

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
VI SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS. PLAN 93.



“INCIDENCIA DE LA TEORIA DEL BIEN JURIDICO EN LA CREACION DEL TIPO PENAL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS Y SUS PROBLEMAS JURÍDICOS DE APLICACIÓN”.

TRABAJO DE GRADUCACIÓN PARA OPTAR AL TITULO DE:

LICENCIADO/A EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

GRANADA LÓPEZ JORGE FERNANDO
MARTINEZ GUEVARA CRISTINA NELLY
MUNGUÍA FLORES JACQUELINE

DIRECTOR DE SEMINARIO:
LICENCIADO LEVIS ITALMIR ORELLANA CAMPOS.

CIUDAD UNIVERSITARIA MARZO DE 2004

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO

ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVA

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL INTERINA

LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ VELA

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

LIC. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICE-DECANO

LIC. JOSE MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO INTERINO

DR. JOSE RODOLFO CASTRO ORELLANA

UNIDAD DE INVESTIGACION JURIDICA INTERINO

LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. LEVIS ITALMIR ORELLANA CAMPOS

INDICE

CONTENIDO.	PAGINA
INTRODUCCIÓN.	i
 CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1. Ubicación del Problema en el Contexto Socio Histórico.	1-2
1.1- Identificación de la Situación Problemática.	2-3
1.1.2- Delimitación del Problema y de la Investigación.	
1.1.2.1- Delimitación Teórica.	4
1.1.2.2- Delimitación Espacial.	4
1.1.2.3- Delimitación Temporal.	5
1.1.3- Enunciado de Problema.	5
1.2- Justificación de la Investigación.	5-6
1.3- Objetivos de la Investigación.	
1.3.1- Objetivo General.	7
1.3.2- Objetivos Específicos.	7-8
1.4- Marco de Referencia.	
1.4.1- Marco Histórico.	
1.4.1.1- Evolución Histórica de la Teoría del Bien Jurídico.	8-13
1.4.1.2- Evolución Histórica en El Salvador del delito Tráfico Ilegal de Personas.	14-16
1.4.2- Marco Teórico.	17-18
1.4.3- Marco Normativo Jurídico.	
1.4.3.1- Régimen Constitucional.	19-21

1.4.3.2- Instrumentos Jurídicos Internacionales.	21-24
1.4.3.3- Leyes Secundarias.	
1.4.3.3.1- Código Penal Salvadoreño	24-26
1.4.3.3.2- Ley de Migración.	26-27
1.4.3.3.3- Ley de Extranjería.	28
1.4.3.4- Derecho Comparado del Delito de Tráfico Ilegal de Personas en Diferentes Normativas Penales.	28-31
1.5- Hipótesis	
1.5.1- Hipótesis de Trabajo.	31
1.5.2- Operacionalización de Hipótesis.	31-32
1.6- Metodología	
1.6.1- Tipo de Investigación.	33-34
1.6.2- Unidades de Observación	34
1.6.3- Población y Muestra.	34
1.6.4- Técnicas e Instrumentos a utilizar.	35-36

CAPITULO II: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORIA DEL BIEN JURÍDICO Y DE LA TEORIA DEL TIPO.

2.1- Evolución Histórica de la Teoría del Bien Jurídico.	37
2.1.1-Precedente Iluminista	38
2.1.2- Concepción Trascendentalista de Corte Jusnaturalista.	38-39
2.1.3- Concepción Inmanente Jurídico Positivista.	39-40
2.1.4- Concepción Trascendentalista Político Criminal.	41-42

2.1.5- De la Espiritualización a la Negación del Bien Jurídico.	42
2.1.6- El Surgimiento Mediatizado del Concepto Trascendente del Bien Jurídico.	43
2.1.7- Tendencias Actuales sobre el concepto de Bien Jurídico.	43
2.1.7.1- Tendencias Jurídico – Constitucionales.	44
2.1.7.2- Tendencias Sociológicas o Sociales.	45-46
2.2- Funciones del Bien Jurídico.	46-50
2.3- Evolución Histórica de la Teoría Penal del Tipo.	
2.3.1- El concepto de Tipo propuesto por Ernest Von Beling.	51-55
2.4- Evolución Histórica de la Tipicidad.	
2.4.1- Naturaleza Jurídica de la Tipicidad.	56-57
2.4.2- Desarrollo Histórico.	57
2.4.2.1- Primera Etapa.	57-59
2.4.2.2- Segunda Etapa.	59
2.4.2.3- Tercera Etapa.	60
2.4.2.4- Cuarta Etapa.	60-63
2.4.2.5- Quinta Etapa.	63-64
2.4.2.6- Sexta Etapa.	64-65
2.5- Clasificación de los Tipos Penales.	
2.5.1- En cuanto al Bien Jurídico.	65-67
2.5.2- En cuanto a la Formulación Legal.	67-69
2.5.3- En cuanto al Sujeto Activo.	70
2.5.4- En cuanto al modo de Comportamiento.	71-75

**CAPITULO III: PROBLEMAS JURÍDICOS DE APLICACIÓN QUE
PLANTEA LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO TRÁFICO ILEGAL DE
PERSONAS.**

3.1- Análisis del Decreto Legislativo Número 568.	76-77
3.1.1- Análisis de la Discusión de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales.	77-79
3.2- Análisis de la Nacionalidad de los Centroamericanos según la Constitución de la República .	80-83
3.3- Aplicación de la Ley Penal en el espacio.	
3.3.1- Principio de Territorialidad.	83-84
3.3.2- Aplicación Extraterritorialidad de la Ley Penal.	84
3.3.2.1- Principio Personal.	84-85
3.3.2.2- Principio Universal de Justicia.	85
3.3.3- Delitos de Lesa Humanidad.	85-86
3.3.4- Análisis del Principio de Doble incriminación y ne bis in idem	86-87
3.4- Aplicación de la Ley Penal en cuanto a la Autoría y Participación.	88-94
3.5- Análisis de la Tentativa.	94-97
3.6- Concursos de Tipos Penales.	97-99
3.7- Tribunal Competente para conocer los casos de Tráfico Ilegal de Personas.	99-102

**CAPITULO IV: ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS Y
SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS.**

4.1- Consideraciones Generales:	103-104
4.1.1- Esquema Básico de los Elementos del Tipo.	104
4.1.2-Autor de la acción	104
4.1.3-La acción	104-105
4.1.4-La omisión	105-106
4.1.5-Momento de la acción	106
4.1.6-El resultado	106-107
4.1.7-Relació de Causalidad o Imputación objetivo	107-109
4.1.8-Elementos Descriptivos y Normativos	109-110
4.1.9-Los Medios	110
4.1.10-El Lugar	110-111
4.2- Elementos Subjetivos.	111-112
4.2.1-Elementos del dolo	112-115
4.3- Análisis de los Elementos del tipo penal Tráfico Ilegal de Personas	115-116
Tráfico Ilegal de Personas.	
4.3.1- Elementos Objetivos del Tipo.	116
4.3.1.1- Bien Jurídico Protegido.	117-118
4.3.1.2- Sujetos del Delito.	118-120
4.3.1.3- Objeto Material.	120
4.3.1.4- Circunstancias Espaciales.	120-121
4.3.2- Elementos Descriptivos del Tipo.	121
4.3.3- Conducta Típica.	121-122
4.3.4- Elementos Normativos del Tipo.	122-125
4.3.5- El Tipo Subjetivo.	125

4.3.6- Análisis de la Tentativa.	125-126
4.3.7- Concursos	126-127
4.3.8- Agravante.	127
4.3.9-Consumación del delito.	127-130
4.3.10-Causas de Justificación.	130-132
4.3.11-Autoría Mediata	132-134
4.3.12- Efectos de la Extraterritorialidad del art. 367-A C.Pn.	134-137

CAPITULO V: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

5.1- Entrevistas	138-139
5.1.1- A Fiscales.	139-145
5.1.2- A Defensores Particulares.	145-152
5.1.3- A Jueces.	152-160
5.2- Síntesis de las Entrevistas.	160-167

CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

BIBLIOGRAFÍA.	177-182
----------------------	---------

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de graduación se denomina: **“INCIDENCIA DE LA TEORIA DEL BIEN JURIDICO EN LA CREACION DEL TIPO PENAL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS ESTABLECIDO EN ÉL ARTICULO 367 –A DEL CODIGO PENAL Y SUS PROBLEMAS JURIDICOS DE APLICACION”**; esta compuesto por seis capítulos denominados: CAPITULO I **“PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA”**, ubicando el mismo en su contexto socio-histórico, es decir, estableciendo la forma en que se ha manifestado el tráfico ilegal de personas y la evolución de la teoría del bien jurídico, así como también las razones que ha tenido El Salvador para tipificar este delito. De igual manera se ha identificado la situación problemática, la cual consiste en hacer un breve análisis, de manera ordenada y sistematizada del problema planteado (tráfico ilegal de personas).

Posteriormente se han establecido los limites dentro de los cuales se realiza la investigación siendo los siguientes: a) El alcance teórico, el cual hace referencia al área jurídica en que se desarrolla el problema; b) El alcance espacial: señalando el área geográfica y las unidades de observación que serán tomadas en cuenta para la investigación de campo; c) Alcance temporal: delimitando el tiempo en que va ha ser estudiado el problema del tráfico ilegal de personas, es decir, desde la entrada en vigencia de la reforma al artículo 367 A del Código Penal.

Luego de haber planteado el problema para efectos de estudio se ha delimitado el mismo de la siguiente manera: **¿EN QUE MEDIDA EL DELITO TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS GENERA PROBLEMAS JURÍDICOS DE APLICACION DE LA LEY PENAL?**.

En la justificación de la investigación se describen de manera concreta los motivos, importancia y necesidad de analizar la figura del tráfico ilegal de personas, así como también se establecen los problemas jurídicos que se generan al momento de la aplicación del mismo, por ser un tema de actualidad, novedoso y de relevancia jurídica.

El presente trabajo tiene como principal objetivo demostrar a través del desarrollo de la investigación que el delito tráfico ilegal de personas ha generado consecuencias jurídicas negativas en la sociedad salvadoreña, puesto que es una figura que ha sido creada en atención a intereses políticos partidarios en el país y no de acuerdo a las necesidades de la colectividad, figura que hasta octubre de dos mil uno no existía como tal, para lo cual se ha elaborado un objetivo general y seis específicos, los cuales contribuirán a demostrar la hipótesis planteada.

El marco de referencia compuesto por: El marco Histórico, en el cual se establece la evolución de la figura jurídica que se está investigando; El marco teórico, comprende todas aquellas teorías que sustentan el problema objeto de investigación, en el marco Normativo jurídico se hace un análisis de la legislación tanto nacional como internacional de todos aquellos cuerpos jurídicos en los cuales se establece la figura del tráfico ilegal de personas, así como también se hace uso del derecho comparado de algunos países que regulan dicha figura en sus legislaciones, esto con el fin de determinar el bien jurídico que se está protegiendo, así como también los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Se ha establecido la hipótesis de trabajo y su respectiva operacionalización, la cual ha sido comprobada a través de las entrevistas realizadas a informantes claves.

En el CAPITULO II: “EVOLUCION HISTORICA DE LA TEORIA DEL BIEN JURÍDICO Y DE LA TEORIA DEL TIPO”, se hace una exposición del tratamiento

que se le ha dado a través de la historia a la teoría del bien jurídico, así como también las tendencias de cada uno de sus expositores, y los diferentes enfoques que han sido dados por cada uno de ellos.

