



**EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES. ELEMENTOS
ESTRUCTURALES, BIEN JURÍDICO TUTELADO, CAUSALES DE AUSENCIA
DE RESPONSABILIDAD**

**Por
SARA VALENTINA MORENO AYALA**

Artículo presentado como requisito parcial para obtener el título de Abogado.

Asesor
Mg. Miguel Diez Rugeles
Magister en Derecho

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2022**

TABLA DE CONTENIDO

EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES. ELEMENTOS ESTRUCTURALES, BIEN JURÍDICO TUTELADO, CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD	1
TABLA DE CONTENIDO.....	2
PALABRAS CLAVES	3
ABSTRACT	3
INTRODUCCION	5
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	6
JUSTIFICACIÓN.	8
TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES.....	9
1.MIGRACIÓN, CLASIFICACIÓN Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES.....	9
1.1.Migración.....	9
1.2.Clases De Migración	10
1.3.Migración en Colombia.....	13
2. Consagración normativa del tráfico de migrantes en Colombia.....	15
2.1.Sujeto pasivo del tráfico de migrantes en Colombia	16
2.2.Verbo rector del delito de tráfico de migrantes	18
2.3.El Delito De Tráfico De Migrantes Es Mono subjetivo	20
3. BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL TRAFICO DE MIGRANTES- DELITO PLURIOFENSIVO.	20
4. CAUSALES DE EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES	24
4.1.Error de tipo	24
4.2.Error de prohibición.....	27
4.3.Estado de necesidad	28
CONCLUSIÓN	29
BIBLIOGRAFIA	31

RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis sobre el bien jurídico tutelado por el delito de tráfico de migrantes, los elementos estructurales previstos en el artículo 188 del Código penal modificado por la Ley 747 del 2002, significando que se trata de un delito pluriofensivo, donde el legislador expresó una orientación dirigida a la tutela de intereses individuales, ubicándolo en el capítulo de los " Delitos contra la Libertad Individual y las Garantías", pero de su análisis se puede entender que también se tutela la soberanía del Estado.; también se tiene dentro del objetivo de esta investigación la determinación del sujeto pasivo que se protege con esta normativa, para llegar finalmente a una reflexión sobre las causales de exclusión de la responsabilidad penal, para lo cual se hace alusión al error de prohibición, error de tipo y estado de necesidad.

PALABRAS CLAVES

Tráfico de migrantes, Bien Jurídico Tutelado, Sujeto Pasivo, Sujeto Activo, Pluriofensivo, Error de Tipo, Error de Prohibición, estado de necesidad.

ABSTRACT

The present work carries out an analysis of the legal right protected by the crime of migrant smuggling, the structural elements provided for in article 188 of the Penal Code modified by Law 747 of 2002, meaning that it is a multi-offensive crime, where the legislator expressed an orientation directed to the protection of individual interests, locating it in the chapter of "Crimes against Individual Freedom and Guarantees", but from its analysis it can be understood that the sovereignty of the State is also protected; Also within the objective of this investigation is the determination of the passive subject that is protected by this regulation, to finally

arrive at a reflection on the causes of exclusion of criminal responsibility, for which reference is made to the error of prohibition, error of type and state of need.

KEYWORDS

Migrant smuggling, Protected Legal Asset, Passive Subject, Active Subject, Plurioffensive, Type Error, Prohibition Error, state of necessity.

INTRODUCCION

El delito de tráfico de migrantes constituye una problemática a nivel mundial, por ello Colombia ha adherido a la Convención Internacional contra el Crimen Transnacional Organizado y sus Protocolos Complementarios, tratados que por remisión expresa del texto Superior hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, y, por tanto, tienen fuerza vinculante.

Aunque en Colombia, desde el año 2000 se había tipificado la conducta en la norma penal, modificada por la Ley 747 del 2002; en la última década dada la posición estratégica de Colombia, ha venido en aumento el acontecer fáctico descrito por el citado tipo penal, con gran aumento en virtud de la situación por todos conocidas en torno al caso Venezolano. Por ello, las autoridades colombianas han debido llenar este tipo penal en blanco con normas administrativas en su gran mayoría que tienen que ver con el Ministerio de Relaciones Exteriores y que han tomado particular fuerza desde el año 2012.

Lo anterior, porque se han constituido en hechos notorios los movimientos migratorios que se observan en ciudades limítrofes como Cúcuta, Ipiales, el departamento de la Guajira, el municipio de Necoclí, entre otros, que han obligado a un trabajo conjunto entre el sistema judicial y el gobierno colombiano.

De lo expuesto, la importancia de esta investigación, ya que el tipo penal en estudio, aunque tiene una redacción aparentemente clara, es problemático a la hora de su aplicación por comportar una norma penal en blanco que exige a la Fiscalía General de la Nación al momento de confeccionar los hechos jurídicamente relevantes que darían lugar a una imputación o una acusación que

estos sean llenados con normas de carácter administrativo, esto es, que se diga cual fue la normativa administrativa violentada que llevó a la configuración de la conducta ilícita, tarea que en ocasiones lleva a que el sustento fáctico lleve a colegir que se está ante una causal de ausencia de responsabilidad penal por descansar en un error de tipo, de prohibición o un estado de necesidad.

Es de marcada importancia el bien jurídico tutelado, pues si bien el legislador del 2000 lo enmarcó en el título tercero, delitos contra la libertad individual y otras garantías, lo cierto es que se está en presencia de un delito pluriofensivo donde es imperativo el estudio de la soberanía del Estado, como un bien jurídico que también se debe tutelar.

