el Poder Ejecutivo que contenía un capítulo único sobre la materia, que constaba de cinco artículos, se eliminaron cuatro, para quedar ese capítulo solo con un artículo, el cual es la tipificación de delito de tráfico ilícito de personas.

Sección Tercera: Análisis del artículo 249 la Ley de Migración número 8764, que reforma a la Ley de Migración y Extranjería, ley número 8487, en relación con el Tráfico Ilícito de Personas.

Tráfico Ilícito de personas, Concepto, Características, Conductas que integran el tipo en la Nueva Ley de Migración.

El tráfico ilícito de Personas en la Ley de Migración y Extranjería 8487 se encontraba regulado de la siguiente manera:

Artículo 245:

Se le impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien:

- a) Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos.
- b) A quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él.

La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delitos.

El tráfico Ilícito de Personas en la Ley de Migración y Extranjería 8764, se va a regular de la siguiente manera:

ARTÍCULO 249:

Se impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien conduzca o transporte a personas, para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por las autoridades migratorias competentes, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos o alterados. La misma pena se impondrá a quien, en cualquier forma,

promueva, prometa o facilite la obtención de tales documentos falsos o alterados y a quien, con la finalidad de promover el tráfico ilícito de migrantes, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen o permanezcan ilegalmente en el país.

La pena será de tres a ocho años de prisión cuando:

- 1) La persona migrante sea menor de edad.
- 2) Se ponga en peligro la vida o salud del migrante, por las condiciones en que ejecuta el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico o mental.
- 3) El autor o partícipe sea funcionario público.
- 4) El hecho se realice por un grupo organizado de dos o más personas.

Análisis del nuevo tipo, características, conductas que lo integran:

El tipo Objetivo:

Conformado este por elementos subjetivos, normativos y descriptivos, en el caso del delito de Tráfico de personas requiere que el sujeto activo (que en este caso sería el traficante) con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país, o el egreso de este, por lugares no regulados, por las autoridades migratorias competentes, o bien utilizando datos o documentos falsos o alterados. También comete el delito, aquel que con la misma finalidad de tráfico, promueva, prometa o facilite la obtención de tales documentos falsos o alterados, al igual que quien aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen o permanezcan ilegalmente en el país.

Sujeto Activo:

El delito como obra humana siempre tiene un autor, es quien precisamente realiza la acción prohibida y solo puede ser una persona física, se puede decir también que el sujeto activo es la persona (s) que realiza la conducta típica, antijurídica y culpable, podemos decir que en el caso de tráfico de personas, el sujeto activo sería el traficante, el cual puede ser cualquier persona. Sin embargo, siempre que el tipo penal exija, de manera explícita o por su sentido, una condición personal, sea física o jurídica, estamos en presencia de un delito especial, se puede decir que el Tráfico Ilícito de personas es un delito especial Impropio, ya que en este tipo de delito la calidad especial tiene la función únicamente de atenuar o agravar la pena del autor, pero existe una correspondencia fáctica con un delito común, que puede ser cometido por cualquiera que no posea esa calidad, situación que se da en las formas agravadas de comisión del ilícito, ya que se exige que el sujeto activo sea funcionario público o bien el que realice el delito sea un grupo organizado de dos o más personas.

De lo anterior se concluye que el sujeto activo no es por lo tanto la persona que de manera ilegal cruza la frontera, sino la persona u organización criminal que con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país, o el egreso de este, por lugares no regulados, por las autoridades migratorias competentes, con datos o documentos falsos o alterados, o la persona u organización criminal que en cualquier forma, promueva, prometa o facilite la obtención de tales documentos falsos o alterados; con la norma el legislador no pretende castigar a quien cruzó de

manera ilegal la frontera, u obtuvo documentos de una manera no legítima, lo que se pretende es castigar a quien facilitó esas conductas.

Sujeto Pasivo:

Es el destinatario de la protección del bien jurídico, distinta del sujeto pasivo de la acción que es solo la persona sobre la que recae la acción típica pero no necesariamente el destinatario de la protección del bien jurídico.

Distinto a lo que sucede con el sujeto activo, el pasivo puede ser una persona física como jurídica, e incluso el conglomerado social.

El sujeto pasivo es la persona sobre la cual recae la conducta del sujeto activo (traficante), se le denomina normalmente “persona traficada” o “víctima del tráfico”, y sería la persona que generalmente paga para el ingreso, egreso, permanencia de manera ilícita en el país o bien por la obtención de los documentos.

Se puede decir también que el Estado, es ofendido, en virtud de las leyes migratorias que se ven infringidas.

Conducta:

La conducta se da por la realización de los verbos que indica la norma en estudio que son: conducir, transportar, promover, prometer, facilitar, alojar, ocultar, encubrir; como vemos el artículo 249 de la Ley 8764, hace mención a tipos de conductas diversos.

Al ser el tráfico ilícito un delito de mera actividad, este se va a consumir cuando la persona (s) conduzca o transporte a otros con fines de tráfico ilícito,

realizando actos que les faciliten el ingreso o egreso del país, por lugares no habilitados por las autoridades migratorias competentes, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos o alterados.

También comete el delito, quien que con la misma finalidad de tráfico, promueva, prometa o facilite la obtención de tales documentos falsos o alterados.

Además según lo que nos dice dicha norma la conducta ilícita se realiza de igual manera cuando con la finalidad de promover el tráfico ilícito de migrantes, la persona aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresaron o permanezcan ilegalmente en el país.

¿Cuáles son las formas agravadas del tipo penal?

El tipo penal se agrava cuando la persona migrante sea menor de edad, cuando se ponga en peligro la vida o la salud del migrante por las condiciones en que se ejecuta el hecho o bien se le cause grave sufrimiento físico o mental; se agrava también el tipo penal en los casos en los cuales en la realización de la conducta ha participado de cierta forma ya sea como autor, coautor, cómplice, un funcionario público, además el tipo es agravado cuando el hecho fuere realizado por un grupo organizado de dos o más personas.

El modo de comisión del delito:

Entendido este como la forma de llevar a cabo por parte de la persona traficante o coyote la conducta delictiva se da de la siguiente manera:

* Conducir o transportar a otras personas con fines de tráfico ilícito, realizando actos que les faciliten el ingreso o egreso del país, por lugares no habilitados por las autoridades migratorias competentes, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos o alterados.

* Promover, prometer o facilitar la obtención de los documentos falsos o alterados.

* Alojarse, ocultar, encubrir a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él, con la finalidad de promover el tráfico ilícito de migrantes.

Como podemos ver en las tres formas de comisión del delito hay un incumplimiento de los requerimientos de la autoridad migratoria, ya que el primer caso se da un ingreso o egreso por lugares no habilitados por las autoridades migratorias, evadiendo los controles establecidos por las mismas o recurriendo al uso de datos o documentos falsos o alterados, esto nos deja decir que al darse esta situación es porque la persona traficada, no puede de manera propia y adecuada cumplir con los requerimientos establecidos legalmente y ahí es donde entra a actuar el traficante, valiéndose de esta situación para realizar la conducta ilícita. En el segundo caso, la persona que comete el delito le ayuda a la persona traficada para que obtenga los documentos migratorios siendo estos falsos o alterados, por lo que igualmente la persona no cumple con los requerimientos de la autoridad migratoria, en el tercer caso con la finalidad de promover el tráfico ilícito de migrantes se aloja, oculta o encubre a personas que ingresaron o permanecen en el país de manera ilegal, o sea sin cumplir los requerimientos de la ley.

El tipo subjetivo:

Está compuesto por el dolo y la culpa. El dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Es el querer del resultado típico. El conocimiento que presupone este querer es el de los elementos objetivos. De tal manera que en el tipo doloso coinciden lo ocurrido (la realización del tipo objetivo) con lo querido (la realización del tipo subjetivo). Obra con dolo quien sabe lo que hace y quiere lo que hace. El autor tiene que saber para ello que realiza un hecho y que hecho está realizando. Este querer implica un hacer activo, mediante el cual el autor se conforma con la realización del tipo legal o al menos acepta como probable su realización.

En el caso en estudio, podemos decir que nos encontramos frente a un delito doloso que exige en el autor el conocimiento y la voluntad de que la conducta realizada por él, tiene como fin conducir o transportar a personas con fines de tráfico ilícito por lugares no autorizados por la Dirección General de Migración, evadiendo los controles migratorios o utilizando documentos falsos o alterados; así como promover, prometer o facilitar la obtención de dichos documentos falsos o alterados, o alojar, ocultar o encubrir a otras personas a sabiendas de la ilicitud del acto que está cometiendo.

Bien jurídico:

La norma busca proteger dos bienes jurídicos, en primera instancia el interés del Estado de ejercer un control de los movimientos migratorios, para que estos no sean utilizados por grupos de criminalidad organizada, en

segunda instancia se pretende tutelar el respeto de los derechos humano que tiene los ciudadanos extranjeros.

Diferencias entre el tipo penal del tráfico ilícito de personas regulado en la ley 8487 y el que se va a regular en el artículo 249 de la ley 8764.

Con la nueva ley de Migración y Extranjería, ley n° 8764, se introducen algunos cambios a la regulación sobre el tráfico ilícito de personas, que se encuentra regulado por el momento en la ley n° 8487 en su artículo 245, entre las principales cambios tenemos:

En cuanto a la Conducta:

La actual regulación del tráfico ilícito de personas, artículo 245 de la ley 8487 incluye solamente en su conducta típica los verbos rectores incluidos en el inciso primero y segundo de la norma que son: conducir, transportar, alojar, ocultar, encubrir; se cumple la previsión normativa en el tanto el infractor realice alguna de las conductas descritas, ya sea conduciendo o transportando personas con fines de tráfico, para su ingreso o egreso de nuestro país, así mismo se consuma el delito en el caso que una persona aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresaron o permanecen en el país de manera ilegal.

La nueva regulación aparte de las conductas descritas, incluye tres nuevos verbos rectores, que son: Promover, prometer o facilitar. Esto quiere decir que el delito se va a consumir en el caso de que el traficante promueva, prometa o facilite la obtención de los documentos falsos o alterados para que la persona evada los controles migratorios.

Esto quiere decir que el tipo penal abarca más conductas de las que anteriormente estaba abarcando, esto responde a la necesidad de castigar conductas que siempre van a estar detrás de un delito de estos, ya que este tipo de delito generalmente es producto de una serie de conductas que se mueven en cadena, y que las lleva a cargo una organización criminal en la que se va a dar una división de tareas, comúnmente el coyote o traficante, recibe un pago para “ayudar” a entrar o salir a las personas a nuestro país, sin embargo hay otras personas que forman la organización criminal que se encargan de generar los documentos que se le van a dar a la persona que va a ser traficada, documentos que pueden ser falsos o bien estar alterados como lo indica la norma, esto no quiere decir que el mismo coyote no pueda realizar las dos conductas o bien todas las que indica la norma, o sea facilitar el traslado de la persona y proveerle de los documentos, se puede dar el caso, pero al ser este delito producto de delincuencia organizada, en la mayoría de los casos hay una división de las funciones entre las distintas personas que forman parte de dicha organización.

En cuanto a las formas agravadas del tipo penal:

La actual regulación del tráfico ilícito de personas, artículo 245 de la ley 8487 incluye solamente dos circunstancias de agravación que son, en caso de que el autor o cómplice del delito sea un funcionario público, o cuando se utilice menores de edad para cometer este delito. La nueva regulación va a incluir como circunstancias de agravación el hecho de que la persona migrante sea menor de edad, cuando se ponga en peligro la vida o la salud del migrante por las condiciones en que se ejecuta el hecho o bien se le cause grave

sufrimiento físico o mental; además el tipo es agravado cuando el hecho fuere realizado por un grupo organizado de dos o más personas

Se elimina como circunstancia de agravación el hecho de que se utilice un menor para cometer este delito, la nueva norma solo va a castigar el hecho de que la persona migrante sea menor de edad.

En caso de que se dé una de las causales de agravación del tipo la penalidad pasa de dos a seis años, a una penalidad de tres a ocho años.

El modo de comisión del delito:

Con respecto al modo de comisión del delito podemos indicar que en el artículo 245 de la ley n° 8487, se mencionan tres que son los siguientes:

Conducir o transportar a personas para su *ingreso* al país por lugares no habilitados por la Dirección General de Migración evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos.

Conducir o transportar a personas para su *egreso* del país por lugares no habilitados por la Dirección General de Migración evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos.

Y alojar, ocultar, encubrir a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él.

Ventajas y desventajas de la nueva regulación.

Las desventajas que considero tiene el nuevo tipo penal es en primer lugar en relación con la eliminación de una de las agravantes que contenía el tipo penal del artículo 245 de la ley N ° 8487, y es la que hace referencia a cuando se utilice a menores de edad para cometer el delito, esto quiere decir que se desregula esta conducta, la cual podría darse, en virtud de que los coyotes o traficantes con el fin de cuidarse ellos de ir a la cárcel, o evadir de algún modo la justicia, pueden utilizar menores para la realización de la conducta ilícita y en caso de utilizarlos la pena que se impondría no sería la del tipo penal agravado.

En segundo lugar las penas siguen siendo muy bajas, a pesar de que los casos de tráfico de personas son de delincuencia organizada.

En cuanto a las ventajas de la nueva regulación cabe indicar que esta responde a la necesidad de regular del manera más precisa el delito de tráfico ilícito de personas, delito que anteriormente estaba regulado pero de una manera muy escueta, el tipo anterior no era acorde con la realidad social, en la cual el delito iba en aumento y se sabía que era producto de delincuencia organizada, pero igual la norma no hacía referencia a esto.

La nueva norma viene a regular una conducta que la ley N° 8487 en su artículo 245 no regula y que en la mayoría de casos de tráfico ilícito de personas se da, esta conducta es la que realiza la persona que se encarga de promover, o facilitar los documentos migratorios, ya sea dándole a la persona traficada un documento falso o bien uno que se encuentre alterado; la

persona que realiza esta conducta es parte de una red en la cual las funciones están divididas, entonces la reforma en este aspecto es acorde con la realidad, ya que no solamente se va a castigar a quien conduzca o transporte personas para la entrada o salida del país, sino a quien les provea los documentos migratorios o les ayude por decirlo de alguna manera a obtener dichos documentos.

Otro elemento muy importante que viene a regular el artículo 249 de la nueva Ley de Migración, en su inciso segundo, es un caso que se puede dar y es la puesta en peligro de la vida o la salud del migrante en virtud de las condiciones en las que se ejecuta el hecho; considero que este nuevo agravante es muy importante ya que en la mayoría de los casos de tráfico ilícito de personas, las personas que son traficadas se consideran simple mercancía, por lo que son conducidas o transportados en condiciones paupérrimas, muchas veces sufren frío, pasan hambre, se ven expuestos durante horas al sol, son tratados como si fueran animales, muchas veces son transportados de manera hacinada dentro de camiones, con poca circulación del aire, prácticamente como si se tratara de ganado; en Costa Rica se han detenido camiones en los cuales se encontraron nicaragüenses los cuales no podían de ninguna manera satisfacer sus necesidades básicas y esto al traficante no le importa, ya que lo que le interesa es el pago que está de por medio, pero perfectamente una persona puede morir durante el traslado para el ingreso o egreso de nuestro país, cabe mencionar que esta es una situación que se da mucho es los casos de las personas que quieren ingresar a los Estados Unidos y tienen que pasar por el desierto que esté en la frontera con México, muchas

personas pierden la vida durante la travesía porque en dicho lugar las condiciones climáticas son muy difíciles en el día mucho sol y durante la noche mucho frío.