El CAPITULO III: establece todos aquellos problemas jurídicos de aplicación que se dan, debido a la mala redacción del artículo, generando que en la práctica los Jueces se enfrenten a una serie de dificultades al momento de aplicar la figura del tráfico ilegal de personas al caso concreto que esta sometido a su conocimiento; dándose problemas como el de la aplicación de la ley penal en el espacio, esto para la determinación de la competencia del Estado Salvadoreño, para conocer los casos de tráfico que son cometidos fuera de los límites territoriales, en los cuales El Salvador ejerce su soberanía, así también problemas de autoría y participación, apartado en el cual se hace un análisis de la teoría del hombre de atrás expuesta por el tratadista Claus Roxin, la que plantea una solución a los conflictos en cuanto a la autoría mediata, determinándose otros problemas de aplicación como si existe o no la tentativa en este delito, que clase de concurso puede darse y que tribunal es el competente para conocer, cuando se llegue a la etapa de sentencia o vista pública en los casos de tráfico.

Los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal del tráfico ilegal de personas, merecen especial atención, por lo que el CAPITULO IV, trata exclusivamente de estos, haciéndose un análisis de los mismos, delimitando el artículo de acuerdo a cada uno de los elementos tanto objetivos como subjetivos que lo conforman. Describiéndose además todas aquellas conductas que el artículo establece, como la de albergar, transportar o guiar, que forman parte de los elementos objetivos, así también se analizan los sujetos que intervienen en la comisión de este ilícito penal, tanto en su carácter de sujetos pasivos como de sujetos activos; de igual manera se

establecen todos aquellos elementos que únicamente son susceptibles por nuestros sentidos, y que doctrinariamente se conocen como tipo subjetivo.

Para la comprobación de la hipótesis de trabajo planteada en el primer capítulo del presente trabajo y el cumplimiento de los objetivos, se hace necesario la investigación de campo, la cual se realizó a través de las entrevistas a informantes claves, tomando como muestra a fiscales de la Unidad de Tráfico Ilegal de personas, Jueces de Instrucción y Sentencia que tienen a su conocimiento casos de tráfico y defensores particulares de los sujetos activos del delito. En el CAPITULO V denominado RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN: se sistematiza la información obtenida en las entrevistas dirigidas a las unidades de observación.

Finalmente y como todo trabajo de investigación que tenga como principal objetivo un aporte jurídico, se han formulado las conclusiones y recomendaciones que como grupo establecemos, en atención al análisis del artículo trescientos sesenta y siete-A del Código Penal.

CAPITULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. UBICACIÓN DEL PROBLEMA EN EL CONTEXTO SOCIOHISTÓRICO.

A partir de los años noventa el tráfico ilegal de personas ha capturado la atención internacional, principalmente por parte de los Estados Unidos, ya que es el país de mayor destino de personas ilegales, “que se comprometió a combatir el tráfico ilegal de personas dentro de su país y en el extranjero; y como consecuencia desde 1994 el departamento de Estado, comenzó a vigilar el tráfico ilegal de personas”¹. Sumado al esfuerzo que realizan las Naciones Unidas que reconocen el incremento de la globalización del crimen organizado ya que los sistemas jurídico-penales de los Estados individuales son incapaces de hacerle frente a este fenómeno, buscando una cooperación internacional en materia penal como elemento indispensable para combatirlo, “se afirma que la globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y expansión de la criminalidad a nivel mundial”², por lo que el tráfico ilegal de personas, se considera un delito que traspasa las fronteras de nuestro país y generalmente se perfecciona en territorio de otro Estado.

¹ Informe distribuido por la Oficina de información internacional de Depto. de Estado de EEUU. Sitio Web <http://usinfo.state.gov/espagnol>, 12 Julio de 2001.

² Blanco Cordero, Isidoro:” Principales instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y la Unión Europea relativos al crimen organizado: definición de la participación de una organización criminal”. Pág.4.

El Salvador se une al combate de este delito al reformar el artículo 367-A del Código Penal, en el que se crea el delito de tráfico ilegal de personas, el cual por responder a intereses partidarios de quienes tienen la facultad de legislar, posiblemente no se adecua a la voluntad de la población en general, que es un elemento importante a tomar en cuenta al momento de tipificar una conducta, teniendo el derecho penal la facultad de perseguir el bien común, lo que genera que la aplicación de este tipo penal tenga como consecuencia problemas jurídicos y por lo que existe la necesidad de analizar los elementos objetivos y subjetivos del tipo, con la finalidad de determinar el grado en que participan cada uno de los sujetos que intervienen en la comisión de este delito.

A través de los diferentes medios de comunicación, podemos reconocer que el delito tráfico ilegal de personas es uno de los de mayor relevancia en nuestro país, ya que se han ocasionado violaciones a los derechos humanos y hasta la pérdida de la vida de víctimas de este ilícito, por ello enfocamos nuestra investigación en este delito para determinar, si en la práctica los tribunales de justicia toman como parámetro los elementos del tipo al momento de sancionar la conducta descrita en el Art. 367-A del Código Penal y analizar que bien jurídico el legislador protege con este delito.

1.1- IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

La creación del delito tráfico ilegal de personas genera problemas jurídicos de aplicación de la ley penal, siendo los principales los siguientes:

- La creación del Art. 367-A del Código Penal carece de objetivos específicos, es decir, es confusa en cuanto a la determinación del bien jurídico que se

intenta proteger, poniendo de manifiesto los intereses políticos partidistas de quienes tienen la facultad de legislar en nuestro país.

- El legislador al crear el tipo penal tráfico ilegal de personas lo hace de manera general, no pudiendo ser específico puesto que puede encontrarse con una conducta que ya esté comprendida en otro delito sancionada en el Código Penal.
- El crimen organizado tiene un carácter transnacional, es decir, puede desarrollarse en territorio de más de un Estado lo que dificulta la determinación de competencia de la Jurisdicción Penal; en el tráfico ilegal de personas se hace difícil la aplicación de la ley penal salvadoreña al delito cuando este es cometido fuera del territorio nacional.
- En otros países el delito -tráfico ilegal de personas- por ser un fenómeno internacional es considerado un delito de crimen organizado, por contar con una estructura especializada dentro de la cual los individuos que participan en él tienen una función específica, lo que genera confusión en nuestro país al momento de determinar si dicha figura es o no crimen organizado, con el fin de establecer el tribunal competente para dictar sentencia en estos casos.
- La aplicación del delito tráfico ilegal de personas genera problemas en la determinación de autoría, al buscar el grado de participación de cada uno de los individuos que intervienen en la comisión de este delito.
- La mala redacción del artículo 367-A, genera confusión en cuanto a determinar si existe o no tentativa en el delito de tráfico ilegal de personas.-

1.1.2- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1.2.1-DELIMITACIÓN TEÓRICA:

El presente trabajo de investigación está delimitado en el área del derecho penal por ser el tema a investigar **“LA INCIDENCIA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN LA CREACIÓN DEL TIPO PENAL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 367-A DEL CÓDIGO PENAL Y SUS PROBLEMAS JURIDICOS DE APLICACIÓN”**.

Tomando como punto de partida para el desarrollo de nuestro trabajo; la teoría del bien jurídico la que nos ayudara a determinar, que bien se protege con la creación del delito Tráfico Ilegal de Personas.

La teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados, que fundamentan la autoría mediata del “hombre de atrás” que aplicaremos a la figura delictiva objeto de nuestra investigación; y así, determinar los problemas jurídicos que se generan en los tribunales de justicia, nos auxiliaremos de la teoría del delito que contiene los elementos del tipo, la cual tomaremos para analizar los elementos objetivos y subjetivos del delito que se está investigando.-

1.1.2.2 -DELIMITACIÓN ESPACIAL:

El problema objeto de nuestra investigación “tráfico ilegal de personas”, tiene un ámbito extenso ya que se manifiesta en todo el territorio Salvadoreño y por ser una figura delictiva nueva dentro del catálogo de delitos y que la misma tuvo vigencia a partir del mes de Octubre de dos mil uno, es necesario señalar para el estudio de campo el área metropolitana de San Salvador, por ser la zona en la que existe mayor

factibilidad para llevar a cabo la investigación, y en la cual se conoce actualmente el mayor número de casos del delito de tráfico ilegal de personas.-

1.1.2.3-DELIMITACIÓN TEMPORAL:

El delito Tráfico Ilegal de Personas se tipificó en el Código Penal el 11 de octubre del año 2001, en el Art. 367-A, por lo que es a partir de la entrada en vigencia del mismo, que tomaremos como parámetro para determinar el lapso de tiempo en que se desarrollara la presente investigación, siendo desde octubre del año 2001 hasta Octubre de 2003.

1.1.3- ENUNCIADO DE PROBLEMA

Para efectos de estudio de la situación problemática planteada, y de la delimitación del problema, establecemos el enunciado de la siguiente manera: **¿EN QUÉ MEDIDA LA INCORPORACIÓN DEL DELITO TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS GENERA PROBLEMAS JURÍDICOS DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL ?.**

1.2-JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Para la selección del tema partimos de la identificación de un problema real existente en la sociedad salvadoreña, con la creación del delito tráfico ilegal de personas, el cual ha generado consecuencias jurídicas negativas a las personas que intervienen en la configuración de este delito. Considerando que la aplicación del delito -tráfico ilegal de personas- genera problemas en cuanto a la determinación del bien jurídico que se intenta proteger y la identificación de los elementos del tipo penal

configurados en dicho delito, por lo que consideramos la importancia de realizar la investigación sobre esta situación que afecta a un alto índice de Salvadoreños que pretenden emigrar de forma ilegal, a la vez que afecta a los extranjeros que diariamente transitan por nuestro país, por considerarse una ruta factible para el ingreso de ilegales hacia Estados Unidos, por ser el país de mayor auge de indocumentados.

Esta investigación cumple con los requisitos de ser novedosa, interesante y de actualidad, puesto que hasta la fecha no se ha realizado ninguna investigación que trate sobre el tema, considerándose una figura jurídica relativamente nueva, puesta en vigencia en octubre de 2001.

Pretendiendo con la investigación contribuir a la denuncia de falacias e injusticias que actualmente se ocultan bajo el proceso de creación de este delito, no tomando como parámetro los intereses de la colectividad que deben seguir los legisladores, sino por el contrario se contribuye al gobierno norteamericano para mantener el status de seguridad nacional, así como aportar información objetiva a través de datos reales de la manifestación actual de este problema e información documental que se basa en una investigación empírica y de campo de cómo se manifiesta este delito en la sociedad Salvadoreña, dejando un precedente en cuanto a este tema.

Teniendo como utilidad práctica descubrir al final de la investigación las incongruencias en cuanto a la redacción del artículo 367-A del Código Penal y los problemas que genera la aplicación del delito en la realidad jurídica.

1.3- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.3.1-OBJETIVO GENERAL:

Analizar los problemas jurídicos de la aplicación de la ley penal que genera el delito de tráfico ilegal de personas.

1.3.2-OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Conocer la evolución histórica de la teoría del bien jurídico y la teoría del tipo.
- Establecer los problemas de autoría y participación en la aplicación de delito de tráfico ilegal de personas.
- Identificar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal tráfico ilegal de personas.
- Determinar el bien jurídico protegido en artículo 367-A del código penal.
- Analizar la normativa nacional e internacional aplicable a la figura del tráfico ilegal de personas.
- Conocer si la creación y aplicación del delito de tráfico ilegal de personas violenta principios constitucionales.