Para la elaboración de esta investigación, se ha partido de fuentes secundarias a saber el análisis de un caso concreto de Tráfico de Migrantes a través del Tapón del Darién, denominado “ Operación Éxodo” cuyos hechos jurídicamente relevantes fueron imputados en audiencia celebrada el día 12 de septiembre del 2021, además de fuentes de información para confeccionar una investigación jurídica con las técnicas de hermenéutica jurídica como método principal que se apoya de la Constitución , los principios generales del derecho, jurisprudencia y la doctrina, buscando con ello suministrar al lector una herramienta que le permita establecer con claridad la presencia o no de responsabilidad penal en este delito tan especial como lo es el tráfico de migrantes.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Los movimientos migratorios en el ámbito universal han sido una constante a través de la historia, es por ello por lo que los diferentes Estados han suscrito

tratados con el objeto de proteger los derechos de quienes se ven obligados a salir o entrar de un determinado territorio y del Estado mismo; por ello atendiendo a tal necesidad Colombia suscribió el Tratado contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Como consecuencia del tratado suscrito, los Estados miembro deben tipificar en sus codificaciones penales el ilícito citado, mismo que el legislador del 2000 a través de la Ley 599 y del 2002 a través de la Ley 747 incluyó en el artículo 188 bajo el título de Delitos contra las libertades individuales y otras garantías.

De la lectura del tipo penal, pareciera que el interés del legislador estuviese encaminado a proteger un derecho individual, no obstante, al momento de su materialización, como en los casos que en la actualidad se presenta en Colombia, por ser territorio de destino (migrantes venezolanos), y como país de tránsito como ocurre con los múltiples migrantes que van tras el sueño americano y utilizan rutas como la del Tapón del Darién; encontramos que no solo se atenta contra un derecho individual, sino que se materializa como un delito de peligro colectivo que también afecta la soberanía del Estado.

Lo expuesto es un hecho notorio que se visualiza, por ejemplo, cuando a través de los medios de comunicación se enseña como los altos flujos de migrantes afectan grandes territorios, siendo de reciente data los casos en las fronteras con Venezuela y en el municipio de Necoclí.

Se tiene entonces una hipótesis delictiva ubicada en un título contra la autonomía individual, pero que en su trasfondo atenta contra la soberanía del Estado, en torno a su control, llegando a constituir un peligro y aumentar las

problemáticas sociales como el desempleo, la delincuencia, la drogadicción y el terrorismo, entre otros.

De otro modo, se tiene que Colombia es un país estratégicamente ubicado como corredor y como destino, cuyos habitantes no se escapan a la problemática social del olvido del gobierno, de desconocimiento de norma, en algunas ocasiones por el encontrarse en territorio limítrofe donde no saben cuál norma es aplicable y a veces más grave, desconocer cuál es su nacionalidad, porque a veces obtienen más beneficios del país limítrofe que del Estado colombiano, situación que crea verdaderos estados de necesidad o los lleva a incurrir en la acción consagrada en el artículo 188 sin que medie el conocimiento o sin que medie el dolo acercándolos a errores vencibles e invencibles en la mayoría de los casos de tipo y de prohibición.

Situaciones como las expresadas llevan a plantear una problemática jurídica en torno al bien jurídico protegido, ya que no puede circunscribirse a un delito individual, porque la afectación a todas luces va más allá de la consagración expuesta en el artículo 188, y debe analizarse a la luz de los bienes jurídicos que se protegen con el derecho penal, lo cual da lugar al siguiente interrogante de investigación ¿Cuáles son los elementos estructurales del delito de tráfico de migrantes en Colombia, el bien jurídico que tutela y las causales de ausencia de responsabilidad por error de tipo, de prohibición y estado de necesidad?

JUSTIFICACIÓN.

La presente investigación encuentra su justificación porque se trata de brindar el marco jurídico a una problemática social que se ha convertido en hecho notorio para todo el territorio colombiano, la cual es importante para su autora, puesto que

se encuentra vinculada como investigadora en una defensa penal denominada por la Fiscalía General de la Nación “ Operación Éxodo” que involucra diferentes agentes por todo el territorio colombiano, desde Ipiales hasta Necoclí, misma que enrostra la vulneración del bien jurídico de la libertad individual, como cuando se escuchan noticias de quienes naufragan al cruzar el océano por la zona de Necoclí o el bien jurídico colectivo cuando se afecta la seguridad, los sistemas de sanidad y el mismo turismo en este municipio por encontrarse sobre poblado por personas de otras nacionalidades.

Lo expuesto finca la gran relevancia de esta investigación, porque constituirá una guía tanto para profesionales del derecho como para los ciudadanos en general que se ven afectados por este tipo penal en blanco; que remite a normas propias del Ministerio de Relaciones Exteriores, para la verificación de los requisitos legales al ingresar transitar y salir de Colombia, por ello se quiere brindar una guía al respecto, como aporte jurídico ante la problemática planteada.

Del mismo modo, contiene información aplicable a aquellos casos de exclusión de la responsabilidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 32 del código penal referente al estado de necesidad, el error de tipo y de prohibición vencible e invencible.

TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES

1.MIGRACIÓN, CLASIFICACIÓN Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES

1.1.Migración

La migración es un hecho tan antiguo como la misma historia humana y se puede definir como el desplazamiento que una persona o un grupo de personas

realizan para el cambio de residencia, por diferentes motivos como son: políticos, religiosos, climáticos, tecnológicos o simplemente buscando mejorar su calidad de vida.

La Comisión Económica para América y El Caribe – CEPAL – define la migración como “el cambio de residencia que implica traspaso de algún límite geográfico u administrativo debidamente definido”. (CEPAL, 2019, p.1). En consecuencia, migrante es cualquier persona que se desplaza a través de una frontera internacional o también dentro del mismo país, por cuestiones políticas, económicas, u otras.

La migración es causa y consecuencia de inseguridad humana y de restricciones a los derechos humanos relacionados con la salud de la población migrante y riesgos a la salud individual, familiar y colectiva en los territorios de acogida” (Corte Constitucional. Ortiz D. 2017. P. 96).