En relación con lo anteriormente mencionado y siguiendo con el comentario del inciso segundo de la norma, esta no sólo regula la puesta en peligro de la vida o la salud del migrante, también va a castigar el hecho de que se le cause al mismo un grave sufrimiento físico o mental, porque bien puede ser que no se ponga en peligro la vida de la persona, pero se puede dar el caso de que se le cause un sufrimiento asociado a otras condiciones, por ejemplo que se dirijan a ellos con un mal vocabulario, que se les desvalorice como persona, que se les trate como mercancía, situación que ya antes había mencionado.

Finalmente, en relación con las ventajas de la nueva ley es muy importante mencionar que con esta norma, se pretende castigar las nuevas formas de cometer delitos, como lo es la delincuencia organizada, que casi siempre se da en los casos de tráfico ilícito de personas. La norma establece que la pena se va a agravar en el caso de que el delito se cometa por un grupo organizado de dos o más personas; a pesar de que existe actualmente una ley contra el crimen organizado, el tipo penal no lo describe esa ley sino la Ley de Migración, por lo que resulta muy acertado que se incluya como agravante, ya que responde a la realidad que se vive todos los días, y se amplía de esta manera el alcance de la norma.

Con respecto a la reforma:

Considero que la reforma del artículo 245 de la ley N° 8487, es necesaria, ya que después de analizadas las ventajas y desventajas del tipo penal nuevo, se puede ver como este es más acorde con la realidad, y castiga y persigue adecuadamente todas las conductas que puede llevar consigo el delito de tráfico ilícito de personas, además es importante mencionar que el tipo penal anterior del artículo 245, era muy escueto, más bien el nuevo se amplía y es más estructurado, se incluyen nuevas y certeras agravantes, ya que se busca perseguir adecuadamente el delito.

CAPÍTULO CUARTO: El delito del Tráfico Ilícito de Personas en la legislación española y su tratamiento en la jurisprudencia costarricense

Sección Primera: El delito de tráfico de personas en el Código Penal Español

España, que todavía vivía la emigración europea de retorno a principios de los ochenta, se ha convertido en un destino preferente para la inmigración procedente sobre todo de África e Iberoamérica y en los últimos años de países del Este europeo, tanto como destino definitivo, que como puerta de entrada y lugar de paso hacia el resto de la Comunidad. A pesar de su pequeño volumen comparativo, se ha vivido de forma muy acelerada y con el drama añadido de las muertes en el Estrecho de Gibraltar y otros lugares, lo que ha hecho del fenómeno uno de los mayores problemas y desafíos. Desde entonces las medidas policiales que se han venido tomando, los procesos de regularización, las diferentes “leyes de extranjería”, se han convertido progresivamente en algunos de los temas más debatidos y polémicos para la sociedad española.

En España, el fenómeno de la inmigración irregular es también relativamente nuevo y la respuesta que el Estado ha venido dando a tal fenómeno ha estado acompañada en los últimos años de continuas reformas legales. La primera “ley de extranjería”, del año 1985, que aparecía como un texto orientado en forma prioritaria a la mera ordenación administrativa de los requisitos de entrada y estancia en España, fue derogada por la ley del año 2000 y posteriormente reformada, al igual que los correspondientes

Reglamentos. Son normas, en el ámbito administrativo que regulan la entrada y la permanencia de extranjeros en España. Simultáneamente, se empiezan a introducir en el Código Penal delitos relacionados con la inmigración irregular; normativa que también ha ido modificándose en estos últimos años.

El Código Penal Español y el Tráfico Ilícito de Personas

La primera vez que se contempla en el Código Penal español una conducta de tráfico ilícito de personas fue con la introducción del artículo 499 bis por la Ley número 44 de 1971, en un nuevo capítulo denominado “delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo”, en el que se castigaba “al que traficara de cualquier manera ilegal con la mano de obra o interviniera en migraciones fraudulentas”⁴³.

El Código Penal de 1995 incluyó el delito de tráfico ilegal de mano de obra (artículo 312) y el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina a España (artículo 313.1).

Con la Ley Orgánica número 4 del 2000, de Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se introdujo un nuevo título en el Código Penal, el XV bis: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en el que, a través del artículo 318 bis se castigaba el tráfico ilegal de personas con carácter general y se elevaban las penas.

⁴³ Asociación Algeciras Acoge (2010). ≤ <http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod2/trafico.pdf>.

[Consulta:7 enero. 2010].

Este artículo 318 bis, planteó desde su nacimiento una serie de cuestiones derivadas de su falta de coordinación sistemática con las infracciones administrativas contenidas en la ley de extranjería.

A pesar de que resultó extraño la introducción de este título a través de un procedimiento tan anómalo como lo es una disposición adicional de una ley básicamente administrativa, fue necesario, ya que a pesar de que el Código Penal de 1995, tenía poco de aprobado y que en su artículo 312 sancionó el tráfico ilegal de mano de obra y en el 313 la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España, no se regulaba ciertos supuestos, como por ejemplo, los casos en que se traficaba ilegalmente con personas que, por su edad u otras circunstancias, no pretendían necesariamente trabajar en España, o no se podía acreditar que eran trabajadores.

Con la introducción de ese título, al mismo tiempo se modificó, agravando la penalidad, el delito de tráfico ilegal de mano de obra del artículo 312 del Código Penal.

La ley anteriormente mencionada, fue posteriormente reformada por la Ley Orgánica número 8 del 2000, del 22 de diciembre, al haberse detectado “durante su vigencia aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma”.⁴⁴

⁴⁴ Asociación Algeciras Acoge (2010). ≤ <http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod2/trafico.pdf>.

[Consulta:7 enero. 2010].

La siguiente reforma que sufrió el tipo penal de tráfico ilegal de personas en la legislación española fue la introducida por la Ley Orgánica número 11 del 2003 de "Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros", que modifica el artículo 318 bis del Código Penal; como justificación de la modificación destaca la necesidad de reformar la respuesta penal frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos, por lo que la modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal tiene como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país, con esta reforma se elevaron de forma importante las penas. La mencionada reforma entró a regir en los últimos meses del año 2003.

El nuevo texto contenía un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas con independencia de que sean o no trabajadores sea castigado con prisión de cuatro a ocho años. Y en aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan las penas cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, a la víctima sea menor de edad o incapaz.

Nuevamente, se introduce una modificación en el texto del precepto a través de la Ley Orgánica N° 13 del 2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, como señala en su exposición de motivos, se trata de que la descripción del tipo penal no quede restringida a los supuestos en que el tráfico

ilegal o la inmigración clandestina se lleve a cabo desde, en tránsito o con destino a España; serán también delictivos si se realizan con destino a otro país de la Unión Europea.

De modo que existe ya un corpus iuris jurídico-penal relevante en España, en materia de extranjería con el fin de regular una situación que se estaba saliendo de las manos para las autoridades españolas, como es el tráfico ilegal de personas, ya que anteriormente solo estaba regulado el tráfico de personas para fines laborales, razón por la cual el supuesto señalado por el artículo 318 bis del Código Penal, fue evolucionando para dar respuesta a la que pasaba en la realidad social, motivos que llevaron al legislador a la constante modificación del artículo mencionado.

Análisis del art 318 bis del Código Penal Español

Texto legal:

Artículo 318 bis del Código Penal:

- 1- El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

- 2- Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión.

- 3- Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima mayor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior
- 4- En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, a gente de ésta o funcionario público.
- 5- Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas e los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicara la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

6- Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por este, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

La conducta típica que se castiga es la de promover, favorecer o facilitar, de modo directo o indirecto, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España o a otro país de la Unión Europea. Aquí no se exige el componente del ánimo de lucro. El tipo base es el señalado por el inciso primero del artículo 318 bis del Código Penal.

Para la consumación no se requiere que la víctima haya entrado, salido o transitado por territorio español: basta con la conducta de promoción, favorecimiento o facilitación.

En cuanto al sujeto pasivo, sólo pueden serlo ciudadanos extranjeros.

El art 318 tipifica un delito de mera actividad. Aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica. De modo que, aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante al existencia de un solo delito.

En relación con el bien jurídico protegido no hay unanimidad en la doctrina. Algunos autores sostienen que se busca la protección genérica de los derechos y libertades fundamentales del extranjero, a lo que se objeta que muchos de estos derechos (derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, etc.) ya se encuentran protegidos a través de los tipos comunes de los delitos contra las personas del Código Penal, que se aplican sin discriminación

por razón de la nacionalidad de la víctima. Otros opinan que se tutela la política migratoria del Estado, se defiende un interés estatal, como es la protección de los flujos migratorios.

Por su parte, la jurisprudencia española ha manifestado que el art 318 bis está especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. De esta manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios ya defendido mediante la acción administrativa solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se vean seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo al menos ante un riesgo de concreción altamente probable.

“La conducta típica enumera dos modalidades de conducta: el tráfico ilegal y la inmigración clandestina. La Fiscalía General del Estado Español ha considerado que, siguiendo la nomenclatura que inspira los instrumentos de Naciones Unidas sobre la materia, los tipos del art 318 bis abarcan dos comportamientos de muy distinta gravedad: el denominado tráfico ilícito de emigrantes, consistente en la facilitación de la entrada, tránsito o permanencia ilegal de personas en un país y la trata de personas o tráfico dirigido a la explotación del emigrante utilizando medios como la coacción, la amenaza o el abuso de situación de necesidad, o bien recayendo sobre menores de 18 años, aun sin utilizar los medios anteriores.”⁴⁵

⁴⁵ Virginia Mayordomo Rodrigo. El delito de Tráfico Ilegal e inmigración clandestina de personas, 1ª Edición, 2008, España. Pág 101

Esta regulación es el resultado de la confusión producida entre dos figuras de naturaleza tan distinta como son el tráfico de personas y la inmigración ilegal. Es necesario insistir que mientras que la primera está pensada para proteger a los ciudadanos extranjeros, la segunda sirve sobre todo para reforzar las normas que limitan el derecho de estos a entrar y a residir en España o en cualquier país de la Unión Europea.⁴⁶

Inmigración Clandestina:

A la vista de los términos utilizados en el art 318 bis y dado que no son los mismos que los plasmados en los diferentes textos internacionales analizados, hay que diferenciar en primer lugar entre inmigración ilegal e inmigración clandestina. Conforme a una interpretación gramatical o literal, clandestino es sinónimo de "secreto, oculto. Aplícase generalmente a lo que se hace o se dice secretamente por temer a la ley o para eludirla", supone hacer algo "ocultándose de las autoridades". E ilegal se define como lo que es contrario a la ley. (pag 103)

En cuanto a la jurisprudencia sobre qué debe entenderse por inmigración clandestina ha dicho lo siguiente:

Así en, Sentencia del Tribunal Supremo Español número 2205/2002, de 30 de enero del 2003⁴⁷, se considera como tal aquella que se lleva a cabo al margen de la normativa administrativa que regula la entrada de extranjeros en España.

⁴⁶Ibidem.

⁴⁷ Sentencia 2205/2002 del Tribunal Supremo Español.

En Sentencia 739/2003 del Tribunal Supremo Español, de 14 de mayo de 2003⁴⁸, se indicó que inmigración clandestina será: el “facilitar la llegada al territorio español de una persona de modo secreto, oculto, subrepticio o ilegal”, abarcando este comportamiento punible al “hecho mismo del transporte, su organización o incluso la posterior acogida en España en connivencia con quienes participaron o prepararon el viaje correspondiente”.

El pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el día 13 de julio de 2005, se tomó el acuerdo de considerar constitutivo del delito de inmigración clandestina el hecho de entrar en España bajo la condición de turista con el propósito de permanecer ahí trabajando, tratándose de personas que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España.

Virginia Mayordomo Rodrigo se inclina a considerar como inmigración ilegal aquella que se realiza sin subterfugios, a la vista, sin documentos. E inmigración clandestina, la que se lleva a cabo tratando de burlar los controles de las autoridades, dando lugar en aquellos que la favorecen a una infracción penal.⁴⁹

Tráfico Ilegal:

Antes de examinar los diversos significados del término tráfico lo que resulta menor controvertido es su condición de ilegal; debe producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la

⁴⁸ Sentencia 739/2003 el Tribunal Supremo Español.

⁴⁹ Virginia Mayordomo Rodrigo. El delito de Tráfico Ilegal e inmigración clandestina de personas, 1ª Edición, 2008, España Pág 107

utilización de fórmulas autorizadores de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia , burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones.⁵⁰

En cuanto al término tráfico, la mayoría de los textos internacionales para luchar contra la trata de personas o los traslados poblacionales ilegales no lo utilizan, siendo más habitual la referencia a la trata de personas o de seres humanos como concepto contrapuesto al de inmigración ilegal o clandestina. Así pues, su precisión a efectos interpretativos del art 318 bis no es sencilla debido a los diversos sentidos que el término tráfico puede llegar a abarcar en su utilización jurídica. Se considera traficar el “comercio realizado irregularmente” “hacer indebidamente negocio de cierta cosa”⁵¹ dedicarse una persona al comercio o a los negocios, en especial, de forma ilegal o clandestina”⁵²

Y trata viene de trabajar, comerciar, supone “tráfico o comercio con seres humanos”⁵³. Una de sus acepciones, trata de blancas significa “tráfico de mujeres a las que se dedica a las prostitución”.

⁵⁰ Virginia Mayordomo Rodrigo. El delito de Tráfico Ilegal e inmigración clandestina de personas, 1ª Edición, 2008, España pág. 108

⁵¹ María Moliner, Diccionario del uso del español, Madrid, 1998, p 1277. Citado por Virginia Mayordomo Rodrigo. El delito de Tráfico Ilegal e inmigración clandestina de personas, 1ª Edición, 2008, España pág. 109

⁵² Larousse, Gran Diccionario de la Lengua Española, Barcelona, 1196, p. 1736. Citado por Virginia Mayordomo Rodrigo. El delito de Tráfico Ilegal e inmigración clandestina de personas, 1ª Edición, 2008, España pág. 109

⁵³ *Ibidem*, pág 109

En cuanto a lo que la jurisprudencia Española considera como *tráfico ilegal*, ha sido reiteradamente citada la Sentencia del Tribunal Supremo Español número 147, del 15 de febrero del 2005. La audiencia de instancia había calificado el hecho como constitutivo de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el art 318 bis CP, aplicándole el tipo básico, atenuado por el apartado 6. Se trataba de un policía municipal que pretendió introducir ilegalmente en España a un ciudadano extranjero indocumentado, sin que conste que percibiera a cambio una cantidad de dinero.⁵⁴

Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo consideró que el sentido del precepto va encaminado a castigar a quienes de una manera, más o menos subrepticia o tratando de burlar los controles legales, introducen en España a una persona con la que realizan un acto de tráfico. Traficar equivale a comerciar, aprovecharse u obtener un lucro de esta actividad que puede ser simplemente transitoria, ocasional o permanente

Puesto que en art 318 bis también se hace referencia a la conducta que consiste en llevar a cabo tráfico ilegal, debe establecerse una distinción entre este comportamiento y la trata. Entendiendo que traficar equivale a comerciar de manera ilegal, aprovecharse, obtener un lucro de manera ilícita para uno mismo o para un tercero. En el contexto de este precepto se hace referencia al acto de trasladar personas de un lugar a otro con el consiguiente incumplimiento de la normativa sobre entrada y permanencia en territorio español de inmigrantes; lleva implícito un componente transnacional.

⁵⁴ Sentencia 147/2005 del Tribunal Supremo Español.

Considera la Licda Virginia Mayodormo Rodrigo que la trata de personas constituye una categoría del tráfico humano donde son degradados los seres humanos a la condición de objeto. Se negocian en cadenas mercantiles, se trasladan dentro o fuera del país, y luego en el lugar de destino, son sometidas a algún tipo de explotación que conlleve un atentado también a su dignidad. Es sinónimo de esclavitud y no es imprescindible el componente transnacional.