- Analizar las razones por las cuales los legisladores tipificaron el delito tipo tráfico ilegal de personas.

1.4- MARCO DE REFERENCIA

1.4.1- MARCO HISTORICO

1.4.1.1-EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORIA DEL BIEN JURIDICO.

La búsqueda por delimitar el contenido exacto del bien jurídico surge como consecuencia de controlar el desmedido avance que ha tenido el derecho penal y con ello el *ius puniendi* estatal, así como establecer de manera precisa, inequívoca y exacta aquellas conductas que es necesario proteger, salvaguardando así todos aquellos valores fundamentales de cada orden social organizado; por ello, es necesario establecer los parámetros precisos para que pueda existir una democrática y legal persecución de las conductas consideradas como lesivas a los intereses sociales.

Uno de los penalistas a los que se le ha atribuido el intento de desarrollar una teoría del bien jurídico fue Birnbaum, el cual fijó su enfoque desde una perspectiva *Jusnaturalista* y con fundamentos de contenido liberal, lo cual constituye una limitante del *ius puniendi* del Estado.

La perspectiva de este autor se basa en un *iusnaturalismo* moderado, en el cual existe una mezcla entre *iusnaturalismo* y el *racionalismo*, haciendo un especial hincapié en la realidad de la aplicación del derecho penal Alemán.

La argumentación de este penalista se enfoca primeramente en el rechazo a la idea que “el delito constituye una lesión de un derecho” ya que el derecho según sus ideas

no puede ser disminuido, ni sustraído, ello solo puede suceder respecto a lo que es objeto de un derecho, en otras palabras para el “un bien que jurídicamente nos pertenece”³, por ello sostiene que el concepto natural de lesión parece ser aquel en que nos referimos a una persona o a una cosa, en especial a aquellas que consideramos que nos pertenece o a algo que para nosotros es un bien, en consecuencia mediante la acción del sujeto activo del delito no es sustraído o disminuido. Ello constituye la afirmación que realiza Birnbaum que “el delito quiere considerarse como lesión, este concepto de acuerdo a su naturaleza no está referido a un derecho sino a un bien”.

Lo naturalista de Birnbaum se confirma a través de sus múltiples aseveraciones en las que sostiene que el bien jurídico está más allá del derecho, por su concepción es *trascendentalista*.

En concordancia con, el contenido de esos bienes jurídicos trasciende del derecho y del propio Estado, los bienes jurídicos están dados por la naturaleza y por el desarrollo social, luego el derecho y el Estado sólo pueden reconocerlos, no alterarlos, ni modificarlos e incluso establecerlos.

Todo lo anterior transcurre durante la Restauración, período histórico posterior a la época llamada *Iluminismo*.

El legado dejado por este penalista adquirió una nueva dimensión debido a la difusión que de su teoría haría Binding, pero éste, le daría un vuelco radical, sobre la

³ Bustos Ramírez, Juan: “Manual de derecho penal, parte general”. Cuarta Edición, PPU, Barcelona, 1994 Pág. 141.

de absolutizar las consideraciones jurídico-positivas de Birnbaum, con lo cual era consecuente con su posición positivista frente al derecho.

Para Binding el bien jurídico es inmanente a la norma, es decir que cada norma jurídica lleva en si, su propio bien jurídico, tratándose como términos inseparables, no pudiendo establecerse bases más allá del derecho o del Estado como sostuvo Birnbaum. El pensamiento de Binding radicaba en el hecho de que la esencia del derecho penal eran las normas, entendiendo al delito como una contravención a la norma, con ello se fortalece la idea de Binding de que el bien jurídico es creado por el derecho, o en palabras de Busto Ramírez; para Binding *“la norma crea al bien jurídico, no el bien jurídico a la norma⁴”*.

Otro de los pensadores que surgiría y que traería un aporte incalculable para la discusión sobre el bien jurídico sería Franz Von Liszt, autor que genero una nueva tendencia en las investigaciones realizadas hasta la fecha con respecto a la teoría del bien jurídico, dicho autor sostuvo *“los bienes jurídicos son aquellos intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad, y en donde no es el ordenamiento jurídico el que genera el interés, sino la vida,”* pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico⁵. Los bienes jurídicos según Von Liszt están en la naturaleza misma de las cosas, es decir, mas allá del ordenamiento jurídico, Von Liszt manifiesta que la idea del bien jurídico se encuentra tanto en el derecho penal como en la política criminal, así constituyendo el punto de unión o de convergencia para ambas disciplinas.

⁴ Ibidem Pág. 135.

⁵ Serrano Armando Antonio y otros, *“Manual de Derecho Penal, Parte Especial”* Tomo I Pág. 22.

Como ningún otro autor, Von Liszt incorpora al derecho penal Alemán el “positivismo naturalista” intentando configurar su contenido preciso acerca del bien jurídico que sirva como una verdadera limitación al *Ius puniendi*.

Para Von Liszt el ser humano es el bien jurídico, pensamiento que lo viene a situar en una posición totalmente antagónica frente a personas como Binding ya que como quedo dicho para él los bienes jurídicos giran entorno al hombre y no al Estado, los bienes jurídicos no están en la norma, sino que la norma ha de protegerlos.

Posteriormente se da una nueva etapa con respecto al tratamiento y el desarrollo de la conceptualización del bien jurídico, denominada “de espiritualización a la negación al bien jurídico”, que surge como consecuencia da la influencia de las corrientes Neokantismo en la doctrina penal Alemana, la cual para superar al positivismo y aquellos métodos basados en las ciencias naturales, genera *la visión de las Ciencias del espíritu* que tiene como fundamento *la filosofía de los valores*.

Dentro de sus principales exponentes destacan Honig, para él, el concepto de bien jurídico es “el fin recocado por el legislador en los preceptos penales individuales en su formula mas sucinta”. Bajo esta concepción, este autor dejó desprovisto el concepto de bien jurídico de todo su contenido real y concreto reduciéndolo a una categoría interpretativa, perdiendo así, todo su sustrato garantista y su carácter de fundamento material del injusto. Así se advierte que la perspectiva de dicho autor denotó el grado de autoritarismo en donde como bien se expresó lo importante, era “lo social”, “el pueblo”, y no el individuo, ello finalmente contribuyó a que quedara reducida la función del bien jurídico a una simple ayuda para la interpretación, una simple *ratio legis*⁶.

⁶ Ibidem Pág. 22

Finalmente las corrientes Ius filosóficas que siguieron a las anteriores tuvieron una concepción distinta del bien jurídico, su configuración, concibiéndolo como una acción, y es precisamente el Penalista Alemán Welzel el fundador de esta teoría: *teoría final de la acción*. Estableciendo nuevamente el postulado del contenido *trascendentalista* del bien jurídico, definiéndolo como “todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones”; Welzel precisa además, que el contenido de dicho bien constituye la suma de los bienes jurídicos, estableciendo que su interpretación deberá ser sólo en conexión con el orden social, se le atribuye incluso que tuvo una mayor claridad en colocar al bien jurídico más allá del derecho y del Estado, cuya precisión incluso supero la establecida por el propio Von Liszt, poniendo con ello Welzel un límite liberal a la intervención del Estado.

Así para Welzel el orden social gira entorno al hombre, a su dignidad como persona humana, constituyéndose así el bien jurídico en una doble función en primer lugar una fundamentadora y otra de carácter garantizadora.

Desde una perspectiva dogmática, de la teoría del bien jurídico, Welzel aparece como un continuador de Binding y en caso alguno de Fran Von Liszt, a pesar de que hace un rescate realista de bien jurídico; quedando así como un criterio de interpretación de los tipos particulares.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, renace ampliamente la teoría del bien jurídico y surgen cada vez más los debates teóricos acerca de su indiscutible importancia para las ciencias penales. La discusión se centra principalmente en el análisis de los aspectos político-criminales que se relacionan a él, vinculándose a la teoría del bien jurídico como hace tiempo lo hicieran Fran Von Liszt, con los fines del ordenamiento jurídico y del propio Estado, y por lo tanto, con la política criminal.

Dentro de las nuevas tendencias que surgieron alrededor del bien jurídico, han sobresalido en particular aquellas que han puesto su acento en relación con la discusión sobre su contenido material, tratando de establecer criterios materiales para la determinación de aquellos a tutelar en cada sociedad y desde una óptica diferente aparecen, para alcanzar dicho objetivo; en relación a dicha disputa surgen dos grandes sectores doctrinarios, el primero que adopta una posición constitucional, y el otro, un criterio sociológico para determinar el contenido material del concepto en debate.

La teoría Constitucionalista han puesto el acento en las instancias formalizadoras de los fines del ordenamiento jurídico, recurriendo especialmente a la idea de la Constitución y su supremacía, señalando así, que ahí residen o se encuentran establecidos y formalizados los fines del ordenamiento jurídico y del propio Estado⁷, de lo que surge la idea fundamental y principal de que siendo la Constitución el sustrato de la legalidad en una sociedad organizada pacíficamente deberá existir una relación coherente entre su contenido, las prohibiciones y mandatos que emanan del derecho penal, legitimando esa sintonía y su existencia dentro de la sociedad.

Con lo anterior, se establece la existencia de un derecho penal democrático y el cual sólo podrá ser legitimado en la medida en que se parte de las premisas de un bien jurídico, ya que éste será un concepto final; en el cual el bien jurídico se configure como un verdadero límite a las potenciales arbitrariedades de los Estados Modernos, al *ius puniendi*, respetando por ello esos valores vitales, que forman parte de esa dinámica social tan cambiante y que deberán ser protegidos sobre la base de principios o criterios como *el principio de la necesidad* de protección penal de bienes jurídicos.

⁷ Bustos Ramírez, Juan, Op. Cit., Pág. 142.

1.4.1.2- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS EN EL SALVADOR

El Salvador como parte de los países del Tercer Mundo, no se encuentra exento de la práctica del tráfico ilegal de personas, fenómeno que afecta a la mayoría de países latinoamericanos; principalmente Estados Unidos, por ser el país con un alto índice de inmigrantes que ingresan de forma ilegal, es decir, violentando los controles migratorios y puestos fronterizos. De ahí que entre los fenómenos sociales y económicos de finales del presente siglo, la migración masiva de salvadoreños hacia Estados Unidos, constituya uno de los más importantes, para el desarrollo de El Salvador; esto es así, no solamente por la cantidad de personas que emigran anualmente y las cuales debido a circunstancias ajenas a ellas tienen que hacerlo de manera ilegal y buscar un guía para que los pueda transportar; sino también por los significativos envíos de dólares que en concepto de remesas familiares ingresan al país, las cuales sostienen tanto la economía familiar como la macroeconomía salvadoreña; produciendo cambios económicos, políticos, sociales y culturales de la sociedad en su conjunto.