1.2.Clases De Migración

Se pueden presentar diferentes tipos de migración: por un lado, existen personas que migran a otro país voluntariamente, a través de los canales legales tanto del país de origen como del país de destino, denominada migración legal; por otra parte, existe la migración que se da utilizando canales o mecanismos que resultan lesivos para el ser humano y que se denomina migración ilegal.

La migración puede ser voluntaria o involuntaria, nacional o internacional. En la migración voluntaria, las personas buscan los requerimientos legales y regulares para permanecer en otro país, mientras que en la migración forzada las personas

son obligadas a salir ya sea por crisis económicas, políticos, religiosos, fenómenos naturales, conflictos armados o socio políticos.

En aquellos eventos en los cuales el límite que se cruza es la frontera entre países se trata de una migración internacional y cuando el límite que se pasa es dentro del mismo país (división administrativa entre áreas urbanas y/o rurales), se trata de una migración interna. (CEPAL, 2019, p.7).

Colombia tiene mayor índice de personas migrantes internas, una de las causas es el conflicto interno por causa de la violencia, así, muchas personas salieron de una región a otra dentro del mismo país. Ejemplo: las personas víctimas del conflicto armado en el departamento de Cauca y llegaron a Bogotá. Se habla de 4.5 millones solicitantes de asilo, estas son personas que piden a un país que los reciban de acuerdo con unas condiciones específicas de refugiados. (ACNUR. 2019. P. 17)

En el contexto mundial se presenta un alto flujo de migraciones, tanto regulares como irregulares, voluntarias como involuntarias, en parte por la situación difícil que se presenta en algunos países en vía de desarrollo, en otras ocasiones por exclusión social y/o económico, muchas veces, marcada con la ilusión de muchos migrantes de obtener mejores oportunidades, por ello, casi siempre hay un alto porcentaje de movimientos hacia países desarrollados.

Otras razones por las cuales la migración es un fenómeno mundial se encuentran cimentadas en los conflictos armados internos, los desastres naturales y los efectos de la globalización. Lo anterior hace que en el contexto global deba

darse una solución a esta práctica que afecta a todos los países, por tanto, la respuesta debe ser mundial, y por ello se ha dado lugar a la expedición y ratificación de diferentes tratados internacionales, resumida en los siguientes instrumentos:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención de Derechos de los Niños y los Protocolos Facultativos, Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967, La ONU, y demás organizaciones internacionales que tienen como fin proveer mecanismos necesarios e idóneos que eviten la consumación de este delito.

El profesor de la Universidad Iberoamericana, y ex encargado del Alto Comisionado de Naciones Unidas en Brasil, Jaime Ruiz De Santiago, expone en el texto "El derecho de Migrantes y el Derecho Internacional", la importancia que tiene el tema de las migraciones en el mundo actual, haciendo referencia a que la figura de la persona migrante ha permanecido desde la existencia del hombre mismo, *"la migración se ha convertido en un fenómeno global en el mundo actual que implica a todas las naciones, ya sean de países de salida o de entrada, allega a miles de seres humanos, pero entre las personas más vulnerables se encuentran los indocumentados, refugiados, los que buscan asilo, los desplazados, en muchas partes del mundo y en su mayoría, mujeres y niños terminan siendo víctimas del terrible crimen del tráfico humano (...)"* (Derecho de los migrantes y Derecho Internacional Ruiz de Santiago. P. 109).

1.3.Migración en Colombia

El fenómeno en el territorio colombiano ha cobrado mayor importancia desde el año 2012, cuando se agudizó la crisis de Venezuela, donde se vio la necesidad de crear beneficios especiales de permanecía para estas personas y se creó el Estatuto especial de migrantes venezolanos, el cual permitió llenar los vacíos con base a la realidad migratoria que presentan estas personas.

“Por medio del Decreto 1067 de 2015, el Ministerio de Relaciones Exteriores definió el concepto de ingreso irregular y determinó los casos en los que un extranjero se encuentra en permanencia irregular en el territorio colombiano. En efecto, el artículo 2.2.1.11.2.4 señala que se considera irregular el ingreso al país cuando: (i) se realice por un lugar no habilitado para ello y (II) se realice por un lugar habilitado, pero se evada u omite el control migratorio. Asimismo, señaló que un extranjero se encuentra en permanencia irregular en los siguientes casos:

“1. Cuando se dan los supuestos mencionados en el artículo 2.2.1.11.2.4 del presente decreto.

2. Cuando el extranjero habiendo ingresado legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo.

3. Cuando permanece en el territorio nacional con documentación falsa.

4. Cuando el permiso otorgado al extranjero ha sido cancelado de conformidad con lo indicado en el artículo 2.2.1.11.2.11 del presente decreto”. (Corte Constitucional. Ortiz D. 2017.Pag 90.)

Un típico caso de migración irregular es el que actualmente se presenta en Colombia, con respecto a las personas que vienen del vecino país de Venezuela:

“Colombia se vio en la obligación de cerrar sus fronteras en el año 2015, según las estadísticas de migración Colombia registró el ingreso de 329.478 ciudadanos nacionales de dicho país, para el año 2016, el gobierno venezolano decidió reabrir la frontera de forma temporal hasta la primera semana de agosto, en dicho periodo se registró el ingreso de más de 400.000 venezolanos.

Durante los 4 meses siguientes, Migración Colombia registró 7.133.167 ingresos de ciudadanos venezolanos; para el 30 de junio del año 2017, se había registrado el ingreso de 263.331 ciudadanos venezolanos por los puestos de control de las autoridades nacionales, principalmente en Cúcuta, Paraguachón y Bogotá, sin embargo, según la referida entidad, muchas de estas personas se quedaron con las visas y permisos correspondientes y otros salieron del país”. Con relación a la migración irregular, la entidad señaló que en la actualidad hay aproximadamente 153.000 venezolanos que ingresaron con el permiso correspondiente pero que en el momento se encuentran en permanencia irregular en Colombia y 50.000 más cuyos permisos de permanencia están por vencerse.