Este acto constituye un delito de consumación anticipada en la medida en que el momento de perfección del ilícito se adelanta al instante mismo de la iniciación del tráfico ilegal. Se trata también de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal con independencia del resultado conseguido.

Como se aprecia el delito de tráfico ilegal es distinguido de la inmigración clandestina, más que toda vía jurisprudencial, a pesar de dicha distinción, ambas conductas se sancionan conforme al mismo tipo penal.

Agravación por el propósito de explotación sexual

En la legislación española, no se encuentra regulada la conducta de “trata de personas” como un delito independiente del “tráfico de personas”, de allí que en la regulación de este último, se entremezclen conductas de uno y

otro tipo de delito, por lo que se puede decir que en dicha legislación están equiparadas ambos conceptos.⁵⁵

Como lo podemos ver en la norma en su inciso 2 que dice. "Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigadas con la pena de 5 a 10 años de prisión".

En cuanto a la realidad específica de mujeres traficadas con fines de explotación sexual, se trata de mujeres que han sido reclutadas en sus países de origen por organizaciones criminales; los intermediarios las atraen prometiéndoles importantes ganancias por trabajos que raramente tiene que ver con la prostitución. Cuando acceden a las propuestas de sus captores, estos les proporcionan billete de avión, a veces pasaporte o visado y una determinada cantidad de dinero para acreditar su condición de turistas. Una vez que llegan al aeropuerto, se ven privadas de ese dinero, se les retiene el pasaporte y se les conmina al pago de desorbitadas sumas, obligándoles, para saldar la deuda contraída, al ejercicio forzado de la prostitución bajo un régimen normalmente inhumano y degradante, es decir, encerradas o controladas en todos sus movimientos, amenazadas en sus personas y las de sus familias y golpeadas, como ya se había mencionado en el primer capítulo sección segunda.

⁵⁵ El Delito de Tráfico e Inmigrantes/ Rafael Gullock Vargas- 1ª ed.- San José, CR: Editorial Jurídica Continental,2008. Pág 39.

Lo que se describe afecta a diversos bienes jurídicos esenciales: la libertad sexual por la práctica forzada de la prostitución a que se ven sometidas las víctimas de estos hechos, la libertad de formación de voluntad a través de las amenazas que reciben, la libertad ambulatoria o el secuestro. La integridad física por el maltrato de que son objeto e incluso el patrimonio si se valora como estafa el abusivo desembolso de dinero que deben realizar para saldar la deuda que les fija la organización.

En España, en cuanto a la normativa contra la explotación sexual, antes de la reforma del Código Penal de 1995, estaba tipificado el proxenetismo, el rufianismo y la tercería locativa (alquiler de habitaciones). Esta reforma contribuyó notablemente al desarrollo de la industria de sexo en España, principalmente con la incorporación de los inmigrantes. Los grupos criminales organizados supieron aprovechar esta reforma en la que se despenalizaron conductas favorecedoras de la prostitución que antes eran perseguibles, comenzando a desarrollarse de forma explosiva una industria alrededor del sexo.

En cuanto al tipo objetivo contenido en el apartado 2º del art 318 bis CP, la Sentencia 651/2006 del Tribunal Supremo Español, señala que, “hay que partir de que por explotación sexual deben entenderse abarcados además del ejercicio de prostitución, otros empleos de inmigrantes para fines de naturaleza sexual.”⁵⁶

⁵⁶ Sentencia 651/2006 del Tribunal Supremo Español.

El tipo se amplía, pues ya no se exige que la explotación se cometa mediante violencia, intimidación, o engaño, o abusando de una situación de necesidad o superioridad o vulnerabilidad de la víctima.

El tipo subjetivo incorpora como elemento la finalidad de explotación sexual por el propio sujeto activo o de un tercero.

También le son aplicables al tráfico con fines sexuales los subtipos de los apartados 3º,4º y 5º del art 318 bis. Debe, no obstante, excluirse la grabación con base en el ánimo de lucro, pues el mismo es inherente a la finalidad de este tráfico, con reflejo en la referencia al término explotar.⁵⁷

Es de resaltar que sólo podrán ser sujetos pasivos del delito tipificado en el art 318 bis los extranjeros, con exclusión de los ciudadanos de la Unión Europea y países asimilados. Para los demás casos, será de aplicación el art 188.1 CP.

Relación entre el art 318 bis y el art 313.1 CP Español

Ante la inexistencia de una protección de toda persona extranjera con independencia de su relación con el mercado de trabajo o la prostitución, se creó el tipo penal del artículo 318 bis, ya que el art 188.2 del Código Penal protegía a las personas traficadas con fines de explotación sexual, y el 313.1 al trabajador extranjero. Sin embargo, algunas de las conductas reguladas en el art 318 bis eran punibles por otra vía, lo que ha ido generando problemas

⁵⁷ Fiscalía General del Estado, Circular 2/2006..., p.34, citado por Virginia Mayordomo Rodrigo. El delito de Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas, 1ª Edición, 2008, España pág 143

concursoales difíciles de resolver⁵⁸, como ha sucedido con alguno de los tipos contenidos en el título XV del Código Penal, relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Se han ocasionado solapamientos de comportamientos delictivos previstos en el art 318 bis con el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España, contenido en el art 313.1CP.

En resumen podemos decir que en España, el tipo penal del delito de Tráfico Ilegal e inmigración clandestina de personas, ha sufrido a través del tiempo una serie de reformas, con el fin de responder a la realidad social que en dicho país se estaba dando, sin embargo a pesar de las diversas modificaciones que se le han hecho, todavía no es lo suficientemente claro y preciso, ya que dentro del mismo tipo se regula la trata de personas, conducta completamente diferente, la cual está definida por Protocolos y Convenciones a Nivel Internacional, que podrían eventualmente ser tomados como base con el fin de regular la trata en un tipo penal aparte del tráfico ilegal y la inmigración clandestina, para que deje de ser solo un agravante de este tipo y se persiga adecuadamente la conducta.

Sección Segunda: Análisis de la jurisprudencia costarricense en relación con el Tráfico Ilícito de Personas.

En este aparte se estudiará lo concerniente al tratamiento que otorga la jurisprudencia costarricense, particularmente la de la Sala Tercera, en cuanto

⁵⁸ Vid. Rodríguez Montañes, T., op.cit., pp. 17-37, citado por Virginia Mayordomo Rodrigo. El delito de Tráfico Ilegal e inmigración clandestina de personas, 1ª Edición, 2008, España pág 200

al delito de tráfico ilícito de personas, cuyo tipo penal se encuentra regulado en la Ley de Migración y Extranjería.

Con respecto a la jurisprudencia, la Sala ha resuelto varios recursos de casación, en relación con el delito que estamos estudiando.

En una resolución del veintidós de abril de dos mil ocho, del Tribunal Penal de Juicio del segundo Circuito Judicial de Alajuela, se absolvió a los sentenciados R, F. y A. por el delito de infracción a la ley de migración en su modalidad de tráfico ilícito de personas cometido en perjuicio del Estado, en virtud de que los juzgadores consideraron, en una posición mayoritaria, que *la acción es atípica* al haberse demostrado que las personas habían ingresado horas antes a Costa Rica y fue con posterioridad que los acusados los recogieron para su transporte. Esto en el Centro del poblado de Isla Chica, a dos kilómetros de la frontera con Nicaragua. Por lo que la conducta no es la que describe el tipo penal, que señala que el transporte se da par el ingreso o egreso del país, ya que este se dio horas después del ingreso de los sujetos a territorio nacional.

El representante del Ministerio Público presenta recurso de casación, ya que considera se dio una errónea interpretación y aplicación del artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería, indicando además que el Tribunal tuvo por ciertos los hechos pero interpretó erróneamente el tipo penal aplicable y le otorgó dimensiones más allá de su propia literalidad y de la interpretación restrictiva que exige nuestro ordenamiento jurídico. Para el recurrente, interpretar que el tipo penal se verifica en el instante mismo en que se cruza la

línea fronteriza nos llevaría al sin sentido de establecer que la ley penal reprime una conducta que territorialmente no estaríamos facultados a sancionar, por cuanto se sancionaría a un sujeto por hechos acaecidos en Nicaragua. Según el Tribunal, de previo al ingreso, debe existir una acción de conducir o transportar.

La Sala acogió parcialmente el recurso presentado por el Ministerio Público y al respecto la Sala dijo lo siguiente:

“El Tribunal sentenciador, en una posición mayoritaria, entendió que la acción es atípica al haberse demostrado que las personas habían ingresado horas antes a Costa Rica y fue con posterioridad que los acusados los recogieron para su transporte. Esto en el Centro del poblado de Isla Chica, a dos kilómetros de la frontera con Nicaragua (folio 131 a 133). Sin embargo, se trata de un razonamiento errado puesto que la acción de ingresar, según lo expuesto, no cesa hasta que se hayan pasado todos los puestos policiales o retenes, en la medida en que, en cualquiera de estos, puede prohibirse continuar con el acceso, como finalmente ocurrió en este caso. En lo que no lleva razón el quejoso es cuanto a que los Juzgadores debieron aplicar, entonces, el inciso 2) del artículo 245 de repetida cita, puesto que, si bien, la acción de transportar, con ánimo de lucro, personas inmigrantes que se encuentran al margen de la ley, podría significar su encubrimiento, cualquier interpretación resulta innecesaria pues se trata de una conducta prohibida expresamente por ordenamiento jurídico. Sobre el tema, esta Sala ha tenido la

oportunidad de pronunciarse, en la resolución 2008-00115, de las 9:45 horas de 15 de febrero de 2008, y, según la cual, a efectos de definir el concepto tráfico ilegal de personas, dada la ausencia en la normativa interna, debe acudir al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado mediante Ley número 8314 de 8 de marzo de 2002 ratificado por la República de Costa Rica mediante Decreto Ejecutivo N° 31298 de 14 de julio de 2003, publicado en La Gaceta N° 163 de 26 de agosto de 2003. Así, en el artículo 3 del Protocolo de cita, se define tráfico ilícito de personas, como “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 y otro beneficio de orden material”. Se estableció que, en este tipo de supuestos, nos encontramos ante un delito que habitualmente se ejecuta con la concurrencia de varios sujetos, destacados en diferentes territorios, quienes procuran el paso fronterizo de personas, obviando los trámites migratorios del país de destino, es decir, se trata de delincuencia transnacional organizada. De ahí que no sea extraño que exista una concurrencia de voluntades, que aunque sin previo aviso, se presenten en forma sucesiva para asegurar la consecución del resultado antijurídico y, entonces, que la consumación del ilícito en cuestión dependa de que se burlen además los retenes y

controles de la policía administrativa, ubicados cercanos a la zona fronteriza, y destacados precisamente para vigilar el paso de personas y detectar aquellas que incumplen con los trámites migratorios correspondientes. Por lo demás, en lo que atañe a la distinción entre los ilícitos que nos ocupa, se entendió que existe una diferencia respecto a las conductas que se sancionan, de tiempo y espacio. El primer apartado del artículo 245 de repetida cita sanciona a quien, con fines de tráfico ilícito de personas, conduzcan o transporte para su ingreso o egreso del país a personas ilegales, es decir, la acción del agente se dirige a pasar de un país a otro, a personas con la finalidad de facilitarle la entrada o salida de ese lugar, en forma ilegal. Sin embargo, en el segundo inciso o apartado del mismo artículo, existe una modificación en la conducta y el estado de la persona inmigrante, pues, sanciona a quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte, encubra o mantenga, a personas extranjeras, que ingresen al país, es decir, no vincula al sujeto activo con la acción de ingresar al extranjero, haciendo más bien alusión, a aquellas personas extranjeras que ingresen al país, y el agente activo proporcione alojamiento, oculte o encubra, a efectos de su ingreso o permanencia en forma ilegal al país. Otro elemento que permite considerar con mayor claridad la diferencia entre las dos conductas descritas, es que en el primer inciso, se sanciona, tanto la acción del ingreso como del egreso, en forma ilegal de inmigrantes, en ambos casos el agente activo desde este territorio, facilita el paso por la frontera, ya sea para entrar o

salir del territorio. Pero, en el segundo inciso, sólo se sanciona, el alojamiento, ocultamiento, encubrimiento o permanencia, de extranjeros que ingresen o permanezcan ilegalmente en él, eliminando la sanción para el caso del egreso, ya que se carecería de competencia para conocer hechos ejecutados en otro país, toda vez que el extranjero se sitúa ya en otro territorio. Esta distinción, hace una diferencia en el tiempo y el espacio, respecto a la persecución penal. Por otra parte, la finalidad del agente debe ser intrínseca a la conducta. Esta posición mantiene plena vigencia en todos sus alcances⁵⁹.” (el subrayado no es del original)

Igualmente en la sentencia N° 127-07, dictada a las dieciséis horas del dieciséis de agosto de dos mil siete, el Tribunal Penal de Juicio de Guanacaste, Sede Liberia, se indicó que la conducta del imputado era *atípica*, razón por la cual lo absolvieron, a pesar de que si encuadraba en los supuestos establecidos en el artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería n° 8487.

En dicho caso se discutió el hecho de que el imputado alojó a extranjeros indocumentados y les cobró dinero por transportarlos de manera ilegal en la provincia de Guanacaste, dichos extranjeros ilegales ingresaron al país con la ayuda de otro sujeto que no era el acusado del caso, con el cual tuvieron contacto hasta que estuvieron en territorio costarricense y el mismo se comprometió a transportarlos hasta Liberia; a pesar de los hechos el tribunal

⁵⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 471-2009 de las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de marzo del dos mil nueve.

consideró que la conducta era atípica, ya que el encartado no tenía la finalidad de facilitar el ingreso de los inmigrantes al país.

Ante lo resuelto por el tribunal y en vista de que el imputado fue absuelto el representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación, alegando falta de aplicación del inciso b) del artículo 245 de la Ley de Migración, considera que se dio una valoración errónea de los juzgadores.

Al respecto la Sala resolvió lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un delito que habitualmente se ejecuta con la concurrencia de varios sujetos, destacados en diferentes territorios, quienes procuran el paso fronterizo de personas, obviando los trámites migratorios del país de destino, es decir, se trata de delincuencia transnacional organizada. En este orden de ideas, no es extraño que exista una concurrencia de voluntades, que aunque sin previo aviso, se presenten en forma sucesiva para asegurar la consecución del resultado antijurídico. De esta manera, debe considerarse que la consumación por parte de los inmigrantes ilegales de la entrada al país en forma irregular, dependía de que burlaran además los retenes y controles de la policía administrativa, ubicados cercanos a la zona fronteriza, y destacados precisamente para vigilar el paso de personas y detectar aquellas que incumplen con los trámites migratorios correspondientes”.