El tráfico ilegal de personas comienza a perfilarse con mayor fuerza desde principios de la década de los años 80's, interviniendo como principal factor la guerra civil que afectaba a nuestro país en ese momento, lo que producía inseguridad para los habitantes de las zonas en donde se producía con mayor intensidad el conflicto armado; generando en primer lugar una emigración masiva hacia la capital del país, y luego al ver que sus oportunidades de superación no tenían ningún éxito, decidían buscar en otro país las oportunidades que su país de origen no les ofrecía. Para esta época la salida ilegal del país constituía una práctica relativamente "fácil" de realizar, principalmente porque en la legislación penal salvadoreña vigente en esa época no se

contemplaba el delito del tráfico ilegal de personas, lo que convertía a El Salvador en un país sumamente atractivo para transitar ilegalmente hacia Estados Unidos, no sólo por parte de nuestros compatriotas sino también de extranjeros, los cuales consideraban transitar más fácilmente por este país. Penalmente y de acuerdo al Código emitido en marzo de 1973, únicamente se iniciaba un proceso en contra de estas personas (traficantes) por los delitos de estafa contemplado en el Art. 242; falsedad material e ideológica artículos 316 y 328 respectivamente; uso de documentos falsos y supresión, destrucción u ocultación de documentos verdaderos, Artículos 322 y 323, todos del código penal. Delitos que en la mayoría de las veces no se lograban comprobar y por ende, difícilmente llegaban a la etapa de sentencia, en especial el delito de estafa el cual por ser conciliable no se continuaba más allá de la etapa inicial del proceso, pues a las personas estafadas lo que les interesaba era la recuperación del dinero invertido en el viaje. Los vacíos en la legislación nacional hacían difícil la identificación y persecución del delito, sumado a esto otras “ventajas” que facilitaban este negocio, entre las cuales figuran, una administración pública ineficiente, sin registros fiables o la tecnología necesaria para tenerlos al día y además fácilmente sobornable, contribuían al incremento de migrantes hacia Estados Unidos aún después de la firma de los Acuerdos de Paz, en enero de 1992.

Para esta época si bien es cierto la inseguridad generada por el conflicto armado había desaparecido, se perfilaba un ambiente de postguerra, caracterizado por la pobreza generalizada, el desempleo masivo y la emigración de muchas personas de sus lugares de origen, lo que se traduce a que el flujo migratorio no se haya reducido para éstos años; en cuanto a la persecución y tipificación del delito no existieron mayores cambios, manteniéndose igual que en el periodo anterior.

Con la entrada en vigencia del nuevo código penal de fecha veinte de abril de 1998, se incluye en el título diecinueve, relativo a los delitos contra la humanidad, el Art. 367, comercio de personas, el cual establecía una pena de prisión de cuatro a ocho años, para aquellos individuos que se dedicaban al comercio de personas; este delito se sumaba a los otros ya mencionados. Siendo este último más difícil de comprobar, puesto que se aplica únicamente si se establece de forma clara y precisa la compensación económica.

De esta manera el trabajo de los llamados “guías” que llevan mes a mes a cientos de inmigrantes salvadoreños o de otra nacionalidad ilegalmente a los Estados Unidos, casi nunca se sanciona; siendo este país el más afectado donde ingresan ilegalmente las personas, a quien no le conviene tener en su territorio a cientos de ilegales quienes por no tener documentos que los acrediten como ciudadanos norteamericanos se libran del pago de impuestos que anualmente ingresan en las arcas del fisco estadounidense. Por esta principal razón, es así como en abril de 2000 el Ministerio del Interior de El Salvador para llenar este vacío de Ley, presentó una propuesta de Ley a la Asamblea Legislativa para reformar el Código Penal e incluir el tipo “tráfico ilegal de personas”, es así como nuestros legisladores, aprueban el 11 de octubre del año 2001 tal reforma, incluyendo en el Código Penal actual el Art. 367-A, el cual contempla “el tráfico ilegal de personas”, el que sanciona con prisión de 4 a 8 años.

Es así como esta figura jurídica ha ido evolucionando con el paso de los años y con las diferentes normativas penales que han estado vigentes en El Salvador, hasta llegar a la inclusión del tráfico ilegal de personas en el Código Penal vigente.

1.4.2- MARCO TEÓRICO:

Para el desarrollo de la presente investigación tomaremos en cuenta las siguientes teorías:

A) TEORÍA DEL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS.

La teoría del Dominio de la Voluntad en virtud de Aparatos de Poder Organizados, cuyo autor es Claus Roxin, que actualmente se considera como uno de los pilares fundamentales de la autoría mediata, por lo que tomaremos su postulado para el desarrollo de nuestra investigación al analizar los elementos objetivos del tipo tráfico ilegal de personas que toman los tribunales de justicia para el juzgamiento de este delito, ya que partiendo de la redacción de la norma jurídica la cual establece que el delito tráfico ilegal de personas, en el cual se considera autor del ilícito, la persona que por si o por medio de otra u otras en contravención a la ley intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional; se advierte que se refiere a la autoría mediata del hombre de atrás ya que como es de conocimiento que a veces la figura del -tráfico ilegal de personas- participan una pluralidad de individuos lo que en la moderna terminología se denomina criminalidad organizada, convirtiéndose en autores según la norma jurídica la persona que albergue, transporte o guíe existiendo una mala aplicación de este artículo por parte del Órgano Judicial.

Esta teoría surge en el año de 1963 con motivo o inspirado en el caso Eichmann⁸ escribió un artículo en el que aplicaba la teoría que parte de la dificultad que representa la fundamentación de la autoría en el marco de los aparatos de poder

⁸ Adolf Eichmann, Militar Nazi capturado en Argentina, y el cual fue enjuicido por su autoría mediata en crímenes en contra de judíos en la segunda guerra mundial.

organizados que el describió con las siguientes palabras: “debemos anticipar que somos concientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como las que aquí se analizan, no pueden comprenderse de forma adecuada únicamente a los criterios de delito individual”⁹, según Roxin los aparatos de poder son una estructura de dominio que poseen elementos que fundamentan la autoría mediata del “hombre de atrás”, aunque el ejecutor del hecho fuera plenamente responsable:

- ❖ Primer elemento: dominio de la organización, entendido como dominio del hecho, es quien está conectado con un aparato organizado en cualquier lugar y de una manera que pueda impartir órdenes a sus subordinados, es “autor mediato, en virtud del dominio de la voluntad que tiene”¹⁰, para la autoría lo que es importante es que dirija parte de la organización a él sometida.
- ❖ Segundo elemento: la fungibilidad del autor, es decir que el ejecutor debe ser libremente intercambiable, en estos casos no debe faltar la libertad del ejecutor inmediato que debe ser castigado como autor.
- ❖ Tercer elemento: limitación de la organización, aparatos al margen del derecho, que se describe así: “De la estructura de la organización se deduce que ésta solo puede existir allí donde el aparato actúa como un todo al margen del ordenamiento jurídico; pues en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se vinculen a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, no pueden tener la orden de realizar acciones punibles

⁹ Muñoz Conde, Francisco, Apud Roxin “Taterschaft und Tatheerrschaft, 1º Edición, 1963, Pág.242 y sig .

¹⁰ Ibidem pag. 268.

el efecto de un dominio del hecho, ya que las leyes tienen un valor jerárquico superior”¹¹.

B) TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

Otra de las teorías es la del Bien Jurídico por ser la finalidad que persigue el derecho penal, la protección de bienes jurídicos; en consecuencia el derecho penal no puede intervenir ante cualquier perturbación del orden social el derecho del Estado a penar sólo puede ejercitarse para proteger bienes jurídicos, entendido como bien jurídico todo valor de la vida humana protegido por el derecho, partiendo de este concepto se determina que la esencia del bien jurídico no sólo es individual sino también social, por lo que se vincula así a la problemática a investigar ya que se analiza si el bien jurídico protegido en el tráfico ilegal de personas cumple con las funciones que teóricamente se le atribuyen.

C) TEORÍA DEL DELITO

De igual manera utilizaremos la teoría del delito, en la cual se encuentran los elementos del tipo que servirá para analizar el delito tráfico ilegal de personas y los elementos objetivos y subjetivos que según la teoría existen, y los cuales deben aplicarse en todos los casos que llegan al conocimiento del sistema penal.

¹¹ Ibidem, pag. 274 y sig.

1.4.3 - MARCO NORMATIVO JURÍDICO

1.4.3.1-RÉGIMEN CONSTITUCIONAL:

La Constitución de la República, es el fundamento jurídico que reconoce los derechos fundamentales de todo salvadoreño, también constituye la norma primaria para la creación, modificación y reforma de las leyes secundarias, por lo cual para toda investigación jurídica es necesario tomar en cuenta las disposiciones que ésta establece; no siendo nuestra investigación la excepción a ésta regla, analizaremos los artículos que se vinculan con el tema de investigación, siendo los Art. 5 que establece la libertad de tránsito de la cual gozan todas las personas en la República; el Art. 90 # 3 que regula lo referente a los salvadoreños por nacimiento y el Art. 84, el cual establece el territorio sobre el cual el Estado Salvadoreño ejerce su soberanía.

La libertad de tránsito es un derecho reconocido constitucionalmente y constituye uno de los pilares fundamentales en un Estado de Derecho y específicamente se encuentra en el Art. 5 Cn el que establece que “toda persona tiene libertad de entrar, de permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca”¹².

Este artículo reconoce el derecho de libertad de tránsito externo, a entrar y permanecer en el territorio salvadoreño y a salir de él hacia otro país; expresa además el derecho al libre tránsito interno que consiste en movilizarnos dentro del territorio salvadoreño sin limitaciones. Tal derecho individual reconocido es de gran importancia para el desarrollo de nuestra investigación sobre el tráfico ilegal de

¹² Constitución explicada de la República de El Salvador, 1983, Edit. FESPAD, sexta Edición, 2001,.

personas, reforma que fue introducida a nuestro sistema legal en octubre del año 2001.

El Art. 90 # 3 reconoce la calidad de salvadoreño por nacimiento cuando establece que lo son “los originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centroamérica”, lo que no es aplicado a la realidad cuando se capturan a centroamericanos considerándose como extranjeros en nuestro país.

El Art. 84 determina los límites territoriales sobre los cuales El Salvador ejerce su soberanía, que comprende: El territorio Insular, las Aguas territoriales y el Espacio Aéreo, el subsuelo y la plataforma continental e insular, correspondiente, esta disposición constitucional se relaciona con tema de investigación, ya que el delito de tráfico ilegal de personas hace referencia al territorio nacional, al establecer que se intente introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional; auxiliándonos del presente artículo para el análisis de los elementos del tipo, a desarrollarse en el capítulo IV de la presente investigación.

1.4.3.2- INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES QUE SE RELACIONAN CON EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS.

Nuestra carta magna, reconoce en el artículo 144 que “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados u Organismos Internacionales se convierte en ley de la República”; dentro de los cuales están:

1.4.3.2.1- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Fue aprobada y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217-A, el 10 de diciembre de 1948. Reconoce derecho libertad de tránsito en el Art. 13 No. 1 al

disponer que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

En el número segundo establece que toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a éste; por lo que esta disposición se relaciona con la figura jurídica en estudio.

1.4.3.2.2- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Dicho instrumento en su artículo 12 No. 2 reconoce, toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país; incluso del propio reconociéndose así la libertad ambulatoria que posee toda persona. En nuestro país fue ratificado el 23 de Noviembre de 1979.

1.4.3.2.3-Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional América, Bogotá, 1948. Reconoce que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos; en su artículo 8, establece el Derecho de Residencia y Tránsito y literalmente dice “Toda persona del Estado de que es nacional, de transitar por el libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”.

1.4.3.2.4-Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, siendo ratificada en nuestro país el 30 de marzo de 1995.

El artículo 22 No. 2 de esta convención reafirma el Derecho de Circulación y de Asistencia, que se relaciona con nuestra investigación. Al establecer que toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio; en su

numeral 8 del mismo artículo, dispone que en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

El Numeral 9 del artículo en mención, reconoce que es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros; reconociendo con estas disposiciones que todos los Estados partes, tienen la obligación de asegurar la libertad de tránsito que posee toda persona y la libertad de salir de cualquier país, e incluso del propio. Lo que se restringe al crearse el delito.