Es necesario resaltar que por obvias razones estas cifras no registran las personas que ingresaron de forma irregular al país y que actualmente se encuentra en el territorio nacional, lo cual puede aumentar el número de venezolanos en Colombia incluso al doble. (Corte Constitucional. Ortiz D. 2017. P.95).

Se encuentran diferentes situaciones en las cuales no se cuenta con un subregistro porque no pasan por puntos de control migratorios, es decir, estas personas pasan por trochas, ríos, desiertos, selvas y por ende es difícil encontrar cifras exactas referente al tema.

2. Consagración normativa del tráfico de migrantes en Colombia

Colombia, suscribió en el año 2000, el Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, por tanto adquirió como una de sus obligaciones el deber de tipificar la conducta en su codificación patria y reprimir penalmente la conducta tentada, fijar una postura sobre los delitos conexos, fijar sobre procesos y normas que procuren protección y asistencia de los migrantes, presentar mecanismos o herramientas para generar responsabilidad de las personas jurídicas, reforzar las conductas anticorrupción relacionadas con el tráfico de migrantes, perseguir los bienes producto del delito, presentar mecanismos de disuasión para que no se cometa el delito y acoplar las exigencias agravantes a las exigencias internacionales. (Protocolo de Pacto Tierra, Mar y Aire. 2000).

Como consecuencia de la suscripción del protocolo el legislador del 2000, consagró el tipo penal en el Capítulo V, de la Ley 599 de 2000, que trata sobre los delitos contra la autonomía personal, mismos que están incluidos en el Título III del Libro 2º de la Ley 599 de 2000, el cual se ocupa de los “delitos contra la libertad individual y otras garantías”, en los siguientes términos:

El que promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para si u otra persona, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y una multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia condenatoria (Código Penal colombiano, 2000).

Cuando se trata de aplicar lo dispuesto por el artículo 188 del Código Penal colombiano, se encuentra que se trata de un tipo penal de los denominados en blanco, puesto que, aunque alude a un núcleo esencial de la acción y su pena, al momento de convalidar los efectos expresados por el legislador, necesariamente exige su complementación ajenos al texto penal, como son las normas de migración donde puede citarse a manera de ejemplo el Decreto 1067 de 2015 que regula de manera específica el proceso migratorio y los documentos respectivos.

De este modo, es necesario indicar que para poder precisar la realización o no de la conducta punible de tráfico de migrantes, deben revisarse normas relativas a los movimientos migratorios consulares y otras normativas de tinte administrativo, que deben ayudar a la estructuración de la conducta punitiva; determinando si la colaboración prestada por el actor para entrar o salir de un país en efecto se encuentra en ese núcleo esencial de la normativa penal, para predicarse que se cumplieron o no se cumplieron los requisitos legales, mismos que no siempre están determinados en la normativa penal, sino que deben extraerse de otras normativas o preceptos como las disposiciones gubernamentales, las resoluciones ministeriales, entre otras.

2.1. Sujeto pasivo del tráfico de migrantes en Colombia

La Ley 599 de 2000 de manera literal señala como víctimas de manera genérica a las “personas” que salgan o entren al país sin el cumplimiento de los requisitos legales y con la ayuda facilitación, colaboración de un tercero que tiene ánimo de lucro, pudiéndose configurar el delito con la presencia de un único sujeto pasivo.

La normativa colombiana es demasiado amplia, pues se refiere en forma general a las personas, sin cualificar ese sujeto como titular del bien jurídico tutelado, libertad individual, autonomía de la voluntad, personas objeto del tráfico, contrario a otras legislaciones que son más específicas y hablan de extranjeros, por ejemplo, la normativa chilena, que claramente indica que debe tratarse de un extranjero migrante.

Se encuentra entonces que la expresión genérica “personas” puede dar lugar a diferentes interpretaciones por su carácter tan amplio o incluso generar vacíos al querer limitarla a un tipo específico de sujetos o de personas.

La norma contenida en el artículo 188 del Código Penal se refiere a pluralidad de sujetos pasivos “ personas” pero para efectos del tipo penal es irrelevante que sea uno o más sujetos pasivos, porque la conducta se refiere es a la modalidad “ (...) no puede entonces sonar simplemente retórico que el tipo penal emplee el sustantivo plural “ personas”, pues lo que se busca es combatir a esos grupos criminales dedicados al tráfico de migrante que por lo general buscan obtener provecho del paso irregular del conjunto de personas y no apenas de una de ellas aunque así pueda suceder en ocasiones.” (Corte Suprema de Justicia. Espinosa. 2007).

La legislación nacional no define que clase de persona es el sujeto pasivo del delito y si se refiriera a migrante no expresa la noción de lo que debe entenderse por este término pues la expresión migrante también es genérica: abarca inmigrar y emigrar, por eso el hecho de que el artículo 188 de la normativa penal colombiana señale como sujeto pasivo quien sale o entra del país hace que este tipo penal sufra

de una generalidad y heterogeneidad latente lo cual no es claro al momento que deba referirse a diferentes sujetos que entran o salen del país.

La dificultad expresada radica bajo esta categorización se puede encontrar, por ejemplo, un migrante, un extranjero y un turista que estén en situación irregular en Colombia porque no cumplen con los requisitos legales. Aquel turista que excede el permiso indicado en su visa a toda luz se ve que es irregular su estadía en Colombia, pero no puede predicarse que por el hecho de recibir ayuda se incurra en la conducta de tráfico ilícito de migrante.

2.2. Verbo rector del delito de tráfico de migrantes

Verbo rector: El legislador al estatuir el artículo 188 de la codificación sustantiva penal, incorporó como verbos rectores de la conducta –promover, inducir, constreñir, facilitar, colaborar o de cualquier forma participar en la entrada o salida de personas del país sin el cumplimiento de requisitos legales-, de la lectura del tipo penal se encuentra la consagración de verbos o acciones alternativas donde cada una de ellas o la suma de todas o algunas pueden dar lugar a la consumación del tipo penal, porque el legislador incluyó cualquier forma de participación de manera independiente al logro o no del propósito pretendido, pues como se explicará en el capítulo siguiente, se trata de un tipo penal de peligro.