“Recapitulando, según tiene acreditado el Tribunal, el imputado alojó en su casa a los extranjeros que permanecían en el país en forma ilegal, les cobró una suma de dinero para trasladarlos a Liberia, no obstante, consideran que ese hecho no es delito, por cuanto no tiene la finalidad de facilitar el ingreso de inmigrantes al país. Sin embargo, retomando lo descrito por el inciso a) y el b) del numeral 245 de la Ley de Migración y Extranjería, se deduce que existe una diferencia respecto a las conductas que se sancionan, de tiempo y espacio. En el primer apartado, sanciona a quien, con fines de tráfico ilícito de personas, las conduzcan o transporte para su ingreso o egreso del país, es decir, la acción del agente se dirige a pasar de un país a otro, a personas con la finalidad de facilitarle la entrada o salida de ese lugar, en forma ilegal. Sin embargo, notamos que en el segundo inciso, existe una modificación en la conducta y el estado de la persona inmigrante, pues, sanciona a quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte, encubra o mantenga, a personas extranjeras, que ingresen al país, es decir, no vincula al sujeto activo con la acción de ingresar al extranjero, haciendo más bien alusión, a aquellas personas extranjeras que ingresen al país, y el agente activo proporcione alojamiento, oculte o encubra, a efectos de su ingreso o permanencia en forma ilegal al país. Es claro, como lo indica el Tribunal de juicio, que todas las conductas deben tener un fin, el tráfico ilícito de personas. Otro elemento que permite considerar con mayor claridad la diferencia entre las dos conductas descritas, es que en el primer inciso, se

sanciona, tanto la acción del ingreso como del egreso, en forma ilegal de inmigrantes, en ambos casos el agente activo desde este territorio, facilita el paso por la frontera, ya sea para entrar o salir del territorio. Pero, en el segundo inciso, sólo se sanciona, el alojamiento, ocultamiento, encubrimiento o permanencia, de extranjeros que ingresen o permanezcan ilegalmente en él, eliminado la sanción para el caso del egreso, ya que se carecería de competencia para conocer hechos ejecutados en otro país, toda vez que el extranjero se sitúa ya en otro territorio. Esta distinción, hace una diferencia en el tiempo y el espacio, respecto a la persecución penal. Por otra parte, como bien lo señala el a quo, la finalidad del agente debe estar intrínseca a la conducta, y en ese caso está demostrado, que el sujeto cobró una suma de dinero, que incluyó el alojamiento y transporte de los inmigrantes, que sabía, estaban en una situación irregular, y que pretendían evadir los puestos de control. En este sentido, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, en su artículo 3 inciso a), considera dentro de la conducta de facilitación de entrada ilegal de una persona a un Estado, “con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”, finalidad que está acreditada en autos, por parte del imputado. En el presente caso, para el Tribunal, el hecho acusado por el representante del Ministerio Público, a saber, “[...]”1.-

"En aquel hecho se acusa al encartado de que: "El día 24 de setiembre del 2006 el encartado J. entre las tres y cuatro de la tarde aproximadamente contactó en Peñas Blancas Frontera con Nicaragua a los nicaragüenses indocumentados J. Y C. y a sabiendas que estos habían ingresado de manera ilegal al país ese día y no tenían ningún permiso para permanecer en Costa Rica, les ofreció llevarlos hasta Liberia a cambio de cuarenta y cinco mil colones con la promesa de que él podía burlar los puestos de policía.[...]" (cfr. 105 vuelto y 106), no constituye delito, porque no es quien los introduce al país, descartando la aplicación del inciso a) del numeral 245 citado; y porque el acusado no tenía la finalidad de facilitar el ingreso de inmigrantes al país, ya que ya estaban dentro del territorio nacional, eliminando, también, la posibilidad de encuadrar esa conducta en el inciso b) de dicho artículo. No obstante, según el análisis efectuado de los dos incisos del numeral 245 de repetida cita, que se realizó líneas atrás, la derivación del Tribunal, para descartar la aplicación del inciso b), no se ajusta a los parámetros descriptivos y normativos del tipo penal en comentario"⁶⁰.

Es importante mencionar que muchas de las absolutorias que se dan, es por la errónea interpretación y aplicación que los juzgadores hacen de la ley, dando al tipo penal un alcance limitado.

⁶⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 2008-115 de las nueve horas cuarenta y un minutos del quince febrero de dos mil ocho

Por ejemplo en sentencia 172-2007, del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de Guanacaste de las 16:30 horas, del 12 de octubre de 2007, se discutió sobre el caso de unos extranjeros de nacionalidad china que fueron introducidos al país por personas no identificadas, por un puesto no habilitado por la Dirección General de Migración y Extranjería, en marzo del dos mil siete sin precisarse la fecha exacta, posteriormente estos extranjeros fueron transportados por el imputado, en una microbús, hacia un lugar que no se logró determinar; en el mismo mes, el día veintinueve de marzo del dos mil siete, al ser las veintidós horas en la entrada a Cuajiniquil, Guanacaste, el imputado fue detenido por la policía, cuando viajaba en la microbús, con dirección de sur a norte, transportando a los extranjeros. A pesar de los hechos anteriormente mencionados el tribunal concluyó que para que se configure el delito tipificado en el inciso b del artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería, era necesario que el imputado haya encubierto a los extranjeros con el fin de facilitarles la entrada o salida del país, en forma ilegal, razonamiento que en opinión del representante del Ministerio público, viola las reglas de la sana crítica, por lo que presentó recurso de casación:

Al respecto la Sala dijo lo siguiente:

“El reclamo es atendible por lo que se dirá. Visto el fallo que se impugna, así como los argumentos que expone el fiscal, se concluye que el Tribunal incurrió en una valoración errónea del artículo 245 de la Ley de Migración, que hace necesario declarar la nulidad del fallo. Según se desprende del fallo, el Tribunal tuvo por acreditado lo siguiente: “ 1.- El día veintinueve de marzo del año dos

mil siete, el imputado E , en la microbús placas PB 1069 marca Toyota Hiace, transportó a C, L, L, G, L, L, L, C, C. y L, todos inmigrantes ilegales, hacia un lugar que no se ha logrado determinar. 2.- El veintinueve de marzo del dos mil siete, al ser las veintidós horas en la entrada a Cuajiniquil, Guanacaste, el imputado E. Fue detenido por la policía, cuando viajaba en la microbús placas PB 1069, con dirección de sur a norte, transportando a C, L, L, G, L, L, L, C, C. y L.” (cfr. folio 184). Sobre el particular señala el fallo de mérito: “[...]Y en este sentido el propio señor representante del Ministerio Público ha señalado en sus conclusiones que ninguno de los hechos (sic) acusados se han pretendido adecuar en este inciso del artículo 245, por lo que baste decir que, revisada la acusación, efectivamente no se le atribuye al imputado haber transportado o conducido a estas personas de nacionalidad china para que ingresen a nuestro país, o bien que salgan de él. El punto en discusión en este asunto en particular es en relación con el inciso b) del artículo 245 de la citada Ley. En aquella disposición la acción típica descrita en esta norma es alojar, ocultar o encubrir, y nos da dos supuestos, a saber: Quien oculte, aloje o encubra a personas extranjeras que ingresen al país; y el segundo supuesto que nos da la norma es a quien oculte, aloje o encubra a personas que permanezcan ilegalmente en el país. Ahora bien, la norma también es clara que, cualquiera de los supuestos que hasta ahora hemos mencionado debe darse con fines de tráfico ilícito de personas. Es decir no es suficiente para cumplir con los

elementos del tipo penal que una persona oculte, aloje o encubra a un extranjero que ingrese al país o que permanezca ilegalmente en nuestro país, sino que aquellas acciones deben darse con fines de tráfico ilícito de personas. En ese tanto se hace necesario definir a qué se refiere la norma con esta expresión. Si buscamos en la Ley de Migración y Extranjería, vemos que no existe una definición de tráfico ilícito de personas, es más, lo que según nuestra legislación es considerado tráfico ilícito de personas viene descrito precisamente en el artículo 245 de la Ley de Migración [...] vemos que mediante ley 8314 del 16 de septiembre de 2002, la Asamblea Legislativa aprobó el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En el artículo 3 del instrumento internacional de cita, en su inciso a), se define lo que se debe entender por tráfico ilícito de personas. La norma dicha señala: "a) Por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material". Entonces, en el entendido de que el tráfico ilegal de personas ha sido definido como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado 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, debemos

concluir que, únicamente existe el delito tipificado en el inciso b) del artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería, cuando el sujeto activo aloje, oculte o encubra personas extranjeras que ingresen al país, o cuando aloje, oculte o encubra personas extranjeras que permanezcan ilegalmente en el país, pero en ambos supuestos aquellas acciones deben ir dirigidas a un determinado fin, que consiste en facilitar la entrada o salida del país en forma ilegal (es decir sin cumplir con los requerimientos migratorios)[...] De acuerdo con el marco fáctico, así como la conclusión absolutoria a la que arribó el Tribunal, es preciso hacer las siguientes consideraciones. En primer término, el artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería establece: “ Artículo 245.-

Se impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien: a)- Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos. b)-. A quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él. La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delito”. De acuerdo con este numeral y de lo que se consigna en el fallo, los jueces consideraron que los hechos acusados, eran atípicos, porque no le

atribuyen concretamente al imputado, el haber transportado o conducido a los inmigrantes ilegales chinos, para que ingresen a nuestro país, o bien salgan de él (folios 191 y 192). Arriban a esta conclusión, recurriendo a la definición del concepto “con fines de tráfico ilícito de personas” el cual no lo contiene la propia Ley de Migración, sino que acuden al que expresa el artículo 3 inciso a), del Protocolo que se menciona en la sentencia, para decir por tanto, que el contenido del inciso b del numeral 245, debe entenderse en el tanto se ajusten los verbos del tipo, a la finalidad de facilitar la entrada o salida del país en forma ilegal, visto esto último, como una acción concreta que también debe ejecutar el sujeto activo. Sin embargo tal conclusión es incorrecta, pues el concepto al que acuden de “tráfico ilícito de personas”, en realidad ya está contenido en el inciso a, confundiendo los postulados de ambos incisos. De una lectura de la norma en cuestión, se desprende que nuestro legislador estableció aquellos supuestos en los que, aparte de sancionar la acción concreta de procurar la conducción ó el transporte a personas ilegales para su ingreso o egreso del territorio nacional, mediante la evasión de los controles migratorios establecidos, o utilizando documentos falsos (inciso a), también penaliza aquellas situaciones en donde, ya estando dentro del país en forma ilegal dichas personas, el sujeto activo procure alojar, ocultar, o encubrir a los inmigrantes ilegales, que ya antes evadieron aquellos controles, con el fin de asegurar su permanencia ilegal (inciso b), sin que se exija, para este segundo supuesto, que la

finalidad sea para facilitar la entrada o salida del país en forma ilegal a los infractores, aspecto que de exigirse –como lo hace el Tribunal- sería un contrasentido, dado que precisamente dicho fin, lo estipula el primer inciso. Lo que se contiene en el inciso b, es sancionar a toda persona que, a sabiendas de que existen ya sujetos que han ingresado en el país de modo ilegal, o que permanezcan en él bajo ese estatus, aunque no les haya facilitado el ingreso o su egreso, procuran que se mantenga dicha permanencia ilegal, a través de cualquiera de las acciones que indican los verbos contenidos en dicho inciso, como bien lo hace ver el fiscal, al decir que los verbos rectores del inciso b, “ se aplican cuando las personas ya se encuentran en el país” (cfr. folio 170) . La norma en cuestión debe verse en conjunto con lo que establece el numeral 1 de la Ley de Migración: “La presente ley regulará el ingreso de las personas costarricenses y extranjeras al territorio de la República, y el egreso de él, así como la permanencia de las personas extranjeras en el país.” (el resaltado es suplido). Es claro como lo indica el mismo Tribunal en su fallo, que todas las conductas deben tener como fin preciso, el tráfico ilícito de personas, pero obviamente debe hacerse la distinción que la misma norma contiene, en cuanto que dicho fin, se cumple bajo los supuestos ya explicados. Además, el contenido típico de ambos incisos, está debidamente diferenciado, aunque se complementan, pues lo cierto es que en cuanto al contenido del inciso b), lo que se estipula es que se “aloje”, “oculte” o “encubra” a las personas

indocumentadas, que ingresaron o se encontraban ilegalmente en el país, sin que se aprecie de la norma, el requisito del que parte el a quo en su interpretación equívoca es decir, que tal acción se ejecute con el fin determinado de facilitar el ingreso ó salida de esas personas del país, en forma ilegal. En el caso que se cuestiona, se tiene por probado, que los ciudadanos de nacionalidad china, ingresaron de modo ilegal al país, y que en tal carácter, permanecían en nuestro país, siendo que en horas de la noche del día veintinueve de marzo del año 2007, son trasladados por el imputado E, con dirección sur a norte, de modo que al pasar por el puesto de Cuajiniquil, Guanacaste y al requerirle las autoridades de la Fuerza Pública destacadas en el puesto del Comando Norte, la documentación respectiva, es que se percatan que se trata de personas que se encuentran de modo ilegal en cuanto a su estatus migratorio, siendo que lo que se acusa al imputado, es el de transportar a los indocumentados, con el fin de encubrir su permanencia ilegal en nuestro país, sin que se requiera, que ejecute tal acción, con el fin determinado de facilitar el ingreso de esas personas, en forma ilegal, o incluso su eventual salida, valoración que hace el Tribunal vulnerando como bien lo indica el recurrente, lo que señala la norma cuestionada, pues no importa para el segundo supuesto, cual será el destino de esas personas extranjeras, siendo suficiente demostrar que ya habían ingresado o permanecían de modo ilegal en nuestro país, tal y como se acreditó en este caso. Partiendo el a quo de su errónea interpretación del inciso b del

numeral 245, absuelve a E , porque estimó que el Ministerio Público, no refiere que el acusado hubiese transportado a los inmigrantes indocumentados con la finalidad de sacarlos del país, ni tampoco que el “encubrimiento” lo hiciera con ese fin, sino que por el contrario, ésta última acción la realiza el imputado para que los inmigrantes permanecieran ilegalmente en el país (cfr. folio 195), por lo cual consideraron que el hecho acusado, era atípico; sin embargo, esta última conclusión, es lo que precisamente sanciona el numeral citado es decir, que la acción de encubrimiento u ocultación que según la acusación, pretendía llevar a cabo el acusado, lo era con el fin de procurar la permanencia ilegal de los inmigrantes en nuestro país, siempre en cumplimiento del fin de mantener el tráfico ilícito de las personas, incurriéndose por tanto, en contradicción con la norma citada. El Tribunal, contrario a lo que expresa en su fallo, sí incurre en un error en cuanto al análisis del tipo, atribuyéndole de modo equívoco al Ministerio Público, omisiones y deficiencias en su acusación, porque no requirió elementos importantes para que la conducta atribuida al imputado, encuadrara en el tipo penal, cuando lo cierto es que, contrario a lo que exponen los juzgadores, el fiscal atinadamente y con conocimiento claro del contenido del numeral 245, atribuyó al encartado, las acciones concretas que en su opinión, se ajustan a dicha norma.” 61

⁶¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 931-2009 de las nueve horas cuarenta minutos del veinticuatro de julio del dos mil nueve.

Después de estudiar la jurisprudencia de la Sala Tercera, es importante indicar que es muy poco lo resuelto por esta Sala al respecto, ya que al entrar la Ley de Migración y Extranjería número 8487 en vigencia hasta mediados del 2006, son pocos los casos resueltos, ya que se dura bastante tiempo en la etapa preparatoria, porque son casos de delincuencia organizada, por lo que la mayoría de casos fueron resueltos en el dos mil ocho y los recursos de casación fueron resueltos en el año dos mil nueve.

Cabe mencionar que en su gran mayoría los recursos de casación, fueron presentados por los representantes del Ministerio Público, ya que los juzgadores no aplicaron adecuadamente el tipo penal, en varios de los casos las conductas si encuadraban en el tipo, pero los jueces consideraron que la conducta era atípica, absolviendo a los acusados del delito de tráfico ilícito de personas, una conducta bastante reprochable que va en contra de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

El tráfico de persona al igual que otros delitos como el tráfico de drogas y el de armas, mueve millones de dólares por año, en virtud de que es una actividad sumamente lucrativa, en la cual las personas que son traficadas, son vistas como simples objetos de comercio.