1.4.3.2.5- El protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, suprimir y castigar el tráfico de personas:

Fue firmado en diciembre del 2000 por 80 países, entre ellos los Estados Unidos. Los gobiernos que firmaron y ratificaron dicho protocolo se comprometieron a penalizar el tráfico de personas y proteger a sus víctimas.

El presente protocolo aún no ha sido ratificado por nuestro país, ya que se encuentra en estudio, por parte de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea legislativa.

1.4.3.2.6- La Ley para la protección de víctimas del tráfico humano y la violencia:

El Congreso estadounidense aprobó esta ley, ante la preocupación sobre el tráfico ilegal de personas y por el deseo de combatir el problema, en junio del 2000.

Esta ley existe a nivel internacional, no siendo nuestro país un Estado parte de dicha ley.

La ley define como formas severas de tráfico de personas a:

a) el tráfico de personas para actos sexuales en los cuales un acto sexual comercial es inducido mediante violencia, fraude, o coerción; o se realiza con menores de 18 años.

b) el reclutamiento, ocultamiento, transporte, provisión o contrato de una persona para que labore o preste sus servicios inducida por el uso de la fuerza, fraude, o coerción con fines de servidumbre involuntaria, peonaje, servidumbre por deuda, o esclavitud.

La Ley de Protección de las Víctimas del Tráfico y la Violencia, aprobada por el Congreso de Estados Unidos en 2000, requiere del secretario de Estado que someta al Congreso un informe anual sobre el tráfico de personas en todo el mundo. El informe incluye países individuales si hay en ellos un número significativo de víctimas.

La ley coloca a cada país en una de tres filas, según su cumplimiento de las normas mínimas que fija la ley. Los países de la Fila 1 satisfacen a plenitud esas normas mínimas. Los países de la Fila 2 no satisfacen aún a plenitud las normas mínimas, pero hacen esfuerzos significativos para cumplirlas. Los países de la Fila 3 no satisfacen las normas mínimas y no hacen esfuerzos significativos para hacerlo.

Diez países del Hemisferio Occidental se incluyen en el informe. Dos naciones Canadá y Colombia están en la Fila 1. Otros ocho países Brasil, Costa Rica, la

República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras y México están en la Fila 2. Ninguna nación del hemisferio figura en la Fila 3.

1.4.3.3- LEYES SECUNDARIAS

1.4.3.3.1- CÓDIGO PENAL.

En nuestro Código Penal se introdujo una reforma el once de octubre del año dos mil uno, en el artículo 367-A del cual se origina nuestra investigación, estudiando la incidencia que tiene la teoría del bien jurídico en la tipificación del delito tipo tráfico ilegal de personas y sus problemas jurídicos de aplicación que origina tal disposición que dice, “La persona que por sí o por medio de otra u otros en contravención a la ley intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue, transporte o guíe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Con igual pena será sancionada la persona que albergue, transporte o guíe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países....”¹³.

El artículo 215 que se refiere al delito de estafa, el ilícito se da cuando el que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno mediante ardid o cualquier otro medio de engaño o sorprender la buena fé; tomamos esta disposición

¹³ Código penal salvadoreño, Lic. Ricardo Mendoza Orantes, Editorial jurídica salvadoreña, treceava edición marzo de 2001. Las posteriores citas al código penal serán tomadas de esta edición.

como parte del ordenamiento jurídico porque antes de la reforma del Código Penal de octubre del año dos mil uno.

El artículo 367 reconoce el delito “Comercio de Personas”, que consiste en, el que por sí o como miembro de una organización internacional se dedicare al comercio de personas con cualquier fin será sancionado con prisión de cuatro a ocho años. Si el comercio se realizare con mujeres o niños salvadoreños la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado.

Esta disposición, la tomamos en cuenta para nuestro análisis jurídico, porque antes de la reforma del código penal de octubre del dos mil uno, este delito se le atribuía a los traficantes de personas, y no se lograba sancionar con una pena de prisión, porque era difícil probar la compensación económica del que era objeto el actor del delito. Se perseguía a los traficantes de personas, por el delito de estafa, el que se individualizaba en un mínimo porcentaje, por carecer de pruebas que demostrara el engaño en la persona estafada y por ser conciliable no se lograba imponer una pena de privación de libertad para el estafador (guía de ilegales).

El artículo 283, que establece la falsedad material se le atribuye al que hiciere un documento público o auténtico, total o parcialmente falso o alterare uno verdadero; este delito es atribuido a los traficantes de personas, cuando proporcionan documentos falsos a quienes entran o salen del país. Y el artículo 284, que contempla el delito de falsedad ideológica que es con motivo del otorgamiento o formalización de documento público o auténtico, insertare o hiciere insertar declaración falsa concerniente a un hecho que el documento debiere probar. Este ilícito era atribuido a los traficantes de personas antes de la reforma del Art. 367-A. Por no existir en esta época la figura del tráfico ilegal de personas, por analogía se perseguían a los

traficantes por los delitos de estafa, falsedad material e ideológica, y actualmente la pena impuesta a los traficantes de personas que con documentación falsa y/o fraudulenta haga salir a salvadoreños o ciudadanos de otros países.

1.4.3.3.2- LEY DE MIGRACIÓN

De la Ley de Migración serán tomados en cuenta los siguientes artículos, que tienen relación con nuestro tema de investigación:

El Art. 1 el cual se define qué es el control migratorio, dicha definición es utilizada en el análisis de los elementos normativos del tipo tráfico ilegal de personas.

Los lugares autorizados para el tránsito migratorio, regulados en el Art. 3, en el que se establece cuales son dichos lugares.

El artículo 50, establece los requisitos que deben cumplir las personas que pretenden emigrar o salir del país, entre los cuales principalmente es el de obtener el documento de viaje correspondiente (Pasaporte), el cual contendrá visa, ante la falta de acceso a obtener la visa, para poder ingresar legalmente a Estados Unidos la única alternativa que encuentran las personas para salir es hacerlo de forma ilegal.

El artículo 60 reconoce que el extranjero que ingresó al país, violando dichas leyes, es decir, sin el documento correspondiente, será sancionado con multa y será expulsado del territorio nacional.

Y otorga competencia a los Agentes de Seguridad Pública y las demás autoridades administrativas de la República, para informar a la Dirección General de Migración sobre el ingreso ilícito de extranjeros; así como administrar los datos posibles del

infractor para que dicha oficina pueda seguir una investigación y solicitar en su caso, la orden de expulsión, que será emitida por el Ministerio del Interior.

El Art. 71, que regula lo referente al tránsito fronterizo, en el cual se facultad al Poder Ejecutivo para que por simple acuerdo pueda establecer el libre tránsito en sus respectivos territorios.

El capítulo II relativo al ingreso y clasificación de extranjeros y el capítulo III, el cual se refiere a los requisitos para la admisión de extranjeros.

1.4.3.3- LEY DE EXTRANJERIA

De dicha ley utilizaremos el artículo 1, que contiene la definición de extranjero, por ser este un elemento del tipo penal tráfico ilegal de personas. Y el artículo 2 en el que se reconoce la libertad de tránsito de los extranjeros que permanezcan de forma legal en nuestro país.

1.4.3.4- DERECHO COMPARADO DE LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS EN LAS DIFERENTES NORMATIVAS PENALES.

Tratamos de dar a conocer cómo se encuentra regulado el delito tráfico ilegal de personas en México y algunos países de Centroamérica que son los que más enfrentan con el fenómeno de emigración hacia los Estados Unidos. Información que ha sido obtenida de la página web [http: Usinfo. Stat. Gob/ Español](http://Usinfo.Stat.Gob/Español), 12 de Julio de 2001.

MÉXICO:

Es un país fuente de emigrantes a los Estados Unidos, Canadá y Japón, y un país de tránsito para personas de diversos países, especialmente de Centroamérica y China.

A través de México transita un importante número de personas de Brasil y de Europa Oriental, además de emigrantes salvadoreños y guatemaltecos, especialmente niños, que son traficados a México para prostituirse, particularmente en la frontera sur. El tráfico interno de emigrantes también es un problema.

No existe una ley que prohíba el tráfico de personas, pero hay otras leyes relevantes que pueden ser usadas para juzgar a los traficantes. El gobierno dedica recursos policíacos y de desarrollo social para prevenir el tránsito ilegal de personas con cualquier propósito, además se están realizando las investigaciones para el procesamiento de los casos de tráfico y contrabando de personas. El gobierno está implementando medidas contra la corrupción como parte de su esfuerzo para reestructurar y fortalecer las instituciones legales en México. El gobierno apoya las campañas generales de prevención para niños y mujeres, y administra programas de asistencia para niños repatriados a México. Existe un marco legal que protege a las víctimas del tráfico de personas y los provee de asistencia social. No se aplican medidas contra la corrupción como parte de un esfuerzo más amplio para reestructurar las instituciones mexicanas de ejecución de la ley.

GUATEMALA:

Es un país de origen y tránsito del tráfico internacional de personas. En algunos casos, es también país de destino. Las víctimas del tráfico provienen principalmente de otros países centroamericanos y Ecuador. Las víctimas enviadas a Guatemala son por lo común mujeres jóvenes o niñas, traídas con fines de explotación sexual. Las víctimas de explotación sexual procedentes de Guatemala son por lo común menores, tanto muchachas como niñas, de familias pobres.

La ley prohíbe específicamente el tráfico y la introducción ilegal de personas. El gobierno investiga los casos de tráfico; sin embargo, no ha habido enjuiciamientos de casos de tráfico, dado que las víctimas a menudo no formulan acusaciones debido al engorroso sistema judicial. La pena por el tráfico no está en proporción a la pena por violación, y las sentencias de prisión a los traficantes son conmutables. El gobierno no ayuda ni protege a las víctimas del tráfico, aunque no se las trata como criminales. El gobierno ha emprendido campañas de percepción pública contra el tráfico y la introducción ilegal de personas, y provee financiamiento limitado a las ONG's dedicadas a prevenir el tráfico.

HONDURAS:

El Código Penal prohíbe específicamente el tráfico de personas. Las penas por traficar son comparables, en general, con las penas por violación o agresión sexual mediante la fuerza. La corrupción, la falta de recursos y las instituciones policiales y judiciales débiles disminuyen la ejecución efectiva de la ley. Aunque se ha arrestado a traficantes, el gobierno no ha llevado a juicio ningún caso. El gobierno no ha llevado a cabo campañas de información pública o prevención. No hay servicios especiales para las víctimas del tráfico; sin embargo, el gobierno ayuda a los hondureños repatriados, durante un período de hasta seis meses, con asistencia de búsqueda de empleo, alojamiento temporal y manutención básica. En marzo de 2000 el gobierno inauguró dos centros para ciudadanos deportados de otros países que se reasientan en Honduras. En el año 2000, el gobierno cooperó con funcionarios mexicanos para repatriar a aproximadamente 400 niñas hondureñas que habían sido enviadas a México con propósitos de explotación sexual.

COSTA RICA:

Costa Rica es un país de tránsito y destino de personas sometidas a tráfico. El país sirve de escala para el tráfico de personas de Asia a Estados Unidos. Ha habido

también denuncias de niñas procedentes de las Filipinas que son víctimas del tráfico a ese país con el propósito de explotación sexual.