La norma dejó la precisión de un aspecto de la conducta prohibida –requisitos legales-, a una norma fuera de la codificación -penal, norma ajena que posibilita o no la presentación del tipo penal, por ello, se dice que es una norma en blanco, porque el artículo 188 no describe totalmente el comportamiento prohibido; sino que debe llenarse con disposiciones extrapenales (las normas sobre migración) que

afectan indirectamente la extensión del tipo, porque esa normatividad se integra al tipo penal y conforma con él una unidad inescindible.

Con respecto a lo expuesto, ha establecido la Corte Suprema de Justicia: se refuta una de las llamadas normas penales en blanco, pues los requisitos legales no están determinados por la norma penal, si no que deben buscarse en otro género de preceptos, como los decretos gubernamentales y las resoluciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Martínez define la existencia de los tipos penales en blanco y al respecto indica que se hace necesario el uso de estos tipos penales en blanco por la necesidad de evitar el rápido anquilosamiento, la petrificación de la ley penal en materias que se ven sometidas, por la evolución social y económica a rápidos y bruscos cambios, es decir cuando se protegen relaciones variables. (Martínez. 2004)

Exige la norma que se ingrese al país de manera ilegal, que se reciba ayuda para ese ingreso ilegal por parte de un tercero, quien recibe remuneración por esa ayuda, o sea, que el tercero tenga ánimo de lucro, el sujeto pasivo puede acceder de manera voluntaria o involuntaria al ingreso ilícito al país, pero el tercero que colabora, siempre tiene un interés lucrativo por ayudar al **fin** de ingresar de manera ilícita al país, lo cual coloca a este tipo penal como un delito de **resultado**, sancionando esa facilitación, colaboración, constreñimiento de los inmigrantes a Colombia, de manera ilegal, y con ánimo de lucro para quien incurre en el verbo rector.

2.3.El Delito De Tráfico De Migrantes Es Mono subjetivo

El carácter subjetivo del tipo penal se aprecia desde la redacción de la normativa contenida en el artículo 188 del Código de las penas, la cual utiliza un sustantivo el singular “el que “por contraposición a las ilicitudes plurisubjetivas, donde se referencia siempre plural el sustantivo, como por ejemplo en el tipo penal de concierto para delinquir consagrado en el artículo 340 Ídem. “Cuando varias personas se concierten...”.

“Del contenido material de la norma que viene de transcribirse se observa que la conducta objeto de reproche puede ser realizada por un individuo (delito mono subjetivo) y consiste en procurar la salida o el ingreso ilegal de personas al o del territorio nacional, para lo cual se puede acudir, por ejemplo, a ingresarlas por un lugar no habilitado como puesto fronterizo o bien, sin sometimiento a las autoridades de control migratorio, también cuando se utilicen para salir del país o ingresar a él pasaporte o visa falsificados u obtenidos fraudulentamente o cuando se ha vencido la visa de estadía o de permanencia en el territorio nacional” (Corte Suprema de Justicia, Espinosa, 2007, p.38).

3. BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL TRAFICO DE MIGRANTES- DELITO PLURIOFENSIVO.

La determinación del bien jurídico que protege el delito de tráfico de migrantes no es pacífica, aunque se encuentre enlistada en los delitos contra la libertad individual y otras garantías, lo cierto es que va más allá de esta afectación, encontrando que se afectan otros bienes jurídicos los cuales deben de ser determinados.

Se encuentra una dificultad en este tipo penal, dado que es pluriofensivo, por tal razón debe establecerse el bien jurídico que protege, “La delimitación del bien jurídico protegido apunta a las garantías de la normativa penal, no sólo garantista, limitador de la punibilidad estatal, si no que, proporciona los criterios de enjuiciamiento que hay que desarrollar en materia jurídica y que el legislador y el aplicador del derecho tienen que consultar a la hora de crear e interpretar cada norma en concreto” (Roxin. 2007. P.58).

“ el legislador asume que quien emigra del país sin cumplir con los requisitos legales y a la postre ingresa en otro Estado también de manera irregular por razón de un tal proceder se encuentra en situación de gran vulnerabilidad y expuesto a todo tipo de vejámenes y maltratos, tales como la trata de personas (delito frecuentemente relacionado con los migrantes que incumplen lo acordado aprovechando con los migrantes ilegales) estafas por parte de los traficantes que incumplen con los acordado, aprovechando la ilegalidad de las víctimas que se ven obligadas a callar para no ser descubiertas por las autoridades, exposición al abandono sin medios necesarios para subsistir o bien, tienen que asumir procesos y sanciones penales al detectarse que sus documentos son espurios y más aún, afrontar tramites de deportación para una vez en el país de origen enfrentarse a procedimientos y penas por la falsedad de sus documentos (...)”

De lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia se entiende que por tratarse de un tipo penal de peligro abstracto no se demanda la vulneración de un bien jurídico libertad individual, sino que se presume la puesta en peligro del mismo.

Por la ubicación en el código penal colombiano, se entiende que el bien jurídico principal es la libertad individual; entendida como capacidad de decisión con conocimiento de causa, esto es que la persona, a la que se refiere el artículo 188 del código penal, tenga el poder de elegir y pensar en sus preferencias para tomar la decisión de buscar a través de la acción lícita o ilícita entrar o salir del país.

Aunque el código penal del 2000 enmarca el tipo penal protegiendo el bien jurídico de la libertad individual, lo cierto es que esa protección va más allá del interés individual porque se trata de un delito pluriofensivo donde se encuentran comprometidos tanto intereses individuales como colectivos.