Es importante indicar que el objetivo del tráfico de personas es la entrada o salida ilegal de inmigrantes, en tanto la trata tiene como finalidad la explotación de la persona, de diversos tipos; sin embargo, se puede dar un entrelazamiento entre los dos delitos, ya que en muchos casos la persona que paga por entrar de un país a otro de manera ilegal, estando en su lugar de destino se ve despojada de sus documentos, se convierte en víctima de trata y es explotada, por los que en un momento favorecieron su ingreso, esto se da en algunos casos porque los traficantes, después de cobrar un monto específico por la entrada, salida del país, alegan que el gasto en que incurrieron por trasladarla es más alto, por lo que la persona se ve obligada a realizar actos que no quiere, entre estos sufrir algún tipo de explotación, con el fin de saldar "su deuda".

La distinción entre ambos delitos es fundamental, de dicha distinción va a depender el tipo de investigación que realice el Ministerio Público, el cual se encarga de perseguir los delitos, no solamente es importante por la investigación que se realiza, sino también porque la trata y el tráfico de personas, no son conocidos por la misma fiscalía, en el caso de el Tráfico de personas, va a ser de conocimiento de la Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado, fiscalía especializada en delincuencia organizada y la trata va a

ser conocida por la Fiscalía Adjunta de Delitos Sexuales y Violencia Doméstica, otra razón por la que es importante hacer una verdadera distinción frente al delito que se presente, es que en los casos de trata de personas, las víctimas del delito, ocupan una atención especializada, en virtud de la explotación a la que se vieron sometidas, esta atención va a ser brindada por especialistas como un psicólogo o trabajador social; otro elemento importante de la distinción de los delitos, es con el fin de evitar la re victimización en juicio, que se da más que todo en los casos de trata de personas, ya que en los de tráfico, la personas no se ve sometidas a explotación.

Podemos decir con certeza que el Ministerio Público hace todo lo posible por perseguir de la mejor manera y lograr una condena de las personas que se vean implicadas en los casos de delincuencia organizada como son los casos de tráficos ilícitos de personas, delito que nos ocupa en esta investigación, a pesar de esto es sumamente difícil llegar a la raíz del problema que son los cabecillas de las redes y en la mayoría de los casos dirigen toda la red desde otro país, por lo que nuestro país solo funciona como país de tránsito de personas que son trasladadas a otros lados, a pesar de esto se hacen todos los esfuerzos para perseguir y sentar responsabilidades según sea el caso; con el mismo fin se crearon importantes leyes como la Ley N° 8754, que es la Ley Contra la Delincuencia Organizada y la Ley de Protección a víctimas, testigos y demás intervinientes del proceso penal, ley N° 8720, que viene a dar respuestas a vacíos legales en relación con la delincuencia organizada y la atención a las víctimas.

Cabe indicar que como parte de la respuesta que da el legislador ante las diferentes situaciones sociales y en vista de lo que sucede diariamente, en este momento se encuentra aprobada la ley número 8764, que va a regular en su artículo 249, lo relativo al tráfico ilícito de personas, modificando de esta manera lo que actualmente está regulado en la ley nº 8487, en su artículo 245, dicha reforma a la actual Ley de Migración, introduce cambios importantes por ejemplo en la norma se incluyen tres nuevos verbos rectores, que son: Promover, prometer o facilitar. Esto quiere decir que el delito se va a consumir en el caso de que el traficante promueva, prometa o facilite la obtención de los documentos falsos para que la persona evada los controles migratorios, supuesto que actualmente no está regulado.

Con lo que el tipo penal abarca más supuestos, esto responde a la necesidad de castigar conductas que siempre van a estar detrás de un delito de estos, ya que este tipo de ilícito generalmente es producto de una serie de conductas que se mueven en cadena, y que las lleva a cargo una organización criminal en la que se va a dar una división de tareas, es común que haya personas que se encarguen de generar los documentos que se le van a dar a la persona que va a ser traficada, documentos que pueden ser falsos o bien estar alterados como lo indica la nueva norma; la introducción de esos nuevos verbos rectores es necesaria y acertada con el fin de no dejar escapar conductas que se cometen para poder concretar el ilícito.

Además se incluyen en la nueva regulación, varias agravantes que son: el hecho de que la persona migrante sea menor de edad, cuando se ponga en peligro la vida o la salud del migrante por las condiciones en que se ejecuta el

hecho o bien se le cause grave sufrimiento físico o mental y cuando el hecho fuere realizado por un grupo organizado de dos o más personas, dichas agravantes responden a la necesidad de una adecuada regulación, el tipo penal se amplía en cuanto al ámbito de aplicación, con esta reforma que entra en vigencia a partir de marzo del 2010, con el fin de dar un mayor alcance a la norma, la cual regula de manera precisa situaciones que casi siempre se dan en los casos de tráfico de personas, como por ejemplo que se pone en peligro la vida o salud del migrante entre otras cosas.

Así mismo, busca por medio de una de sus agravantes, combatir una de las principales actividades de crimen organizado, como lo es el tráfico de personas.

La reforma opera dirigida a una modificación de nuestra legislación, con el fin de que esta esté a la altura de legislaciones muy modernas que regulan de una manera adecuada la materia, tal es el caso de la normativa Española, la cual ha sufrido una serie de transformaciones de manera constante en los últimos años, en virtud de todo el flujo migratorio que recibe anualmente de manera ilegal, ante esta situación se tuvieron que implementar cambios en la ley para dar respuesta a la realidad social, a pesar de que la ley de dicho país es en relación con el tráfico de personas, bastante acertada, incluye dentro del mismo tipo penal la figura de la trata, sin establecer una distinción, así mismo hace una diferenciación entre tráfico ilegal e inmigración clandestina.

A lo largo del trabajo y después de haber hecho el análisis respectivo se puede decir que la hipótesis: “la regulación actual de la figura del tráfico ilícito de personas es insuficiente para perseguir adecuadamente el fenómeno

delictivo y requiere reformas” que fue planteada en el anteproyecto de la investigación, se demostró por medio de los argumentos que se en relación con la reforma que va a sufrir el tipo penal del tráfico ilícito de personas a partir del mes de marzo; esto se logró por medio del estudio de los antecedentes, agravantes y en general de la norma.

Bibliografía

LIBROS

- Gullock Vargas Rafael. (2008) El Delito de Tráfico de Inmigrantes.- 1ª ed.- San José, CR: Editorial Jurídica Continental.
- Gullock Vargas Rafael. (2008) El Delito de Trata de Personas.- 1ª ed.- San José, CR: Editorial Jurídica Continental.
- Álvarez González Daniel. (2007) El Procedimiento Preparatorio. Derecho Procesal Penal Costarricense tomo II. San José, Editorial Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Mayordomo Rodrigo Virginia. (2008) El delito de Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas, 1ª Edición, 2008, España.
- Sánchez R Cecilia. (2000) Derecho Penal parte general doctrina y jurisprudencia. – 2ª ed.—San José, CR.: Editorial Jurídica Continental. R

REVISTAS

- Dr Roberto Bustamante A. 2004 “Política de Persecución criminal del Ministerio Público. Una primera aproximación al tema”. Cuadernos de estudio del Ministerio Público de Costa Rica. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal. Nº 8: Págs 7-12.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, ratificado por la República de Costa Rica mediante Decreto Ejecutivo N° 31298 de 14 de julio de 2003, publicado en La Gaceta N° 163 de 26 de agosto de 2003 (verificar), ley 8314.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños” 15 de noviembre de 2000, Ley 8315
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada transnacional, 15 de noviembre del 2000

TESIS

- Salazar Araya Mauricio. (2007). El Tráfico de Personas y su análisis a la luz del Ordenamiento Jurídico Penal Costarricense: Acciones Típicas y Atípicas en la materia. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

DICCIONARIOS

- Cabanellas de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental” Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L. Novena Edición. 1993.

CONSTITUCIONES

- Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., Decimo séptima edición, 2003.Ley

CÓDIGOS

- Código Penal, Ley N° 4573 de mayo del 2006.
- Código Procesal, SNL, de junio del 2009.

LEYES

- Ley contra la Delincuencia Organizada, N° 8754 de 22 de julio del 2009.
- Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N° 7425 de 09 de agosto de 1994.
- Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal, Reformas y Adición al Código Procesal Penal y al Código Penal, N° 8720 de 22 de abril del 2009.
- Ley de Migración y Extranjería, N° 8487 de 22 de noviembre del 2005.
- Ley Orgánica del Ministerio Público, N° 7442 de 25 de octubre de 1994.

RESOLUCIONES JUDICIALES

- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 931-2009 de las nueve horas cuarenta minutos del veinticuatro de julio del dos mil nueve.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 115-2008 de las nueve horas cuarenta y un minutos del quince febrero de dos mil ocho.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 471-2009 de las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de marzo del dos mil nueve.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 955-2009 de las quince horas y cinco minutos del veintinueve de julio del dos mil nueve.
- Tribunal Supremo Español Sentencia 651/2006, del 23 de mayo del 2006.
- Tribunal Supremo Español Sentencia 2205/2002, del 30 de enero del 2003.
- Tribunal Supremo Español Sentencia 739/2003, del 14 de mayo del 2003.
- Tribunal Supremo Español, Sentencia 147/2005, del 15 de febrero del 2005.

ANTECEDENTES EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

- Proyecto de Ley: Penalización del Tráfico Ilegal de Migrantes. Expediente Legislativo N° 15140.

- Proyecto de Ley: Ley para Erradicar el Tráfico Ilícito de Personas o Coyotaje. Expediente Legislativo N° 15786.
- Proyecto de Ley: Ley para Combatir el Tráfico de Personas. Expediente Legislativo N° 15592.
- Proyecto de Ley: Ley de Migración y Extranjería, Ley N° 8764. Expediente Legislativo N° 15694

ENTREVISTAS

- Licda. Cynthia Cubillo Piedra. (2009). Tráfico Ilícito de Personas. Fiscalía de Delitos Varios, 11 de agosto del 2009.
- Lic. Pablo Cedeño Selva. (2009). Tráfico Ilícito de Personas. Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado, 18 de agosto del 2009.

PÁGINAS ELECTRONICAS

Embajada Española.(2009). <<http://www.madrid.usembassy.gov.traffickingsp> >[Consulta: 10 de setiembre.2009].

Asociación Algeciras Acoge (2010).
<http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod2/trafico.pdf>. [Consulta:7 enero. 2010].

CIRCULARES

- Circular 17-98, del 06 de octubre de 1998, Fiscalía General de la República, "Instrucciones para la Aplicación de la Dirección Funcional".

- Circular 15-05, año 2005, Fiscalía General de la República, "Sistema de Seguimiento y Control de Casos".
- Circular 1-PPP-2008 y 2-PPP-2008, año 2008, Fiscalía General de la República, "Políticas de Persecución Penal".
- Circular 18-2002, año 2002, Fiscalía General de la República.

TALLERES

Marín Agueda (2008). "Taller Introductorio sobre Trata de Personas". Lucha contra la Trata de Personas: Auditorio del O.I.J, Mayo 2008.

OTROS

- Programa Radial los Fiscales y Usted, del 30 de junio del 2008. "Tráfico de Personas", Invitado: Sr Edgar Ramírez Villalobos, Fiscal Adjunto de Pérez Zeledón.
- Chavarría Guzmán Jorge. Protocolo de Actuaciones, Unidad de Capacitación y Supervisión Ministerio Público, 2004.

ANEXOS 1

JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA EN RELACIÓN CON EL TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS

Res: 2009-000471

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas y veinticinco minutos del treinta y uno de marzo del dos mil nueve.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra R , cédula 7-110-984, soltera, comerciante, vecina de San Juan de Lajas frente primera entrada, F , cédula No 2-447-059, soltero, agricultor, vecino de Los Chiles 75 mts sur del Águila de Plata, y contra A , cédula No 2-469-375, soltera, ama de casa, vecina de San Juan de Lajas, en el mismo domicilio de R, por el delito de Infracción a la Ley de Migración en su modalidad de Tráfico Ilícito de Persona s, cometido en perjuicio de El Estado . Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Magda Pereira Villalobos, Presidenta a.i., Jesús Alberto Ramírez Quirós, Carlos Chinchilla Sandí, Jenny Quirós Camacho y Carlos Manuel Estrada Navas, los dos últimos en condición de Magistrados Suplentes. También interviene en esta instancia el licenciado Damián Alfaro Carvajal en su condición de defensor de los encartados. Se apersonó el representante del Ministerio Público.

Resultando:

1. Que mediante sentencia N° 107-2008, dictada a las catorce horas del veintidós de abril de dos mil ocho, el Tribunal Penal de Juicio del segundo Circuito Judicial de Alajuela, resolvió: “POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, leyes citadas y artículo 39 de la Constitución Política; 1, 30, 31, 45, 71, del Código Penal; 9, 360, 361, 363, 364, 365, 366 del Código Procesal Penal, 245 de la Ley de Migración y Extranjería; este Tribunal por los votos emitidos y por mayoría se absuelve de toda pena y responsabilidad a los imputados R, Y F. por el delito de INFRACCIÓN A LA LEY DE MIGRACIÓN EN SU MODALIDAD DE TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS, cometido en perjuicio de EL ESTADO, el juez Rolando Salas Pérez salva su voto y los declara autores responsables del delito de Infracción a la Ley de Migración, en su modalidad de tráfico ilegal de personas y le impone a cada uno de ellos una pena de prisión de dos años, concediéndoles el beneficio de ejecución condicional por el término de tres años, bajo el apercibimiento de que en caso de cometer nuevo delito doloso sancionado, con pena de seis meses o mas, el mismo les será revocado. Por unanimidad se absuelve de toda pena y responsabilidad a R. Se rechaza el comiso de los bienes incautados, y se ordena la devolución de los vehículos decomisados a quienes demuestren ser sus legítimos dueños. Se resuelve el presente asunto sin especial condenatoria en costas. Son los gastos del proceso a cargo del Estado. Mediante lectura notifíquese.”(sic). Fs. ROLANDO SALAS PEREZ. ANTONIO BARRANTES TORRES. HUMBERTO RODRIGUEZ MONTOYA.

2. Que contra el anterior pronunciamiento el licenciado Minor Chacón Calderón en su condición de representante del Ministerio Público,

interpone recurso de casación por la forma. Solicita, se ordene el reenvío de la causa para nueva sustanciación.

3. Que verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4. Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa la Magistrada Pereira Villalobos; y,

Considerando:

I. Por estar planteado en tiempo y forma y cumplir con los requisitos estipulados en los artículos 443 y 445 del Código Procesal Penal, se conoce recurso de casación interpuesto por Minor Chacón Calderón, representante del Ministerio Público, contra la sentencia 107-2008, dictada por el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de Alajuela, Ciudad Quesada, a las 14:00 horas, de 22 de abril de 2008, que absolvió a los sentenciados R, F. y A. por el delito de infracción a la ley de migración en su modalidad de tráfico ilícito de personas cometido en perjuicio del Estado.