Casos aislados de tráfico involucrado a personas de África, Bolivia, China, Colombia, Cuba, República Dominicana y el Medio Oriente. El gobierno de Costa Rica no satisface aún a plenitud las normas mínimas, sin embargo hace esfuerzos importantes para combatir el tráfico de personas a pesar de la falta de recursos.

En su Código Penal se encuentra tipificado el tráfico de mujeres y niños con propósitos de prostitución, pero no incluye otras formas graves del tráfico. Existe un Grupo Interministerial en el gobierno de Costa Rica que se encuentra trabajando sobre el Tráfico de Personas para atender el problema en el país. Según se informa, cada ministerio participante ha incorporado en sus programas ministeriales medidas para prevenir el tráfico ilegal de personas. El gobierno apoya programas de prevención para combatir la explotación de menores y tráfico de personas. Hay mecanismos formales limitados designados a ayudar a las víctimas del tráfico de personas; sin embargo, el gobierno ofrece ayuda indirecta a los niños víctimas de este delito. A las víctimas no se les concede residencia temporal o permanente, y con frecuencia son deportadas inmediatamente a su país de origen.

1.5- HIPÓTESIS

1.5.1- HIPÓTESIS DE TRABAJO

La creación del delito tráfico ilegal de personas genera problemas jurídicos de aplicación de la ley penal.

1.5.2- OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS

V.I

La creación del delito tráfico ilegal de Personas.

V.D

Problemas jurídicos de aplicación.

INDICADORES

X1: El Salvador se compromete ante la comunidad internacional a combatir el tráfico ilegal de personas.

Y1: La Asamblea Legislativa reforma el código penal, incluyendo el delito en el art. 367-A

X2: La creación del delito responde a Intereses políticos-partidistas de quienes tienen la facultad de legislar.

Y2: Lo que hace difícil determinar el bien jurídico que se pretende proteger.

X3:El delito tráfico ilegal de personas, es un delito que se realiza en territorio de más de un Estado.

Y3: Se genera una confusión en la determinación de la competencia de la Jurisdicción penal salvadoreña.

X4: El delito tráfico ilegal de personas se considera un aparato de poder organizado.

Y4: generando problemas de autoría y participación de cada uno de los individuos que pertenecen a dicha organización.

X5:La mala redacción del artículo 367-A Código Penal.

Y5: Origina confusión en cuanto a la determinación de la tentativa y en el concurso de delitos.

1.6- METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN:

1.6.1- TIPOS DE INVESTIGACIÓN.

En atención al problema planteado y considerando los diferentes tipos de investigación existentes, estableceremos para el desarrollo del mismo, la demostración de la hipótesis y cumplimiento de los objetivos tanto general como específicos, por lo que utilizaremos los siguientes tipos de investigación.

- ❖ **INVESTIGACIÓN DE CAMPO:** es aquella mediante la cual se obtiene información directa de fuentes reales, es decir personas que tengan relación con el problema, a través de la técnica de la entrevista. Con este tipo de investigación se pretende recolectar información de aquellas personas que están vinculadas a este delito, como los operadores del sistema judicial específicamente jueces, fiscales y defensores particulares que actualmente tienen conocimiento de casos de tráfico ilegal de personas.

- ❖ **INVESTIGACIÓN TEÓRICA:** también haremos uso de este tipo de investigación, puesto que al redactar, el marco de referencia se ha hecho una sistematización de la teoría existente acerca del tema que se está investigando.

- ❖ **INVESTIGACIÓN EMPÍRICA:** con la que obtendremos información en cuanto a las características del problema, en este caso del tráfico ilegal de personas, así como también se pretende establecer como se manifiesta este fenómeno, teniendo para ello que sistematizar o procesar la información.

- ❖ **INVESTIGACIÓN ANALÍTICA:** finalmente haremos uso de este tipo de investigación puesto que no únicamente nos limitaremos a describir como se manifiesta el fenómeno o sistematizar la información teórica encontrada sino, también trataremos de producir un resultado nuevo al intentar explicar a partir de los datos y la teoría el comportamiento del fenómeno planteado.

1.6.2- UNIDADES DE OBSERVACIÓN.

Las Unidades de observación serán las siguientes:

- Fiscalía General de la República, específicamente fiscales de la Sub Regional de Nueva San Salvador pertenecientes a la Unidad del delito de tráfico ilegal de personas.
- Jueces de Instrucción y de Sentencia que se encuentran conociendo estas causas.
- Los abogados que están interviniendo en dichos casos en la calidad de defensores de los sujetos activos.

1.6.3-POBLACIÓN Y MUESTRA:

La población la constituyen jueces, fiscales, y defensores acreditados como tal, por nuestro Sistema Judicial.

La muestra será de cinco Jueces, cinco Fiscales, cinco Defensores, por lo que de las entrevistas a realizar se obtendrá un total de quince profesionales que anteriormente se mencionaron, de las cuales lograremos un resultado de la información empírica proporcionada por los informantes claves.

1.6.4- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS A UTILIZAR.

Nuestro tema a investigar “INCIDENCIA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN LA CREACIÓN DEL TIPO PENAL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 367-A DEL CÓDIGO PENAL Y SUS PROBLEMAS JURÍDICOS DE APLICACIÓN” las técnicas e instrumentos a utilizar en la presente investigación son las siguientes:

- **TÉCNICAS DE CAMPO:** para cumplir con los objetivos trazados y probar la hipótesis, nos auxiliaremos de las técnicas que permitan recolectar información válida y confiable a través de las cuales obtendremos un conocimiento objetivo y completo dentro del objeto de estudio.

La información la obtendremos directamente de:

- 1- **ENTREVISTA ESTRUCTURADA O DIRIGIDA:** realizaremos las entrevistas a informantes claves con lo que pretendemos recolectar información directa de la problemática investigada, ya que se entrevistarán a jueces, fiscales y defensores que actualmente están interviniendo en los procesos penales por el delito “tráfico ilegal de personas”, ya que ellos, están estrechamente vinculados a la problemática; obtendremos información que nos ayudará a sustentar los indicadores o variables. Por lo que consideramos necesario el uso de esta técnica por que ser la adecuada para nuestro objeto de estudio y utilizaremos como instrumento la guía de entrevista la que contendrá preguntas abiertas dirigidas a recabar información empírica.

- **TÉCNICAS DOCUMENTALES:**

Utilizaremos la ficha bibliográfica en la que se resume la información recabada en las fuentes documentales en la biblioteca del Consejo Nacional de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia y la biblioteca de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Consideramos indispensables el uso de la ficha bibliográfica para ordenar y clasificar el material recopilado para sistematizar la información; es decir, utilizar la técnica de sistematización bibliográfica de tesis, libros, revistas y periódicos .

CAPITULO II
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO
Y LA TEORÍA DEL TIPO.

Este capítulo es la exposición de las diferentes concepciones del bien jurídico que se han desarrollando a través de la historia del derecho penal hasta la actualidad; y el estudio de la introducción de la tipicidad como elemento inexorable de la teoría general de delito, así como su significado y la trascendencia del aporte realizado por Beling y los autores neokantianos que otorgaron al tipo penal. y lo que servirá como herramienta para el análisis de la teoría del delito como fenómeno jurídico.

También las reflexiones sobre ello deben conducir a la idea de que el juez penal no podrá considerar como ilícitos aquellos comportamientos que no se adecuen al tipo penal, aun cuando ellos aparezcan manifiestamente injustos o contrarios a otros criterios, verbigracia, la moral, etc. Así mismo, se ha hecho referencia a las diferentes clasificaciones de los distintos tipos penales, la topología de los mismos, que se han desarrollado a lo largo de la historia, atendiendo todo ello a los criterios existentes y que han sido expuesto y desarrollados en la doctrina jurídico-penal y la dogmática-penal.¹⁴

¹⁴ Las primeras consideraciones aquí expresadas es decir, las respectivas a la teoría de la tipicidad establecidas por Ernest Von Beling así como un breve análisis de la evolución histórica de la teoría del tipo penal han sido tomadas de la pagina web española *Criminet.org* en la cual *SERGI CARDENAL MOTRAVETA* profesor de derecho penal de la Universidad de Barcelona hizo su aportación para dicha pagina.

.1- Evolución Histórica de la Teoría del Bien Jurídico

2.1.1Precedente Iluminista

El derecho penal Iluminista toma como base la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), Feuerbach (1832), quien vinculo el Derecho Penal, con la protección de los Derechos Subjetivos del ciudadano. De acuerdo a esta teoría el delito ya no es “una agresión a Dios mediatizada a través de una agresión al soberano como representante de Dios en la tierra y asimilable en consecuencia al pecado”¹⁵ si no que se considera como una agresión a las condiciones de la vida en la sociedad por el daño al orden social.

Feuerbach en su teoría establece dos principios: el primero la lesión de un derecho y el segundo el mantenimiento de las condiciones de vida en común, como fundamento de la legitimación de potestad punitiva del Estado. Limitando así el ius puniendi estatal a la exclusiva protección de derechos subjetivos, lo que genero la disminución de conductas punibles por el derecho subjetivos, específicamente en los delitos contra la religión y la moral, ya que muchos de estos se despenalizan. Convirtiéndose los derechos subjetivos en nuevos objetos del contenido del delito.

2.1.2- Concepción Trascendentalista de Corte Jusnaturalista.

El inicio de la Teoría del Bien Jurídico se da en el período histórico posterior al Iluminismo que se conoce con el nombre de la Restauración, fue Birnbaum el primero en desarrollar una Teoría del Bien Jurídico, desde una perspectiva Jusnaturalista y con

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan, Op. Cit. Pág. 108.

fundamentos de contenido liberal, “limitadora por lo tanto del ius puniendi del Estado Su argumento se dirige en primer lugar a “rechazar que el delito es lesión de un derecho, pues el derecho no puede ser disminuido ni sustraído, ello puede suceder sólo respecto a lo que es objeto de un derecho , es decir , “un bien que jurídicamente nos pertenece”¹⁶.

Birnbaum determina que la acción delictiva no lesiona derechos subjetivos sino lesiona “bienes”, por tal razón , sostiene que “si el delito quiere considerarse como lesión , este concepto de acuerdo a su naturaleza no está referido a un derecho, sino a un bien”¹⁷.Sosteniendo que los bienes jurídicos están más allá del derecho porque los coloca en la esfera prejurídica de la naturaleza de las cosas, y está claro que al clasificar los delitos en “naturales” es decir, los delitos malos en si y por eso son prohibidos y en delitos “ sociales”, que son malos por que están prohibidos.

Birnbaum con sus postulados representó un avance frente a las posiciones de lesión de un derecho (subjetivo) fundados en el contrato social, en el que el Estado de Derecho, podía pues ser un Estado no democrático, todo surgía de él; Birnbaum hace un intento por invertir el orden de las cosas, por lo que su obra no resaltó en su época.

2.1.3-Concepción Inmanente Jurídico Positivista

Posteriormente Binding acoge las ideas de Birnbaum, pero se separa del planteamiento jusnaturalista y fundamenta el concepto de bien jurídico desde un punto de vista jurídico

¹⁶ Bustos Ramírez, Op. Cit. Pág. 108.

¹⁷ Ibidem, Pág. 109.

positivista. Según este autor “el bien jurídico queda establecido, no reconocido, dentro del contenido de la norma jurídica; es inmanente a éste, cada norma jurídica lleva en sí su propio bien jurídico¹⁸”. Binding afirma que la esencia del Derecho Penal está conformado por normas y por lo tanto, entiende el delito como una contravención a la misma.