Lo expuesto dado que se violentan los derechos de las personas que salen y entran del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, porque tienen una limitada posibilidad para obtener amparo jurídico o social, de tal suerte que a ese grupo se le coloca en situación de vulnerabilidad, o sea, que se afecta tanto el interés individual como colectivo que debe ser de protección tanto a la seguridad individual como la libertad personal, también se afecta el interés estatal.

Lo anterior, también ha sido manifestado por el máximo tribunal de cierre cuando señala: “sin lugar a duda se trata de un delito pluriofensivo, si bien el legislador presume que se pone en peligro la autonomía y la libertad del individuo traficado, lo cierto es que también atenta contra la soberanía del Estado”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 2006)

En ese orden de ideas, el delito de tráfico ilícito de migrantes es un tipo penal pluriofensivo que pone en peligro intereses individuales y colectivos de manera

simultánea, los derechos individuales de las personas que entran y salen del país sin el cumplimiento de los requisitos legales y el orden público como bien colectivo, porque la sociedad es la que padece las consecuencias de un grupo de migrantes ilegales, y aunque en algún caso se diga que no hay vulneración a la autonomía de la voluntad se puede configurar la vulneración a la soberanía, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal) : “ (...) la acción delictiva no queda a *per se* despojada de antijuridicidad, dado que la condición de ingreso ilegal al país conlleva una situación de riesgo para las políticas que en esa materia tenga adoptada el Estado, dado que los migrantes ilegales puede constituir una variable que coadyuve a la generación de los problemas internos que aquejan a las diversas sociedades como el desempleo, delincuencia, drogadicción, terrorismo, entre otras.”

En palabras de Bilés, los derechos individuales pueden ser afectados en doble vía: “un primer momento, con el tráfico propiamente dicho, cuando los extranjeros son transportados y se pueden poner en riesgo su vida, integridad física, salud y otros bienes. Un segundo momento los derechos de los ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad, se podría afectar, cuando estos ingresan al país receptor y permanecen en él, porque a partir de su propia situación de vulnerabilidad podría verse afectados en sus derechos por su especial situación de ilegalidad se verían privados del ejercicio normal.

Se trata de bienes jurídicos individuales de los cuales son propietarios y forman parte de su propio espacio vital, los que en un marco de igualdad jurídica se encuentran libres de abusos por parte de terceros, pero por su especial situación de ilegalidad se verían privados del ejercicio normal. Piénsese por ejemplo en los

inmigrantes ilegales no pueden acceder a redes básicas de asistencia o son blancos fáciles de criminalidad, ello se origina porque su condición especial les impide gozar de los derechos de que son titulares el resto de la población y porque los delitos que los pueden afectar van a formar parte del listado de cifra negra”. (Biles.2014).

“lo protegido en el tráfico de migrantes no es solo la afectación de intereses de la víctima- inmigrante- si no que principalmente es la vulneración de las normas migratorias de intereses de la forma similar, restando el carácter pluriofensivo al delito, otros autores han indicado que el único interés que subyace a la norma es la tutela del sistema migratorio del Estado” (Matus Acuña y Ramírez. 2011, p.195).

Entonces, se altera el interés colectivo porque las poblaciones irregulares de tráfico de migrantes, afectan la tranquilidad pública y la paz social, para el normal y pacífico desenvolvimiento de la tranquilidad ciudadana, tal como ocurre con los migrantes que llegan a Necoclí para cruzar el Tapón del Darién, afectando la calidad de vida de los inmigrantes y del conglomerado social de ese territorio poniendo en riesgo contingencias como las que tiene que ver con la seguridad pública.

4. CAUSALES DE EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES

4.1.Error de tipo

El artículo 188 del Código Penal tiene como uno de sus verbos rectores “ el que colabore, facilite” pero puede darse el caso, en que la persona que haga esta ayuda, lo haga con fines altruistas, como una ayuda humanitaria, caso concreto de

quienes ayudan a los venezolanos que ponen en riesgo su vida cuando cruzan las fronteras colombianas, existen personas que le prestan colaboración sin ánimo de lucro, luego, aunque esos migrantes lleguen a Colombia, sin el cumplimiento de los requisitos legales, el sujeto activo de la conducta esta desprovisto de cualquier dolo, por tanto su acción altruista deviene en atípica.

En el caso anterior, se presenta el error de tipo que es en otras palabras “cuando el agente desconoce los elementos descriptivos o normativos, es decir, los elementos objetivos del tipo penal. Cuando este error se comete, existe una exclusión del dolo y la conducta es atípica. Para que una conducta sea dolosa, es necesario que el actor conozca que se encuentra realizando la conducta tipificada por la ley penal y quiera su realización. Se trata entonces de conocimiento de realización del hecho y la voluntad de llevarlo a cabo”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Ibáñez. 2009).

En el caso tomado como ejemplo, la persona quien facilita o colabora a los migrantes para proteger su vida, lo hace con el objeto de socorrerlo y sin consciencia que su actuar sea doloso, aunque sepa que el tráfico de migrantes existe, pues solo quiere brindar ayuda y lo hace sin ánimo de lucro por ello deviene en atípica, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, “el dolo implica el conocimiento de las circunstancias del hecho, así como la previsión del desarrollo del suceso y del resultado” y para el caso hipotético, quien ayude, facilite o colabore, esta incurriendo en el verbo rector del tipo penal, pero con ausencia de dolo.

En el delito de tráfico de migrantes puede presentarse que la conducta se lleve a cabo a través de un error de tipo vencible o un error de tipo invencible, diferenciación que ha sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial destacando la siguiente nota: “El error de tipo puede ser vencible o invencible al examinarse en atención al entorno y a las condiciones de orden personal en las que la persona se desenvuelve. Es vencible cuando a una persona, en las mismas circunstancias, le es razonablemente exigible que no cometa el error. Es invencible cuando cualquier persona, en las mismas circunstancias, habría cometido el mismo error”. (Corte Suprema de Justicia. Castro Caballero. 2013).