II. En el primer motivo de casación por la forma, alega el recurrente errónea interpretación y aplicación del artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería. Arguye que el Tribunal tuvo por ciertos los hechos pero interpretó erróneamente el tipo penal aplicable y le otorgó dimensiones más allá de su propia literalidad y de la interpretación restrictiva que exige nuestro ordenamiento jurídico. Se entendió que para la aplicación del inciso

primero de la norma citada, se requiere acreditar que el transporte o la conducción debe ser para el ingreso de personas al país y que, en este caso, se determinó que el transporte brindado a las personas nicaragüenses ilegales fue horas después de que éstos habían ingresado al territorio nacional. Para el quejoso, interpretar que el tipo penal se verifica en el instante mismo en que se cruza la línea fronteriza nos llevaría al sin sentido de establecer que la ley penal reprime una conducta que territorialmente no estaríamos facultados a sancionar, por cuanto se sancionaría a un sujeto por hechos acaecidos en Nicaragua. Según el Tribunal, de previo al ingreso, debe existir una acción de conducir o transportar. Igualmente, de forma inexplicable, los Juzgadores descartaron la aplicación del inciso segundo de la misma norma. Se entendió que no se incluyeron expresamente en la acusación los verbos alojar, ocultar o encubrir, lo que constituye también una errónea aplicación que genera impunidad. La acción de llevar a las personas ilegales por una zona no habilitada por la Dirección de Migración y Extranjería implica ocultar o encubrir, sin que sea necesario que estén estos verbos en la relación de hechos. La queja se declara parcialmente con lugar. Para un adecuado análisis del punto, necesariamente debe partirse de la enunciación del tipo penal en estudio, a saber, el artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería, Ley No. 8487 del 22 de Noviembre del 2005, publicado en La Gaceta No. 239 del 12 de Diciembre del 2005, según el cual: *“Se le impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien: a. Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos. b. A quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje,*

oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él. La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delitos". Aún atendiendo a la sola literalidad de las palabras es evidente que la norma no se refiere a facilitar el paso a inmigrantes ilegales únicamente por la zona fronteriza del país, a falta de mención expresa, como lo malentendió el Tribunal de instancia. Por otro lado, el verbo "ingresar" es sinónimo de "entrar", que corresponde, entre otros significados a: "[...] ir o pasar de afuera adentro, [...] pasar por una parte para introducirse en otra [...]" (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Madrid, Vigésima Segunda Edición, 2001, p.631). Lo que nos lleva necesariamente a entender que se trata del transporte para la entrada ilegal al país, en el que como se sabe, existen varios puestos migratorios en toda la zona aledaña a las fronteras, precisamente porque las personas pueden pasar por otros puntos de la línea divisoria en los que no existe una oficina migratoria de control, como es lógico. De ahí que la misma norma contempla, tratándose del transporte de personas ilegales, que se facilite su paso por lugares no habilitados por la autoridad migratoria. El Tribunal sentenciador, en una posición mayoritaria, entendió que la acción es atípica al haberse demostrado que las personas habían ingresado horas antes a Costa Rica y fue con posterioridad que los acusados los recogieron para su transporte. Esto en el Centro del poblado de Isla Chica, a dos kilómetros de la frontera con Nicaragua (folio 131 a 133). Sin embargo, se trata de un razonamiento errado puesto que la acción de ingresar, según lo expuesto, no cesa hasta que se hayan pasado todos los puestos policiales o retenes, en la medida en que, en

cualquiera de estos, puede prohibirse continuar con el acceso, como finalmente ocurrió en este caso. En lo que no lleva razón el quejoso es cuanto a que los Juzgadores debieron aplicar, entonces, el inciso 2) del artículo 245 de repetida cita, puesto que, si bien, la acción de transportar, con ánimo de lucro, personas inmigrantes que se encuentran al margen de la ley, podría significar su encubrimiento, cualquier interpretación resulta innecesaria pues se trata de una conducta prohibida expresamente por ordenamiento jurídico. Sobre el tema, esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en la resolución 2008-00115, de las 9:45 horas de 15 de febrero de 2008, y, según la cual, a efectos de definir el concepto tráfico ilegal de personas, dada la ausencia en la normativa interna, debe acudirse al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado mediante Ley número 8314 de 8 de marzo de 2002 ratificado *por la República de Costa Rica mediante Decreto Ejecutivo N° 31298 de 14 de julio de 2003, publicado en La Gaceta N° 163 de 26 de agosto de 2003.* Así, en el artículo 3 del Protocolo de cita, se define tráfico ilícito de personas, como *“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 y otro beneficio de orden material”*. Se estableció que, en este tipo de supuestos, nos encontramos ante un delito que habitualmente se ejecuta con la concurrencia de varios sujetos, destacados en diferentes territorios, quienes procuran el paso fronterizo de personas, obviando los trámites migratorios del país de destino, es decir, se trata de delincuencia transnacional organizada. De ahí que no sea extraño que exista

una concurrencia de voluntades, que aunque sin previo aviso, se presenten en forma sucesiva para asegurar la consecución del resultado antijurídico y, entonces, que la consumación del ilícito en cuestión dependa de que se burlen además los retenes y controles de la policía administrativa, ubicados cercanos a la zona fronteriza, y destacados precisamente para vigilar el paso de personas y detectar aquellas que incumplen con los trámites migratorios correspondientes. Por lo demás, en lo que atañe a la distinción entre los ilícitos que nos ocupa, se entendió que existe una diferencia respecto a las conductas que se sancionan, de tiempo y espacio. El primer apartado del artículo 245 de repetida cita sanciona a quien, con fines de tráfico ilícito de personas, conduzcan o transporte para su ingreso o egreso del país a personas ilegales, es decir, la acción del agente se dirige a pasar de un país a otro, a personas con la finalidad de facilitarle la entrada o salida de ese lugar, en forma ilegal. Sin embargo, en el segundo inciso o apartado del mismo artículo, existe una modificación en la conducta y el estado de la persona inmigrante, pues, sanciona a quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte, encubra o mantenga, a personas extranjeras, que ingresen al país, es decir, no vincula al sujeto activo con la acción de ingresar al extranjero, haciendo más bien alusión, a aquellas personas extranjeras que ingresen al país, y el agente activo proporcione alojamiento, oculte o encubra, a efectos de su ingreso o permanencia en forma ilegal al país. Otro elemento que permite considerar con mayor claridad la diferencia entre las dos conductas descritas, es que en el primer inciso, se sanciona, tanto la acción del ingreso como del egreso, en forma ilegal de inmigrantes, en ambos casos el agente activo desde este territorio, facilita el paso por la frontera, ya sea para entrar o salir del territorio.

Pero, en el segundo inciso, sólo se sanciona, el alojamiento, ocultamiento, encubrimiento o permanencia, de extranjeros que ingresen o permanezcan ilegalmente en él, eliminando la sanción para el caso del egreso, ya que se carecería de competencia para conocer hechos ejecutados en otro país, toda vez que el extranjero se sitúa ya en otro territorio. Esta distinción, hace una diferencia en el tiempo y el espacio, respecto a la persecución penal. Por otra parte, la finalidad del agente debe ser intrínseca a la conducta. Esta posición mantiene plena vigencia en todos sus alcances. Así las cosas, se ordena la nulidad de la sentencia y el debate que le precedió. Se ordena el reenvío del asunto para que, mediante nueva integración del Tribunal, se proceda a la celebración de nuevo juicio. Por innecesario, se omite pronunciamiento en cuanto al segundo motivo de casación interpuesto.

Por Tanto:

Se declara con lugar el recurso de casación del representante del Ministerio Público. Se ordena la nulidad de la sentencia y el debate que le precedió, así como el reenvío del asunto para que, mediante nueva integración del Tribunal, se proceda a la celebración de nuevo juicio. Por innecesario, se omite pronunciamiento en cuanto al segundo motivo de casación interpuesto.

NOTIFIQUESE.-

Magda Pereira V.

Presidenta a. i. Jesús Ramírez Q.

Carlos Chinchilla S. Jenny Quirós C.

NOTA DE MAGISTRADOS QUIROS CAMACHO Y ESTRADA NAVAS

Los suscritos magistrados nos sumamos al voto expresado en la parte dispositiva de esta resolución, pero hacemos la aclaración de que la conducta atribuida a los imputados no se encuentra enmarcada dentro de inciso a) del numeral 245 de la Ley de Migración y Extranjería, sino en el inciso b) del mismo numeral.

En efecto, se acusó que el 11 de diciembre de 2006 al ser aproximadamente las nueve de la noche, oficiales de la Fuerza Pública de los Chiles interceptaron en el sector de Coquital de los Chiles, propiamente frente al Bar el Gancho, el vehículo placas 277903 el cual era conducido por la indagada R. En dicho automotor la indagada transportaba de forma dolosa e ilícita tres nicaragüenses indocumentados los cuales habían ingresado ilegalmente a Costa Rica horas antes, mismos que llevaba hacia Naranjo de Alajuela, ayudándolos la encartada D. a evadir los controles migratorios establecidos llevándolos por una zona no habilitada por la Dirección General de Migración y Extranjería. Igualmente se intercepta el vehículo placas 409469 el cual era conducido por el co encartado F. quien viajaba acompañado por la co denunciada A. En dicho automotor los denunciados transportaban de forma dolosa e ilícita nueve nicaragüenses indocumentados, los cuales habían ingresado ilegalmente a Costa Rica horas antes y les llevaban hacia Naranjo de Alajuela. De esta forma los acusados H y D. también pretendían ayudar a

tales extranjeros a evadir los controles migratorios establecidos, llevándolos por una zona no habilitada por la Dirección General de Migración y Extranjería.

Por su parte, el numeral 245 de la Ley citada indica:

“ Artículo 245. —Se le impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien:

a. Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos.

b. A quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él.

La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delitos. ”

De la lectura del numeral transcrito, queda muy claro que la imputación en el caso en estudio no consiste en conducir o transportar personas para su ingreso al país, ni su egreso de él, como lo exige el inciso a) puesto que al ser detenidos los nicaragüenses ya estaban dentro de Costa Rica desde hacía unas horas, según lo describe la acusación.

De la imputación se desprende que la conducta sometida a debate enmarca dentro de los presupuestos del inciso b) porque no le atribuye a los imputados el ingreso de los nicaragüenses al país, sino que una vez dentro del país, los imputados procedieron a encubrirlos, ayudándolos a evadir los controles migratorios establecidos y llevándolos por una zona no habilitada por la Dirección General de Migración y Extranjería.

Jenny Quirós C. (Mag. Suplente Carlos Manuel Estrada N. (Mag. Suplente

Res: 2009 -00931

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del veinticuatro de julio del dos mil nueve.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra E , mayor de edad, cédula de identidad número xxx ; por el delito de tráfico ilícito de personas, en perjuicio de la ley de migración. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Magda Pereira Villalobos, Presidenta a.i.; Jesús Alberto Ramírez Quirós, Alfonso Chaves Ramírez, Carlos Chinchilla Sandí y Lilliana García Vargas, ésta última como Magistrada Suplente. Además el licenciado Roy Ching Lestón, como defensor particular del encartado. Se apersonó el representante del Ministerio Público, licenciado Ricardo Quirós Vargas.

Resultando:

1.-Mediante sentencia N° 172-07 de las dieciséis horas treinta minutos del doce (sic). el Tribunal Penal de Juicio de Guanacaste, Sede Liberia, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política, artículos 1, 30, 31, 45 y del Código Penal, artículos 1, 6, 141, 142, 144, 184, 360, 361, 363, 364, 365 y 366 del Código Procesal Penal, por mayoría Jueces SABORÍO JENKINS Y CARBALLO LÓPEZ se ABSUELVE de toda Pena y Responsabilidad a E , por el (los) delito de TRAFICO ILÍCITO DE PERSONAS que se le venía atribuyendo en perjuicio de LEY DE MIGRACIÓN. Se ordena la devolución del vehículo placa PB 1069 a su legítimo propietario. El Juez Salazar Navas, salva el voto y en su lugar declara al señor E , autor responsable del delito de TRAFICO ILÍCITO DE PERSONAS y en tal carácter se le impone la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN. No concede el beneficio de ejecución condicional de la pena y ordena el comiso del vehículos a favor del Estado. Son las costas del proceso penal a cargo del Estado. MEDIANTE LECTURA NOTIFÍQUESE. (sic). Fs. JOSÉ ANGEL SALAZAR NAVAS RAFAEL SABORIO JENKINS ANA C. CARBALLO LOPEZ."

2.- Contra el anterior pronunciamiento el licenciado Ricardo Quirós Vargas, representante del Ministerio Público, interpuso recurso de casación.

3.- Verificada la deliberación respectiva, la Sala entró a conocer del recurso.

4.- En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa el Magistrado Chaves Ramírez; y,

Considerando:

I.-Recurso de Casación presentado por el Lic. Ricardo Quirós Vargas, Fiscal, contra la sentencia número 172-2007, del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de Guanacaste, sede de Liberia, de las 16:30 horas, del 12 de octubre de 2007. Motivo por la forma: Como único alegato, el recurrente acusa errónea aplicación del artículo 245 inciso b) de la Ley de Migración y Extranjería, ya que el Tribunal, en su criterio, concluyó que para que se configure el delito tipificado en dicho inciso, es necesario que el imputado haya encubierto a los extranjeros con el fin de facilitar la entrada o salida del país, en forma ilegal, razonamiento que en su opinión, viola las reglas de la sana crítica. Solicita se anule la sentencia y se ordene el juicio de reenvío. El reclamo es atendible por lo que se dirá. Visto el fallo que se impugna, así como los argumentos que expone el fiscal, se concluye que el Tribunal incurrió en una valoración errónea del artículo 245 de la Ley de Migración, que hace necesario declarar la nulidad del fallo. En el presente caso, el Ministerio Público acusó al imputado E. de los siguientes hechos: “1. Sin determinarse la fecha exacta, pero en el mes de marzo del dos mil siete, son introducidos al país por personas aún no individualizadas y por puestos no habilitados por la Dirección General de Migración, los indocumentados de nacionalidad china C, L, L, G, L, L, L, C, C. y L, (todos de acuerdo con las investigaciones realizadas son procedentes de Colombia) quienes permanecían en una casa de habitación cuya ubicación, no fue posible conocer. 2. El día 29 de marzo del año dos mil siete, al ser aproximadamente las 20:00 horas, el imputado E , se apersonó a

ese sitio aun no ubicado geográficamente, en la microbús placas PB 1069 marca Toyota Hiace, con la intención de transportar con fines de tráfico ilícito de personas a los ofendidos C, L, L, G, L, L, L, C, C. y L. Dicho transporte lo realizó encubriendo la permanencia ilegal en nuestro país de los ofendidos, a sabiendas de que se encontraban indocumentados, aprovechando las altas horas de la noche, y de esta manera, logró el imputado E. que C, L, L, G, L, L, L, C, C. y L, permanecieran ilegalmente en nuestro país. 3. Ese mismo día al ser las 22:50 horas en la entrada de Cuajiniquil, Guanacaste, el imputado E. fue detenido por las autoridades de Fuerza Pública del Comando Norte, cuando viajaba en la microbús placas PB 1069, con dirección de sur a norte transportando a los ofendidos C, L, L, G, L, L, L, C, C. y L. 4. El imputado E. utilizó, a sabiendas de su actuar ilícito, como instrumento para la comisión del delito el vehículo placas PB 1069, marca Toyota estilo Hiace, año 2001, color verde, el cual es de su propiedad.” (c fr. folios 43 a 45). Según se desprende del fallo, el Tribunal tuvo por acreditado lo siguiente: “ 1.-

El día veintinueve de marzo del año dos mil siete, el imputado E , en la microbús placas PB 1069 marca Toyota Hiace, transportó a C, L, L, G, L, L, L, C, C. y L, todos inmigrantes ilegales, hacia un lugar que no se ha logrado determinar. 2.- El veintinueve de marzo del dos mil siete, al ser las veintidós horas en la entrada a Cuajiniquil, Guanacaste, el imputado E. fue detenido por la policía, cuando viajaba en la microbús placas PB 1069, con dirección de sur a norte, transportando a C, L, L, G, L, L, L, C, C. y L.” (cfr. folio 184). Sobre el particular señala el fallo de mérito: “[...]Y en este sentido el propio señor representante del Ministerio Público a señalado en sus conclusiones que

ninguno de los hechos (sic) acusados se han pretendido adecuar en este inciso del artículo 245, por lo que baste decir que, revisada la acusación, efectivamente no se le atribuye al imputado haber transportado o conducido a estas personas de nacionalidad china para que ingresen a nuestro país, o bien que salgan de él. El punto en discusión en este asunto en particular es en relación con el inciso b) del artículo 245 de la citada Ley. En aquella disposición la acción típica descrita en esta norma es alojar, ocultar o encubrir, y nos da dos supuestos, a saber: Quien oculte, aloje o encubra a personas extranjeras que ingresen al país; y el segundo supuesto que nos da la norma es a quien oculte, aloje o encubra a personas que permanezcan ilegalmente en el país. Ahora bien, la norma también es clara que, cualquiera de los supuestos que hasta ahora hemos mencionado debe darse CON FINES DE TRAFICO ILICITO DE PERSONAS. Es decir no es suficiente para cumplir con los elementos del tipo penal que una persona oculte, aloje o encubra a un extranjero que ingrese al país o que permanezca ilegalmente en nuestro país, sino que aquellas acciones deben darse CON FINES DE TRAFICO ILICITO DE PERSONAS. En ese tanto se hace necesario definir a qué se refiere la norma con esta expresión. Si buscamos en la Ley de Migración y Extranjería, vemos que no existe una definición de tráfico ilícito de personas, es más, lo que según nuestra legislación es considerado tráfico ilícito de personas viene descrito precisamente en el artículo 245 de la Ley de Migración [...] vemos que mediante ley 8314 del 16 de septiembre de 2002, la Asamblea Legislativa aprobó el PROTOCOLO CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE, QUE COMPLEMENTA LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

TRANSNACIONAL. En el artículo 3 del instrumento internacional de cita, en su inciso a), se define lo que se debe entender por tráfico ilícito de personas. La norma dicha señala: "a) Por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material". Entonces, en el entendido de que el tráfico ilegal de personas ha sido definido como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado 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, debemos concluir que, únicamente existe el delito tipificado en el inciso b) del artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería, cuando el sujeto activo aloje, oculte o encubra personas extranjeras que ingresen al país, o cuando aloje, oculte o encubra personas extranjeras que permanezcan ilegalmente en el país, pero en ambos supuestos aquellas acciones deben ir dirigidas a un determinado fin, que consiste en facilitar la entrada o salida del país en forma ilegal (es decir sin cumplir con los requerimientos migratorios)[...]