Analiza la norma como un derecho subjetivo del Estado de mandar, dirigir y de exigir. “El bien jurídico no es más que el objeto principal del delito valorado por el legislador”¹⁹. Por lo que se deduce que el ataque al bien jurídico es la característica común a todos los delitos en sentido estricto, en conclusión Binding “une la lesión jurídica, de un sólo derecho subjetivo (el del Estado), con bien jurídico con lo cual positiviza jurídicamente tanto la teoría del contrato social fundamentadora de la concepción del delito como lesión a un derecho, como también la teoría que establece que el delito es una lesión al bien jurídico”²⁰.

Posteriormente, Jokobs bajo un pensamiento funcionalista sistemático, consideró que el bien jurídico penal es la validez fáctica de la norma y “que este reside en la garantía de que la expectativa del funcionamiento de la vida social, en su configuración establecida y exigida legalmente no admite condicionamiento, en consecuencia en caso de que tales expectativas se vean incumplidas, ellas no se verán de ningún modo defraudadas²¹”, siendo lo importante el sistema no los bienes jurídicos.

¹⁸ Ibidem, Pag. 110.

¹⁹ Ibidem, Pàg 350.

²⁰ Ibidem, Pag. 111.

²¹ Ibidem, Pag. 111.

2.1.4-Concepción Trascendentalista Político-Criminal.

El autor Franz Von Liszt “considerado como positivista naturalístico”²², este penalista marcaría una nueva vía para la investigación sobre el bien jurídico, alcanzando sus postulados una posición dominando hasta hoy, ya que consideró que entre “todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad. No es el ordenamiento jurídico el que genera el interés, sino la vida, pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico”²³. Por lo que esos bienes jurídicos están más allá del ordenamiento jurídico ya que están en la vida, surgen de ella por eso *el derecho está en razón de la vida del hombre*. Liszt fue el primer autor en incorporar al derecho penal alemán el positivismo naturalista, intentando dar un contenido preciso al bien jurídico que sirva como limite al ius puniendi y que sea un punto de unión entre el derecho penal y la política criminal que son las disciplinas que estudian el delito y la pena.

Para este autor “es el ser humano el bien jurídico, su protección sin excepciones es el último y más elevado objetivo del ordenamiento jurídico. Pero el ser humano aparece ya como un ser del individuo considerado aisladamente o como ser único en el conjunto de ciudadanos”²⁴. Von Liszt se diferencia de Binding, ya que para aquél “los bienes jurídicos giran en torno al hombre y no al Estado y considera también que los bienes jurídicos no están en la norma, si no está debe protegerlos”²⁵.

²² Serrano Armando Antonio, Op. Cit., Pág. 19.

²³ Bustos Ramirez, Ob cit. Pag. 112.

²⁴ Ibidem, Pag. 112

²⁵ Ibidem, Pag. 112

La concepción postulada por éste autor generó controversia ya que no se tenía una clara diferencia entre bien e interés, resultando el concepto vago e impreciso que terminó en la total espiritualización del concepto.

2.1.5-De la Espiritualización a la Negación del Bien Jurídico.

Entre la primera y la segunda guerra mundial, el concepto de bien jurídico se espiritualiza, “bajo la influencia del neokantismo que fundamentaba su filosofía en los valores”²⁶. Entre los autores que siguen este pensamiento están, Honing, Schwinge y Zimmerl, “ la Escuela de Kiel de corte nacionalista, que propugnó la desaparición del concepto de bien jurídico”²⁷, ya que ellos, veían al bien jurídico en una categoría lógico-formal, su función interpretativa, con lo que pierde toda su autonomía y trascendencia dentro del Derecho Penal.

Según Honing el bien jurídico, “es el fin reconocido por el legislador en los preceptos penales individuales en su forma mas sucinta”²⁸ generando que el concepto de bien jurídico pierda todo su contenido real y concreto, preparándose con ello el camino de su desaparición con las corrientes del derecho penal del Nacional Socialismo. Los autores de la Escuela de Kiel consideran el concepto del bien jurídico, como inútil por centrarse en el sujeto y en su libertad, lo cual ponía límites al pueblo y al Estado, sostienen que lo fundamental es el pueblo como un ser con vida propia.

²⁶ Serrano Armando Antonio, Op. Cit., Pág. 21.

²⁷ Bustos Ramirez, Ob cit. Pag. 113

²⁸ Serrano Armando Antonio, Op. Cit. Pág. 21

2.1.6- El Surgimiento Mediatizado del Concepto Trascendente del Bien Jurídico.

Es Welzel el fundador de la teoría final de la acción, quien concibe el delito no como una lesión a un bien jurídico, sino como una acción dirigida a un fin “esta concepción repercute en los llamados elementos del delito y en el concepto del mismo”²⁹. Con esta teoría hace que el bien jurídico cumpla con su función fundamentadora y garantizadora.

Este autor coincide con Birnbaum y V. Liszt, al afirmar que el orden social gira en torno al hombre y a la dignidad de la persona humana. Y afirma que la “misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de coincidencia, de carácter ético-social y solo por inclusión, la protección de bienes jurídicos particulares”³⁰ por lo que la norma jurídica surge en función de esos valores de acto que tiene que proteger y sólo lo hace a través de los bienes jurídicos.

2.1.7-Las tendencias actuales sobre el concepto del bien jurídico.

Surgen después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la teoría del bien jurídico tiene mayor difusión y aceptación, a partir de entonces la discusión del bien jurídico se hace desde un punto de vista político-criminal; es decir, se vincula la teoría del bien jurídico, como lo establece V. Liszt.

Se comienza a establecer la relación entre la constitución y el derecho penal, surgen las tendencias jurídico-constitucionales y tendencias sociológicas.

²⁹ Bustos Ramirez, Ob cit. Pag. 115

³⁰ Ibidem, Pág. 115

2.1.7.1- Las Tendencias Jurídico-Constitucionales.

Sostienen que debe “haber una total coincidencia entre los valores protegidos por la constitución y los valores protegidos por el Derecho Penal”³¹, es decir, que hay dos órdenes de valores dentro del ordenamiento jurídico, uno estaría fijado en la constitución y el otro en la legislación penal; pero se sostiene que el reconocimiento prepositivo de los bienes jurídicos se encuentra en la Constitución. Pero estas tendencias “cuando no pretenden caer en una posición formalista, no señalan que es el bien jurídico”³², sino solamente establecen la necesaria relación entre los bienes jurídicos y los valores consagrados en la Constitución, que constituye un recurso ineludible en un Estado de derecho democrático.

Entre los autores que sostienen esta tendencia se encuentran (Escrivá, González Rus, Rudolphi, Roxin, Marx, Bricola), al afirmar el reconocimiento prepositivo de los bienes jurídicos se encuentra en la Constitución. Es decir, que en la Constitución al consagrarse el Estado de derecho, se pone de relieve la finalidad protectora del Estado y por lo tanto la obligatoriedad de su vinculación a la protección de bienes valiosos para la vida en común.

Pero al mismo tiempo se “confunden los derechos fundamentales constitucionales con los bienes jurídicos”³³.

³¹ Ibidem, Pág. 116

³² Ibidem, Pág. 118

³³ Ibidem, Pág. 119.

2.1.7.2- Las Tendencias Sociológicas o Sociales:

A éstas se adhieren la mayoría de autores contemporáneos como Francisco Muñoz Conde, Santiago Mir Puig, Antonio Quintero Olivares, Emilio Octavio de Toledo y José Manuel Gómez Benítez. Según esta corriente de pensamiento se sostiene que la protección de bienes jurídicos y configuración de bienes son opuestos inconciliables porque la protección “sólo es concebible racionalmente cuando antes del acto legislativo ya existía un bien vital o cultural. La teoría del bien jurídico se basa, por tanto, en la premisa que únicamente puede ser bien jurídico lo que ya antes era un bien (o valor social)”³⁴.

La importancia de esa tendencia radica que con ellas se intenta precisar una función garantista del bien jurídico en cuanto se trata de determinar las condiciones para su existencia.

Como a quedado establecido a través de las diferentes definiciones que a lo largo de la historia han surgido diferentes tendencias sobre la teoría del bien jurídico tales como las trascendentalistas (iusnaturalistas o bien político-criminales), es decir, que colocan al bien jurídico más allá del sistema jurídico positivo (en el Derecho natural o en la naturaleza de las cosas o en la vida social) y tendencias inmanentistas que lo colocan dentro del sistema jurídico (en la norma) y hay corrientes trascendentalistas político-criminales que tornan una juridicación del bien jurídico por la vía de la Constitución, y otras que tienden a formalizar el bien jurídico vía sistema social, como inmanente a éste.

³⁴ Ibidem, Pág. 120.

“En los últimos tiempos se ha dado la orientación hacia la concreción del concepto de bien jurídico ha hacerlo real, pero no tanto en la precisión de su contenido, como en fijar las condiciones necesarias para su existencia en una sociedad democrática”³⁵.

A través de la evolución de la teoría del bien jurídico se ha señalado que su inutilidad puede surgir desde el punto de vista inmanente, colocando la contravención “al deber” de la norma y absorbiendo el contenido de bien jurídico por el deber desde el punto de vista trascendentalista, como el caso de Welzel que coloca en primer termino “el deber ético” que absorbe el contenido del bien jurídico. Por lo que el concepto de bien jurídico sólo puede ser útil dogmática y garantísticamente que se coloque en forma inmediata en relación con el sistema jurídico penal.

La definición que utilizaremos en el desarrollo de la presente investigación, es la establecida por el autor Manuel Cobo del Rosal, que expresa que bien jurídico “es todo valor de la vida humana protegida por el derecho”³⁶.

2.2- FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO

El autor Cobo del Rosal señala como funciones más importantes las siguientes:

³⁵ Bustos Ramirez, Ob cit. Pag. 120.

³⁶ Cobo del Rosal Manuel. Vives Antón, T.S. 4ta. Edición adecuada al Código Penal de 1995, Pág. 293.

A) FUNCION EXÉGETICA:

Se considera insuficiente el bien jurídico como criterio rector de la interpretación. Ya que se afirma que la interpretación debe realizarse atendiendo también a otros criterios tales como “ratio legis”, es decir, la finalidad objetiva de la norma. Por lo que la Ratio Legis y bien jurídico no son criterios idénticos ni absolutamente coincidentes, “pues no siempre la protección penal otorgada a un bien jurídico constituye la finalidad última que se persigue”³⁷.

B) FUNCION SISTEMÁTICA:

De acuerdo a ésta, el bien jurídico desempeña una doble función:

1-Por una parte constituye el fundamento de la infracción ya que se considera el delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

2- Y por el otro representa un criterio adecuado para clasificar las diferentes especies de infracciones, ya que sus semejanzas y diferencias se determina en primer lugar por el objeto de protección.

De acuerdo a la primera función sistemática se sostiene que “la esencia del delito consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, también desde el punto de vista de la legislación positiva”³⁸.

Y en atención a la segunda función sistemática, el bien jurídico sirve de criterio básico de ordenación de la parte especial.

³⁷ Ibidem, Pág. 295.

³⁸ Ibidem, Pág. 298.

C) FUNCION DE GARANTIA:

Esta función se da al afirmar “que el delito es esencialmente la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”³⁹, el poder punitivo del Estado queda sometido a determinados límites; el legislador únicamente castiga aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, aun cuando “originariamente no se atribuye al bien jurídico un papel límite frente al legislador”⁴⁰, fue a partir de la segunda post-guerra mundial que las afirmaciones en tal sentido cobran énfasis.