En atención a lo expresado por la Corte Constitucional colombiana, puede pensarse en aquel conductor de vehículo de servicio público tipo taxi para quien pueda darse el error de tipo invencible al incurrir en el verbo rector de colaborar transportando a un lugar fronterizo o desde un lugar fronterizo a personas que no entraron a Colombia con el cumplimiento de los requisitos legales, pues, es materialmente imposible que esta persona no calificada exija para el cumplimiento de su labor que es remunerada, que se le exhiba los documentos de acuerdo con las exigencias que para tal efecto ha fijado el Ministerio de Relaciones Exteriores, no incurre en el mismo error, quien funge como servidor público (policía, agentes consulares y otras personas calificadas para el control de los migrantes) y que faciliten que estos ingresos, transiten o salgan del país sin el cumplimiento de los requisitos legales .

El numeral décimo del artículo 32 del Código Penal colombiano establece el error de tipo al señalar que no hay lugar a responsabilidad penal cuando “se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la

descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad, Si el error fuere vencible, el actor debe responder solo si la conducta ha sido prevista por el legislador como culposa". (Congreso de la Republica. Ley 599.2000).

El numeral 12 del mismo artículo establece que cuando el actor incurra en error invencible sobre una circunstancia que dé lugar a una atenuación de punibilidad, se le aplicará la correspondiente disminución de la pena. (Congreso de la Republica. Ley 599.2000).

4.2.Error de prohibición

Este error se presenta cuando el agente piensa o cree, al momento de cometer el delito, que la conducta que va a impetrar es permitida o que no se encuentra prohibida por la ley, es el típico caso del hotelero que facilita la permanencia de migrantes en el país o en territorio fronterizos con la consciencia y el convencimiento pleno que se encuentra en el ejercicio de una actividad comercial que cumple con las normas impuestas por la cámara de comercio y demás entes de control sin que jamás pueda llegar a imaginarse que el alojar personas sin el cumplimiento de los requisitos legales pueda llevarlo a ser responsable penalmente . Puede ser que el actor no piense que su conducta constituye un delito o que ni siquiera piense en absoluto en la posibilidad de que se trate de un delito. El error de prohibición puede ser vencible o invencible.

Según el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, cuando se trata de un error de prohibición invencible, no hay lugar a responsabilidad penal. Si se trata de un error vencible, la pena a imponer se debe reducir en la mitad. Sin embargo, en

el inciso final de este numeral, se aclara que para dar por cumplida la existencia de conciencia de antijuricidad en el actor basta con que este haya tenido la posibilidad, en términos razonables, de conocer lo injusto de su conducta. (Congreso de la Republica. Ley 599.2000).

4.3.Estado de necesidad

El estado de necesidad se encuentra regulado en el artículo 32, numeral 10 del Código Penal Colombiano que indica lo siguiente: “Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

En torno al delito de tráfico de migrantes se presenta con frecuencia que aquellas personas que se dedican a la conducción de canoas, lanchas, vehículos, y cuyo trabajo en esas zonas de la geografía es escaso, se encuentran en la imperiosa necesidad de obtener ingresos a través de la ayuda y colaboración que le presten a personas que no cumplen con el lleno de requisitos legales para salir o ingresar al país, pero que se ven forzadas a transportarlas porque es de la única forma de obtener ingresos y, en consecuencia, de la única opción que pueden garantizar la vida y subsistencia propia de sus hijos, cónyuges, padres y familia en general.

Es frecuente que el gobierno colombiano mantenga en el completo olvido a personas que trabajan por ejemplo en la frontera con la Guajira, en los Llanos Orientales, en la Rivera del Amazonas, del Orinoco, y prácticamente los obliga o los lleva a un estado de necesidad donde la única forma de subsistir es la de

incurrir en alguno de los verbos rectores señalados por el artículo 188 del Código Penal.

Tales sujetos, al momento de ser judicializados, deberán beneficiarse de la causal de justificación consagrada en el artículo 32 de la Ley 599 del 2000.

CONCLUSIÓN

El bien jurídico tutelado por el delito de tráfico de migrantes en Colombia no puede limitarse a la libertad individual, ya que se trata de un delito pluriofensivo que a todas luces afecta la soberanía del Estado; además, por ser un tipo penal en blanco, requiere para su configuración que se llene de contenido con las normas de carácter administrativo expedidas por el gobierno para controlar los flujos migratorios.

El delito de tráfico de migrantes es pluriofensivo, de peligro, por ello, admite su modalidad tentada que sin que se cumpla el objetivo planteado de ayudar, colaborar, constreñir a las personas sin el cumplimiento de los requisitos legales pueda atentarse contra el bien jurídico colectivo y ser merecedor de reproche.

Además de violar las libertades individuales, cuando se incurren en el delito de tráfico de migrantes, se pone en serio peligro la soberanía del Estado, se afectan tópicos como las condiciones de salubridad, de seguridad, se puede llegar al vandalismo, terrorismo, etc. conducta que pone en peligro al Estado mismo como bien colectivo.

Dado que la problemática de tráfico de migrantes se presenta a nivel mundial, Colombia ha adherido al tratado de tráfico de migrantes por Tierra, Mar y Aire, y como consecuencia de su adhesión ha incluido en su ordenamiento patrio el artículo 188 de la ley 599 del 2000.

El delito de tráfico de migrantes es un tipo penal en blanco, porque para su configuración es requisito *sine quam nom* que se violenten normas de índole administrativo que son del resorte del Ministerio de Relaciones Exteriores y del gobierno nacional con respecto a los flujos migratorios, por ello es menester que para que se impute tal conducta delictiva se expresen las normas administrativas violentadas que dan lugar a la responsabilidad penal.