Desglosemos el hecho que ahora nos ocupa. Lo que se está acusando es que un determinado día el imputado se presentó a la casa donde tenían alojados a los ilegales (alojamiento que como quedó claro en el punto anterior él no les proporcionó). Dice que llegó en una microbús, y señala también que llegó con la intención de transportar con fines de tráfico ilícito, y más adelante dice que aquel transporte lo hizo encubriendo la permanencia ilegal en nuestro país de los ilegales, teniendo conocimiento que estaban indocumentados, y finalmente señala que con ello logró el imputado, que los ilegales permanecieran

ilegalmente en nuestro país. La acusación no refiere que hubiese transportado a los inmigrantes indocumentados con la finalidad de sacarlos del país, por lo que este hecho no puede adecuarse a lo establecido en el inciso 1) del artículo 245, y en relación con el encubrimiento (que es el otro verbo que indica la acusación), dice que lo que pretendía el imputado logró fue que los inmigrantes ilegales permanecieran ilegalmente en el país. Entonces la acusación por ninguna parte señala que el transporte o el encubrimiento de los inmigrantes indocumentados los realizara el imputado para sacarlos del país, y en consecuencia aún siendo cierto que transportó a los ilegales, y que ocultó o encubrió a los ilegales, no se acusó que se hiciera para ingresarlos o egresarlos al país. De este modo, aún cuando se pudiera demostrar con la prueba que contamos que efectivamente la intención del imputado era sacarlos del país en forma ilegal, no podría el Tribunal tener ese hecho por demostrado y mucho menos fundar en él una sentencia condenatoria, ya que se infringiría flagrantemente la necesaria correlación entre acusación y sentencia. Es aquí donde el señor representante del Ministerio Público incurre en una incorrecta apreciación del fallo del Tribunal, y afirma que con él se deroga una ley, y afirmamos que es un error porque el problema no es el análisis de tipo que hace el Tribunal, sino que el Ministerio Público no ha acusado elementos importantes para que la conducta que se acusa pueda ser adecuada al tipo penal, y esas deficiencias no pueden ser suplidas válidamente por el tribunal, debiendo limitarnos a los hechos tal cual fueron acusados. Los otros dos hechos acusados, en realidad son situaciones que no tienen ninguna relevancia para el caso que nos ocupa, o más bien para el análisis que se ha hecho hasta ahora, ya que indica la forma en que fue detenido el imputado con

el grupo de ilegales y el vehículo que utilizaba para ello. Como corolario de lo dicho a este nivel de análisis, debemos concluir que, aún siendo ciertos los hechos acusados, éstos no encuadran en el tipo penal dispuesto en el artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería ya que señala como finalidad que logró el imputado la de que los migrantes ilegales permanecieran ilegalmente (sic) en el país, y en ninguna parte de la acusación se señala que la finalidad que tuiera (sic) el imputado fuera sacarlos en forma ilegal de nuestro territorio nacional..." (folios 190 a 196). De acuerdo con el marco fáctico, así como la conclusión absolutoria a la que arribó el Tribunal, es preciso hacer las siguientes consideraciones. En primer término, el artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería establece: " Artículo 245.-

Se impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien: a)- Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos. b)- A quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él. La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delito". De acuerdo con este numeral y de lo que se consigna en el fallo, los jueces consideraron que los hechos acusados, eran atípicos, porque no le atribuyen concretamente al imputado, el haber transportado o conducido a los inmigrantes ilegales chinos, para que ingresen a nuestro país, o bien salgan de él (folios 191 y 192). Arriban a esta conclusión, recurriendo a la definición del concepto "con fines de tráfico ilícito de personas"

el cual no lo contiene la propia Ley de Migración, sino que acuden al que expresa el artículo 3 inciso a), del Protocolo que se menciona en la sentencia, para decir por tanto, que el contenido del inciso b del numeral 245, debe entenderse en el tanto se ajusten los verbos del tipo, a la finalidad de facilitar la entrada o salida del país en forma ilegal, visto esto último, como una acción concreta que también debe ejecutar el sujeto activo. Sin embargo tal conclusión es incorrecta, pues el concepto al que acuden de “tráfico ilícito de personas”, en realidad ya está contenido en el inciso a, confundiendo los postulados de ambos incisos. De una lectura de la norma en cuestión, se desprende que nuestro legislador estableció aquellos supuestos en los que, aparte de sancionar la acción concreta de procurar la conducción ó el transporte a personas ilegales para su ingreso o egreso del territorio nacional, mediante la evasión de los controles migratorios establecidos, o utilizando documentos falsos (inciso a), también penaliza aquellas situaciones en donde, ya estando dentro del país en forma ilegal dichas personas, el sujeto activo procure alojar, ocultar, o encubrir a los inmigrantes ilegales, que ya antes evadieron aquellos controles, con el fin de asegurar su permanencia ilegal (inciso b), sin que se exija, para este segundo supuesto, que la finalidad sea para facilitar la entrada o salida del país en forma ilegal a los infractores, aspecto que de exigirse – como lo hace el Tribunal- sería un contrasentido, dado que precisamente dicho fin, lo estipula el primer inciso. Lo que se contiene en el inciso b, es sancionar a toda persona que, a sabiendas de que existen ya sujetos que han ingresado en el país de modo ilegal, o que permanezcan en él bajo ese estatus, aunque no les haya facilitado el ingreso o su egreso, procuran que se mantenga dicha permanencia ilegal, a través de cualquiera de las acciones que indican los

verbos contenidos en dicho inciso, como bien lo hace ver el fiscal, al decir que los verbos rectores del inciso b, “ se aplican cuando las personas ya se encuentran en el país” (cfr. folio 170) . En igual sentido, ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala: “Sin embargo, retomando lo descrito por el inciso a) y el b) del numeral 245 de la Ley de Migración y Extranjería, se deduce que existe una diferencia respecto a las conductas que se sancionan, de tiempo y espacio. En el primer apartado, sanciona a quien, con fines de tráfico ilícito de personas, las conduzcan o transporte para su ingreso o egreso del país, es decir, la acción del agente se dirige a pasar de un país a otro, a personas con la finalidad de facilitarle la entrada o salida de ese lugar, en forma ilegal. Sin embargo, notamos que en el segundo inciso, existe una modificación en la conducta y el estado de la persona inmigrante, pues, sanciona a quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte, encubra o mantenga, a personas extranjeras, que ingresen al país, es decir, no vincula al sujeto activo con la acción de ingresar al extranjero, haciendo más bien alusión, a aquellas personas extranjeras que ingresen al país, y el agente activo proporcione alojamiento, oculte o encubra, a efectos de su ingreso o permanencia en forma ilegal al país [...]”. Resolución 2008-00115, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, a las 9:41 horas del 15 de febrero de 2008. La norma en cuestión debe verse en conjunto con lo que establece el numeral 1 de la Ley de Migración: “ La presente ley regulará el ingreso de las personas costarricenses y extranjeras al territorio de la República, y el egreso de él, así como la permanencia de las personas extranjeras en el país.” (el resaltado es suplido). Es claro como lo indica el mismo Tribunal en su fallo, que todas las conductas deben tener como fin preciso, el tráfico ilícito de personas, pero obviamente

debe hacerse la distinción que la misma norma contiene, en cuanto que dicho fin, se cumple bajo los supuestos ya explicados. Además, el contenido típico de ambos incisos, está debidamente diferenciado, aunque se complementan, pues lo cierto es que en cuanto al contenido del inciso b), lo que se estipula es que se “aloje”, “oculte” o “encubra” a las personas indocumentadas, que ingresaron o se encontraban ilegalmente en el país, sin que se aprecie de la norma, el requisito del que parte el a quo en su interpretación equívoca es decir, que tal acción se ejecute con el fin determinado de facilitar el ingreso ó salida de esas personas del país, en forma ilegal. Como lo aclara el antecedente jurisprudencial citado, “...en el segundo inciso, sólo se sanciona, el alojamiento, ocultamiento, encubrimiento o permanencia, de extranjeros que ingresen o permanezcan ilegalmente en él, eliminado la sanción para el caso del egreso, ya que se carecería de competencia para conocer hechos ejecutados en otro país, toda vez que el extranjero se sitúa ya en otro territorio. Esta distinción, hace una diferencia en el tiempo y el espacio, respecto a la persecución penal”. En el caso que se cuestiona, se tiene por probado, que los ciudadanos de nacionalidad china, ingresaron de modo ilegal al país, y que en tal carácter, permanecían en nuestro país, siendo que en horas de la noche del día veintinueve de marzo del año 2007, son trasladados por el imputado E, con dirección sur a norte, de modo que al pasar por el puesto de Cuajiniquil, Guanacaste y al requerirle las autoridades de la Fuerza Pública destacadas en el puesto del Comando Norte, la documentación respectiva, es que se percatan que se trata de personas que se encuentran de modo ilegal en cuanto a su estatus migratorio, siendo que lo que se acusa al imputado, es el de transportar a los indocumentados, con el fin de encubrir su permanencia ilegal en nuestro

país, sin que se requiera, que ejecute tal acción, con el fin determinado de facilitar el ingreso de esas personas, en forma ilegal, o incluso su eventual salida, valoración que hace el Tribunal vulnerando como bien lo indica el recurrente, lo que señala la norma cuestionada, pues no importa para el segundo supuesto, cual será el destino de esas personas extranjeras, siendo suficiente demostrar que ya habían ingresado o permanecían de modo ilegal en nuestro país, tal y como se acreditó en este caso. Partiendo el a quo de su errónea interpretación del inciso b del numeral 245, absuelve a E , porque estimó que el Ministerio Público, no refiere que el acusado hubiese transportado a los inmigrantes indocumentados con la finalidad de sacarlos del país, ni tampoco que el “encubrimiento” lo hiciera con ese fin, sino que por el contrario, ésta última acción la realiza el imputado para que los inmigrantes permanecieran ilegalmente en el país (cfr. folio 195), por lo cual consideraron que el hecho acusado, era atípico; sin embargo, esta última conclusión, es lo que precisamente sanciona el numeral citado es decir, que la acción de encubrimiento u ocultación que según la acusación, pretendía llevar a cabo el acusado, lo era con el fin de procurar la permanencia ilegal de los inmigrantes en nuestro país, siempre en cumplimiento del fin de mantener el tráfico ilícito de las personas, incurriéndose por tanto, en contradicción con la norma citada. Al respecto, ver resolución 2008-00115, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de 9:41 horas del 15 de febrero del 2008, ya antes citado. El Tribunal, contrario a lo que expresa en su fallo, sí incurre en un error en cuanto al análisis del tipo, atribuyéndole de modo equivoco al Ministerio Público, omisiones y deficiencias en su acusación, porque no requirió elementos importantes para que la conducta atribuida al imputado, encuadrara en el tipo

penal, cuando lo cierto es que, contrario a lo que exponen los juzgadores, el fiscal atinadamente y con conocimiento claro del contenido del numeral 245, atribuyó al encartado, las acciones concretas que en su opinión, se ajustan a dicha norma. Partiendo por tanto de la interpretación correcta de lo que se contiene en la Ley de Migración y según el marco fáctico acusado, debió el Tribunal valorar, si la forma en que fue detenido el señor E , cuando trasladaba a un grupo de ciudadanos chinos ilegales, en horas de la noche, en un vehículo con vidrios polarizados según lo refiere el testigo L , oficial destacado en el Puesto de Cuajiniquil (cfr. folio 186), era con el fin de encubrirlos para así garantizar su permanencia ilegal en nuestro país, determinando a su vez, si tales acciones lo era con el fin de tráfico ilícito de personas, apreciándose del fallo impugnado, que se omitió dicha valoración, y además, el análisis efectuado por el a quo del inciso b del numeral 245 de la ley citada, vulneró las reglas de la sana crítica, al no ajustarse a los parámetros descriptivos y normativos de dicha norma. Así, al estar en presencia del vicio alegado, procede acoger el recurso por la forma, disponiendo anular la sentencia y el debate que le precedió, en cuanto se refiere a la absolutoria dispuesta a favor del imputado E , por el delito de Tráfico Ilícito de Personas contemplado en la Ley de Migración y Extranjería y ordenar el reenvío para nueva sustanciación con arreglo a Derecho.

Por Tanto:

Se declara con lugar el recurso de casación formulado por el licenciado Ricardo Quirós Vargas, fiscal. Se anula la sentencia y el debate que le dio origen y se

ordena el respectivo juicio de reenvío ante el Tribunal correspondiente, para una nueva sustanciación del proceso con arreglo a Derecho. NOTIFÍQUESE.

Magda Pereira V.

Jesús Alberto Ramírez Q. Alfonso Chaves R. Carlos Chinchilla S.

Lilliana García V. (Mag. Suplente) Exp. N° 10-4/4-08

Res : 2008 -0 0115

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta y un minutos del quince febrero de dos mil ocho.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra J, mayor, cédula de residencia número xxx, vecino de La Cruz por el delito de Tráfico ilícito de personas, cometido en perjuicio de La Seguridad Pública. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados José Manuel Arroyo Gutiérrez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Alfonso Chaves Ramírez, Magda Pereira Villalobos y Carlos Chinchilla Sandí. También interviene en esta instancia el licenciado José Manuel González Fonseca quien figura como defensor particular del encartado. Se apersonó el representante del Ministerio Público.