El artículo 32 de la Ley 599 de 2000 contiene causales de ausencia de responsabilidad y de disminución de la responsabilidad penal como lo son el estado de necesidad, el error de tipo y el error de prohibición, figuras que son frecuentes cuando se quiere judicializar el tráfico de migrantes, por hechos sociales como la desprotección estatal, la ausencia de pedagogía en zonas limítrofes, las acciones altruistas y un sinnúmero de fenómenos sociales que llevan a que diferentes personas se vean involucradas en una hipótesis delictiva sin que tengan dolo, consciencia de la antijuridicidad, o que simplemente no puedan optar por otra opción para salvaguardar derechos fundamentales de igual o mayor raigambre como su vida y su subsistencia en condiciones dignas.

Es por lo anterior por lo que el tipo penal de tráfico de migrantes debe ser tomado con sumo cuidado, pues comporta unos elementos estructurales propios y unas condiciones y necesidades que se presentan por la problemática social a nivel mundial, que obliga a que todos los días en muchos países se tengan que enfrentar este flagelo porque se ha constituido grandes redes de personas con

ánimo de lucro que se aprovechan de los deseos y necesidades de otras personas que a veces de manera voluntaria o involuntaria se ven avocadas a cruzar fronteras sin el cumplimiento de requisitos legales.

Esas grandes redes de traficantes de migrantes en ocasiones se mimetizan con otras personas que realizan labores comerciales, altruistas, o que simplemente no tienen otro trabajo para realizar y es por eso por lo que se exige especial cuidado al momento de determinar la existencia o no de responsabilidad penal cuando se imputa tal ilícito.

BIBLIOGRAFIA

Alejandro I Canales., Juan Alberto Fuentes Knith, y Carmen Rosa León.

«Desarrollo y Migración. Desafíos y Oportunidades en los países del norte de Centroamérica», 2019.

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44649/1/S1000454_es.pdf.

Augusto J. Ibáñez Guzmán. sentencia 31763, No. 31763 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 1 de julio de 2009).

Biles, Eleanor. «Papa pide a Europa impedir que Mediterráneo sea cementerio de Inmigrantes.», 25 de noviembre de 2014.

<https://es.reuters.com/articulo/entertainmentNews/idESKCN0J91HD20141125>.

Cancillería de Colombia. «Antecedentes históricos y causas de la migración».

Antecedentes históricos y causas de la migración Antecedentes históricos y de contexto, 15 de octubre de 2019.

<https://www.cancilleria.gov.co/colombia/migracion/historia>.

- Clara Cecilia Dueñas Quevedo. sentencia 86646 (Sala de Casación Laboral 27 de enero de 2021).
- Claux Roxini. *Derecho Penal: Fundamentos, la Estructura de la teoría del delito 2a edición.*, 2007.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. «MIGRACION. BIBLIOTECA DE LA CEPAL», 15 de octubre de 2019, 1.
- Congreso de la República. Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000. § (s. f.).
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.
- Fernando Alberto Castro Caballero. Sentencia 40336, No. 40336 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 30 de enero de 2013).
- Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C-147/17, No. C-147/17 (Corte Constitucional Colombiana 8 de marzo de 2017).
- Gobierno de Colombia. «Protocolo de Pacto Tierra Mar y Aire.», noviembre de 2000.
http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_cont_tr%C3%A1fi_l%C3%ADci_migra_tierra_mar_aire_comple_conve_nu_cont_delin_orga_transn.pdf.
- Jaime Ruiz de Santiago. «Derecho de Migrantes y Derecho Internacional». Académico, Iberoamericana de México, s. f.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26332.pdf>.
- José Francisco Acuña Vizcaya. Sentencia 56942, No. 56942 (Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal 17 de marzo de 2021).
- Julio Enrique Socha Salamanca. Sentencia 32422, No. 32.422 (Corte Suprema de Justicia 10 de marzo de 2010).
- Marina Pulido de Barón. Sentencia 25465 (Corte Suprema de Justicia 12 de octubre de 2006).
- Martínez, Rosario de Vicente. *El principio de Legalidad Penal*. Valencia España: Tirant Lo Blanch, 2004.
- Matus Acuña Jean Pierre. *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger en los tipos penales*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2011.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. DECRETO 1067 DE 2015
(s. f.).

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_1067_2015.htm

Sigifredo Espinosa Pérez. Sentencia 26597 (Corte Suprema de Justicia 24 de octubre de 2007).

Stella Ruiz Delgado. Sentencia SU677/17, No. SU677/17 (Corte Constitucional Colombiana 15 de noviembre de 2017).

ANEXOS

- Comisión Nacional de Género Rama Judicial

Instrumentos Jurídicos por el Derecho a la Igualdad y no discriminación con enfoque diferencial en beneficio de las personas en condición de desplazamiento o migración

Instrumentos Jurídicos por el Derecho a la Igualdad y no discriminación con enfoque diferencial en beneficio de las personas en condición de desplazamiento o migración

- Ley 1448 de 2011 Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

- Ley 1997 de 2019 Por medio del cual se establece un régimen especial y excepcional para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento, para hijos e hijas de venezolanos en situación de migración regular o irregular, o de solicitantes

de refugio, nacidos en territorio colombiano, con el fin de prevenir la apatridia. (Ley Ordinaria) - migrantes venezolanos

- Resolución 2361 de 2019 Por la cual se adoptan los lineamientos para la implementación del alojamiento digno en la transición.

- Resolución 1645 de 2019 Por la cual se deroga la Resolución número 1291 del 2 de diciembre de 2016 y se adopta el procedimiento y mecanismos técnicos y operativos de reconocimiento y entrega de la Atención Humanitaria de Emergencia y Transición a Víctimas de Desplazamiento Forzado.

- Resolución 765 de 2019 Por la cual se establecen los órdenes de priorización de los hogares potenciales beneficiarios y órdenes de selección de los hogares beneficiarios del Subsidio Familiar de Vivienda 100% en Especie de que trata el Libro 2, Parte 1, Capítulo 2, Sección 1 del Decreto 1077 de 2015.