Resultando:

1.-Que mediante sentencia N° 127-07, dictada a las dieciséis horas del dieciséis de agosto de dos mil siete, el Tribunal Penal de Juicio de Guanacaste,

Sede Liberia, resolvió: "POR TANTO : De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política, artículos 1, 30, 31, 45 del Código Penal, 245 de la Ley de Migración y Extranjería, artículos 1, 6, 141, 142, 144, 184, 360, 361, 363, 364, 365 y 366 del Código Procesal Penal, se ABSUELVE de toda Pena y responsabilidad a J, por el delito de TRAFICO ILICITO DE PERSONAS, en perjuicio de LA LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA. - "(sic). Fs Rafael Saborío Jenkins, Rodrigo Campos Esquivel, Juan Gerardo Quesada Mora.

2.-Que contra el anterior pronunciamiento el Fiscal Ricardo Quirós Vargas, interpuso recurso de casación alegando falta de aplicación del artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería. Solicita se case la sentencia y se reenvíe a su Tribunal de origen para su nueva sustanciación.

3.-Que verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4.-Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa el Magistrado Chinchilla Sandí , y;

Considerando:

I.-Recurso de casación interpuesto por el Lic. Ricardo Quirós Vargas, Fiscal, contra la sentencia del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de Guanacaste # 127-07, de las 16:00 horas, del 16 de agosto del 2007. En su único alegato, el recurrente acusa falta de aplicación del inciso b) del artículo

245 de la Ley de Migración, siendo que por una valoración errónea, los juzgadores absuelven al imputado, toda vez que: “[...] De acuerdo a lo indicado por el Tribunal el hecho de que el imputado haya alojado a los extranjeros indocumentados, les haya cobrado dinero por transportarlos de manera ilegal, no constituye delito pues no tenía la finalidad de facilitar el ingreso de los inmigrantes al país.[...]”. Solicita la anulación de la sentencia, y se ordene el juicio de reenvío. Por ser procedente, se acoge el motivo planteado. En el presente caso, el Ministerio Público presentó acusación en contra de J, por contactar a dos inmigrantes nicaragüenses indocumentados, “[...] y a sabiendas que estos habían ingresado de manera ilegal al país ese día y no tenían ningún permiso para permanecer en Costa Rica, les ofreció llevarlos hasta Liberia a cambio de cuarenta y cinco mil colones con la promesa de que él podía burlar los puestos de policía.[...]” (cfr. 101). Según se desprende del fallo recurrido, el Tribunal tuvo por demostrado, los siguientes hechos: “[...] 1.-

El veinticuatro de setiembre del dos mil seis un sujeto que no ha podido ser identificado, condujo a C y J, de nacionalidad nicaragüense, para su ingreso al país, sin contar con los documentos migratorios establecidos, evadiendo los controles migratorios. 2.- Que ese mismo día, pero ya habiendo ingresado al país, en territorio costarricense, los extranjeros indocumentados C y J, ambos , contactaron con el imputado J. quien se comprometió a transportarlos hasta Liberia, cobrando 0para ello la suma de cuarenta y cinco mil colones. 3.- Que el imputado J. llevó a su casa de habitación, sita en La Cruz, Guanacaste, a los inmigrantes indocumentados, y los alojó en aquel sitio, permitiéndoles dormir en un vehículo estacionado en el patio de la casa del encartado. 4.-

Que en la madrugada del 25 de setiembre del dos mil seis, el imputado junto con los inmigrantes ilegales, salen de la casa del primero y se dirigen a Liberia, siendo que en un retén policial ubicado en la entrada a Cuajiniquil son descubiertos por los oficiales de la Fuerza Pública, quienes bajan del vehículo a los inmigrantes ilegales y permiten que el inculpado se retire del sitio. [...]” (cfr. 102). Para tener por acreditados esos hechos, el Tribunal se basa en las declaraciones de los dos inmigrantes ilegales, a los cuales, se les tomó declaración mediante anticipo jurisdiccional de prueba, relato que fue incorporado por lectura (véase folio 102). Según acota el a quo: “[...]De lo dicho por el testigo se extrae entonces claramente la forma en que los inmigrantes ingresaron al país, y se desprende también claramente que no fue el imputado la persona que los condujo o transportó para su ingreso al país, sino que quien realiza aquella conducta es un sujeto desconocido, y que no ha sido identificado en esta causa. [...]” (cfr. 104). Asimismo sobre el ofrecimiento del imputado hacia los inmigrantes, para que durmieran en el patio de su casa, con el fin de continuar su viaje al día siguiente, los jueces destacan la declaración del inmigrante J, en los siguientes términos: “[...] Con esta manifestación que da el testigo queda entonces claro que el contacto que tienen los indocumentados con el imputado fue ya en territorio costarricense, y en consecuencia ya cuando habían ingresado ilegalmente al país, comprometiéndose el encartado a transportarlos hasta Liberia. [...]”. (cfr. 104). Son claros los juzgadores, que conforme las declaraciones de los extranjeros, existió un cobro por parte del acusado, para facilitarle a éstos llegar hasta Liberia. En este sentido señalaron; “[...]Ambos testigos son contestes también en señalar que el imputado les cobró la suma de cuarenta y cinco mil colones, entregándole veinte mil colones

cuando lo contactaron y los otros veinticinco mil colones en la madrugada del día en que fueron detenidos, justo cuando iniciaban la ruta hacia Liberia. [...]”. (cfr. 104 vuelto). Por su parte, el artículo 245 de la Ley de Migración establece: “Artículo 245.-

Se impondrá pena de prisión de dos a seis años a quien: a) Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos. B) A quién, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen al país o permanezcan ilegalmente en él. La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio, cuando el autor o cómplice sea un funcionario público, o cuando se utilice a menores de edad para cometer estos delitos.” Conforme esta normativa, los jueces consideraron que la conducta descrita en la acusación contra el encartado J. [[imputado], no configuraba la acción descrita en el inciso a) del numeral citado, debido a que “[...] nunca se acusa que el imputado hubiese transportado o conducido a los inmigrantes ilegales para ingresarlos o egresarlos del país. [...]” (cfr. 106). Efectivamente, el órgano acusador, realiza una relación clara en tiempo y espacio, de las circunstancias en las que los inmigrantes ilegales entran en contacto con el acusado, sea, en el territorio nacional, zona fronteriza de Penas Blancas. Por ende, la consideración de los juzgadores, de que no podría aplicarse el inciso a) del numeral 245 de la ley de cita, encuentra sustento en el análisis de la conducta descrita, y los hechos acusados. Ahora bien, el inciso b) del artículo 245 de la Ley de Migración y Extranjería sanciona a quien aloje, oculte, encubra o mantenga ilegalmente,

personas que ingresen al país, con fines de tráfico ilegal. Recurre el a quo, a efectos de definir el concepto tráfico ilegal de personas, dada la ausencia que tiene la normativa señalada en precisar dicho concepto, al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado mediante Ley número 8314. En el artículo 3 del Protocolo de cita, se define tráfico ilícito de personas, como “ 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 y otro beneficio de orden material”. Deriva entonces el Tribunal, que el elemento normativo que contiene el inciso b) del numeral 245 de la ley de comentario, según definición dada en el instrumento internacional, adoptado por nuestro país mediante ley 8314, no se ajusta a la descripción de la conducta acusada contra el imputado, considerando que “[...] Se ha demostrado en este caso que efectivamente el imputado alojó en su casa a los inmigrantes extranjeros, y es también un hecho demostrado que éstas personas permanecían en el país en forma ilegal (ya que no contaban con ningún estatus migratorio), sin embargo aquellas acciones tampoco resultan delictivas, ya que no tenían la finalidad de facilitar el ingreso de los inmigrantes al país, y tan es así que, según ellos mismos refirieron, horas antes de contactar al imputado ya habían ingresado ilegalmente al país. En consecuencia, los hechos que se han tenido por demostrados resultan atípicos, y en consecuencia conforme al principio de legalidad, debe absolverse de toda pena y responsabilidad al imputado J, como en efecto se dispone.[...]” (cfr. 107, vuelto). En el caso que nos ocupa, nos

encontramos ante un delito que habitualmente se ejecuta con la concurrencia de varios sujetos, destacados en diferentes territorios, quienes procuran el paso fronterizo de personas, obviando los trámites migratorios del país de destino, es decir, se trata de delincuencia transnacional organizada. En este orden de ideas, no es extraño que exista una concurrencia de voluntades, que aunque sin previo aviso, se presenten en forma sucesiva para asegurar la consecución del resultado antijurídico. De esta manera, debe considerarse que la consumación por parte de los inmigrantes ilegales de la entrada al país en forma irregular, dependía de que burlaran además los retenes y controles de la policía administrativa, ubicados cercanos a la zona fronteriza, y destacados precisamente para vigilar el paso de personas y detectar aquellas que incumplen con los trámites migratorios correspondientes. En relación con los controles que se ubican en la zona fronteriza, el testigo R, oficial de la Fuerza Pública (ver folio 99), según consta en la sentencia, manifestó: “[...] En el retén se ejecutan las funciones de tráfico de personas indocumentadas, trasiego de pólvora, armas de fuego, drogas. A cada ocupante se le piden los documentos. Ese puesto es un retén móvil, éramos cuatro policías, había otro grupo en el puesto fijo que éramos en total siete u ocho efectivos.[...] Ellos ingresaron de Nicaragua a Costa Rica y la versión que dan es que ellos le habían ofrecido pasarlos para Liberia. [...]” (cfr. 103). Esta versión sobre los obstáculos que deben superar los inmigrantes ilegales, que se ubican en un espacio determinado alrededor de la zona fronteriza, lo describe claramente el señor C, en su declaración visible a folio 17 y 18 del expediente, cuando señala: “[...] pasamos por las fincas al lado de Costa Rica, pasamos por tres fincas en cada lugar tiene uno que dejar dinero, sino lo sacan machetazos,

para pasar por un pedacillo tiene que pagar veinte córdobas. De allí le pagamos a otro señor le pagamos mil cuatrocientos colones para que nos pasara a este lado, no se como se llama no se quien es, ya que hay tanto gente y la gente le dice "le ayudo, le ayudo". Ayer estábamos en la frontera y como a las tres, de este lado tuvimos contacto con este señor (señala al imputado). Ellos saben que viene sin documentos, sabe que uno le está pagando por, uno les dice que es indocumentado. Como él conoce bien y los puestos donde está migración, él nos ayuda a pasar. [...]" En este sentido, según lo indica el inmigrante nicaragüense, su ingreso al país no estaba asegurado hasta que no terminaran de burlar los puestos de control, y llegar a Liberia, siendo que para esos efectos, y con pleno conocimiento de la situación irregular de los dos sujetos extranjeros, y su objetivo de pasar los retenes en forma inadvertida, se ofrece el imputado, por una suma de dinero, para lo cual, los oculta por una noche en el patio de una casa, para iniciar al día siguiente la segunda fase de la travesía. Lo anterior, encuentra sustento en la declaración visible a folio 19 y 20, del señor J, cuando manifestó: "[...] Aclaro que como a las seis de la tarde nos trajo hacia la Cruz, entramos a una casa, supuestamente de él, esto por él allí amaneció, [...] El día de hoy, salimos como a las cuatro de la madrugada para Liberia, íbamos en el mismo vehículo, él lo conducía, íbamos los tres.[...]". Recapitulando, según tiene acreditado el Tribunal, el imputado alojó en su casa a los extranjeros que permanecían en el país en forma ilegal, les cobró una suma de dinero para trasladarlos a Liberia, no obstante, consideran que ese hecho no es delito, por cuanto no tiene la finalidad de facilitar el ingreso de inmigrantes al país. Sin embargo, retomando lo descrito por el inciso a) y el b) del numeral 245 de la Ley de Migración y

Extranjería, se deduce que existe una diferencia respecto a las conductas que se sancionan, de tiempo y espacio. En el primer apartado, sanciona a quien, con fines de tráfico ilícito de personas, las conduzcan o transporte para su ingreso o egreso del país, es decir, la acción del agente se dirige a pasar de un país a otro, a personas con la finalidad de facilitarle la entrada o salida de ese lugar, en forma ilegal. Sin embargo, notamos que en el segundo inciso, existe una modificación en la conducta y el estado de la persona inmigrante, pues, sanciona a quien, con fines de tráfico ilícito de personas, aloje, oculte, encubra o mantenga, a personas extranjeras, que ingresen al país, es decir, no vincula al sujeto activo con la acción de ingresar al extranjero, haciendo más bien alusión, a aquellas personas extranjeras que ingresen al país, y el agente activo proporcione alojamiento, oculte o encubra, a efectos de su ingreso o permanencia en forma ilegal al país. Es claro, como lo indica el Tribunal de juicio, que todas las conductas deben tener un fin, el tráfico ilícito de personas. Otro elemento que permite considerar con mayor claridad la diferencia entre las dos conductas descritas, es que en el primer inciso, se sanciona, tanto la acción del ingreso como del egreso, en forma ilegal de inmigrantes, en ambos casos el agente activo desde este territorio, facilita el paso por la frontera, ya sea para entrar o salir del territorio. Pero, en el segundo inciso, sólo se sanciona, el alojamiento, ocultamiento, encubrimiento o permanencia, de extranjeros que ingresen o permanezcan ilegalmente en él, eliminado la sanción para el caso del egreso, ya que se carecería de competencia para conocer hechos ejecutados en otro país, toda vez que el extranjero se sitúa ya en otro territorio. Esta distinción, hace una diferencia en el tiempo y el espacio, respecto a la persecución penal. Por otra parte, como bien lo señala el a quo, la

finalidad del agente debe estar intrínseca a la conducta, y en ese caso está demostrado, que el sujeto cobró una suma de dinero, que incluyó el alojamiento y transporte de los inmigrantes, que sabía, estaban en una situación irregular, y que pretendían evadir los puestos de control. En este sentido, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, en su artículo 3 inciso a), considera dentro de la conducta de facilitación de entrada ilegal de una persona a un Estado, “ con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”, finalidad que está acreditada en autos, por parte del imputado. En el presente caso, para el Tribunal, el hecho acusado por el representante del Ministerio Público, a saber, “[...]”1.-

”. En aquel hecho se acusa al encartado de que: "El día 24 de setiembre del 2006 el encartado J. entre las tres y cuatro de la tarde aproximadamente contactó en Peñas Blancas Frontera con Nicaragua a los Nicaragüenses indocumentados J. Y C. y a sabiendas que estos habían ingresado de manera ilegal al país ese día y no tenían ningún permiso para permanecer en Costa Rica, les ofreció llevarlos hasta Liberia a cambio de cuarenta y cinco mil colones con la promesa de que él podía burlar los puestos de policía.[...]” (cfr. 105 vuelto y 106), no constituye delito, porque no es quien los introduce al país, descartando la aplicación del inciso a) del numeral 245 citado; y porque el acusado no tenía la finalidad de facilitar el ingreso de inmigrantes al país, ya que ya estaban dentro del territorio nacional, eliminando, también, la posibilidad de encuadrar esa conducta en el inciso b) de dicho artículo. No obstante, según el análisis efectuado de los dos incisos del numeral 245 de repetida cita, que se realizó líneas atrás, la derivación del Tribunal, para descartar la aplicación del

inciso b), no se ajusta a los parámetros descriptivos y normativos del tipo penal en comentario.

POR TANTO :

Se declara con lugar el recurso formulado por el licenciado Ricardo Quirós Vargas, representante del Ministerio Público, y se ordena el reenvío de la causa al tribunal competente para una nueva sustanciación. NOTIFIQUESE.

José Manuel Arroyo Gutiérrez, Jesús Ramírez Quirós, Alfonso Chaves Ramírez, Magda Pereira Villalobos, Carlos Chinchilla Sandí.