Otros autores han escrito en relación a esta función “Que cuando el bien jurídico aparece descrito con precisión en la norma penal, se torna en garantía; pues solamente conociendo qué es lo que se tutela, cuál es el objeto de la protección penal, se da la posibilidad de examinar las bases sobre la que se funda tal protección”⁴¹.

Otras funciones que se atribuyen al bien jurídico según el Manual de Derecho Penal Parte Especial de Armando Antonio Serrano y otros, se encuentran:

D) FUNCIÓN DEL BIEN JURÍDICO COMO CRITERIO DE MEDICIÓN DE LA PENA:

³⁹ Ibidem., Pág. 298.

⁴⁰ Mir Puig: Introducción. Pag. 198 Op. Cit. Cobo del Rosal, Pag. 298.

⁴¹ Serrano Armando Antonio: Manual de Derecho Penal Parte Especial, Pág. 35.

De acuerdo a esta función la jerarquía de los bienes jurídicos es útil para determinar el criterio de aplicación de penas mayores o menores dentro de la escala penal. Ello ha de tener repercusión en el número de figuras delictivas, en la gravedad de los marcos penales y en todas las demás reglas particulares relativas a la ampliación o restricción de la punibilidad.

Se puede concluir, que esta función de la medición de la pena tiene una doble dimensión: una en el aspecto legislativo cuando se crea la conducta punible y otra en el campo judicial, cuando se aplica la pena al caso concreto.

E) FUNCION DEL LÍMITE DEL BIEN JURÍDICO:

La cual establece que entre los límites que hoy suelen imponerse al ius puniendi del Estado ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Aunque esta función de límite es discutida, para el autor no existe duda sobre la función limitadora del concepto de bien jurídico. Para realizar ésta función del poder punitivo del Estado en el momento legislativo, el bien jurídico todavía como interés de proteger normativamente, tiene que ser anterior a la ley con la que se pretende darle cobertura, pues de otra forma sería intentar la limitación del ius puniendi a través del criterio de preestablecimiento de la materia a tutelar legalmente.

F) FUNCION CRÍTICA DEL BIEN JURÍDICO:

Esta función se ejerce sobre la legislación penal debido al carácter socio-político del concepto material del bien jurídico; es posible determinar si su naturaleza tuteladora tiene fallas por exceso o defecto así cómo y hacia dónde deben orientarse las eventuales

reformas. De acuerdo a Fernández Tarasquilla, el juez no sólo es un instrumento de control de conductas, sino también un medio de control de las leyes arbitrarias o abusivas.

Nuestra Constitución ha contemplado en forma expresa la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición cuando un funcionario judicial al dictar su fallo, ve que la ley es “contradictoria con los preceptos constitucionales”⁴².

2.3- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA PENAL DEL TIPO

La función primordial del Estado es la de garantizar el armonioso desarrollo de la sociedad; por eso, ha de intervenir cada vez que surjan fenómenos individuales o colectivos que alteren su estabilidad, mediante el empleo de mecanismos legales adecuados. Así, cuando considera que se ha turbado solamente el equilibrio económico entre los particulares o se han lesionado intereses privados, busca reponer la alteración causada mediante normas legales *iusprivatistas*. Pero, si se producen hechos que ponen en peligro o efectivamente vulneran bienes individuales o sociales importantes o su propia estabilidad, recoge tales hechos en normas positivas, los prohíbe con *la sanción penal*; con lo que su ubicación trasciende el ámbito del derecho privado para asentarse en los predios del derecho penal que es de orden público.

La descripción que de esta parte de comportamientos hace el Estado por medio del legislador, es lo que los alemanes llaman *Tatbestand* , los italianos *Fattispecie legale* y los españoles *tipicidad*⁴³.

⁴² Constitución de la República Art. 185.

El concepto de la tipicidad no surgió espontáneamente fue el fruto de un largo proceso cuya primera conquista estuvo representada por la aceptación del principio de legalidad de los delitos y de las penas; considérase como su creador el penalista alemán ERNEST VON BELING, quien propuso el apotegma no hay delito sin tipicidad y formuló toda una teoría de los tipos penales. El estudio de la tipicidad inicia precisamente con un este ilustre personaje –como se reconoce por la doctrina– autor que introdujo la tipicidad como categoría autónoma en la definición de delito e inició, de este modo, la moderna teoría del tipo penal, que propuso a partir de sus *Die Lehre vom Verbrechen* en 1906.

2.3.1- EL CONCEPTO DE TIPO PROPUESTO POR E. BELING EN SU OBRA DIE LEHRE VOM VERBRECHEN

La originalidad del planteamiento que Beling desarrolla en *Die Lehre vom Verbrechen* consiste, precisamente, en trazar con precisión una "teoría general" del "tipo especial" y poner de manifiesto la necesidad de introducir en la definición general del delito la exigencia que la acción delictiva se corresponda con *alguno* de los "tipos especiales" descritos en la ley penal, lo que comporta integrar el concepto de tipo en la teoría general del delito.

Bases metodológicas de la teoría del tipo de Beling

Beling declarando su pretensión de mostrar al tipo de delito como concepto penal básico, destacando que la tipicidad de la acción no es algo que interese exclusivamente a la parte especial del Derecho penal –aquí sólo interesan los tipos concretos, en plural–,

⁴³Reyes Echandia, Alfonso, “Manual de Derecho penal, parte general ,8 Edición Pág. 130.

sino que se trata de un elemento general del delito que posee una gran importancia metodológica para plantear y abordar el análisis de múltiples aspectos de la teoría general del delito.

En la línea del positivismo, Beling trataba de ceñirse al conocimiento de la realidad jurídica, entendiendo como tal, el contenido del Derecho positivo, con total independencia de la valoración que pueda merecer a la luz de un "deber ser" obtenido de otras fuentes, y prescindiendo de introducir referencias extrajurídicas en la construcción dogmática.

La introducción de la tipicidad en la definición general del delito y la relación que Beling establece entre el concepto de tipo y el principio de legalidad encaja perfectamente con el significado político liberal del positivismo jurídico penal, que destacó y reforzó con sus construcciones dogmáticas la vinculación del Juez a la ley.

De lo dicho con anterioridad, se muestra la influencia que producen los postulados Neokantianos en la teoría de Beling, importancia metodológica que este autor concedía a la articulación técnica del sistema jurídico. Beling pone de manifiesto su pertenencia a las formas teóricas del conocimiento penal, mostraba su utilidad sistemático-metodológica para ordenar los presupuestos del delito y plantear los problemas de la teoría general del mismo, frente a las opiniones que le consideraban formalista.

2.3.2- Rasgos generales del concepto de delito propuesto por Beling en Die Lehre vom Verbrechen

El tipo, aunque sea el elemento fundamental del delito, sólo es *uno* de ellos.

Partiendo de la consideración que es lógicamente incorrecta la definición usual de delito como acción antijurídica y culpable conminada con pena, y de la definición correcta desde el punto de vista lógico –delito es la acción antijurídica, culpable y que, además, satisface las condiciones bajo las cuales resulta aplicable la conminación penal– es una definición nominal que no permite saber cuándo puede hablarse de una acción conminada con pena, Beling propone una definición general de delito que enumera los presupuestos cuya concurrencia determina la eficacia de la conminación penal: el delito es la acción típica (ya lo sea directamente o por la vía de una modificación, como forma de aparición), antijurídica, culpable, subsumible en una conminación penal adecuada y que satisface las condiciones de la misma.

De esta manera la acción es un concepto general, y se caracteriza mediante cinco elementos: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, adecuación a una determinada conminación penal, y concurrencia de las condiciones de la conminación penal.

Los elementos de la definición del delito que propuso Beling son los siguientes.

El delito como acción

Según éste autor, el concepto de delito sólo puede vincularse a una conducta humana externa y voluntaria.

El delito como acción típica

La tipicidad sería el primero de los elementos que sirven para caracterizar la acción como delito.

Ninguna acción que no sea típica en el sentido apuntado podrá calificarse como delito ya que, por más que sea una acción, antijurídica y culpable, no resulta apropiada para servir como punto de referencia para la aplicación de una conminación penal. De acuerdo con el Derecho vigente, sólo podrá calificarse como delito aquella acción que se corresponda con uno de los tipos que, de forma exhaustiva, se encuentran dispuestos en la parte especial del Derecho penal.

En la teoría del delito que Beling propuso, la tipicidad cumplía la función de delimitar el contenido de la acción. En efecto, la introducción de la tipicidad en la definición de delito permite reunir en ella todos los elementos que caracterizan y otorgan relevancia *penal* a la acción.

De ahí, que este autor soslayara que la consideración de la tipicidad como un elemento conceptual del delito permite explicar la razón por la que, la mera revelación o exteriorización del propósito o dolo delictivo no constituye delito por sí sola.

Delito como acción antijurídica

Para ser delito, la acción típica debe ser antijurídica. Según Beling, esto no ocurre siempre y, por lo tanto, es necesario distinguir entre la tipicidad y la antijuricidad.

La antijuricidad la concibe de modo meramente formal, como relación de contrariedad con el ordenamiento jurídico. A este respecto se puede manifestar que el requisito de la antijuricidad de la acción no debe sustituirse por otros elementos extra-jurídicos, ni por consideraciones subjetivas como la dañosidad o la peligrosidad social, la contradicción

con la cultura, o la inmoralidad, asegurando un enjuiciamiento con seguridad jurídica despojándose así de concepciones subjetivas.

El delito como acción culpable

La culpabilidad es una especialización de la manifestación de voluntad en el ámbito subjetivo. Sobre la base de este planteamiento que vincula la culpabilidad al aspecto interno de la acción, Beling afirma que el dolo y la imprudencia sólo pueden vincularse al núcleo de la voluntad de la acción. El carácter doloso y la imprudencia no son más que una determinada forma de la voluntad.

El delito como acción subsumible en una conminación penal adecuada

Aunque con la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad se ha delimitado ya la esencia del delito y una acción que reúna estas características es –según Beling– una acción merecedora de pena, en el Derecho penal vigente tales acciones no son siempre delito, pues las conminaciones penales concretas del Derecho positivo no se extienden a todas las acciones así configuradas. Hay acciones típicas, antijurídicas y culpables respecto de las cuales no se encuentra en la ley ninguna conminación penal que se ajuste a ellas.

Estos presupuestos negativos de la antijuricidad, las "circunstancias que excluyen la antijuricidad", Beling los denomina “causas de exclusión del injusto” para destacar que se trata de circunstancias que pertenecen al ámbito de la antijuricidad.

La anterior exposición nos ha servido para conocer la definición del delito en la que Beling basa la construcción de la teoría general del mismo que proponía, y la justificación que este autor ofrece para introducir en ella la categoría de la tipicidad.

2.4-EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TIPICIDAD

2.4.1- Naturaleza jurídica de la Tipicidad

La Sociedad es un conjunto de comportamientos humanos, los cuales tienen como propósitos la obtención de fines orientados a su conservación y desarrollo; sin embargo, no todos estos comportamientos se proponen tal finalidad, ya que existen algunos que lesionan o ponen en peligro dicha estabilidad; frente a ellos el Estado (como garantizador de bienes sociales), adopta una política criminal eficaz, en cuanto a que debe prevenir tales comportamientos, evitando así que se menoscabe la integridad del grupo y la de cada uno de sus miembros; reprimiéndolos cada vez que se realicen.

“Cuando el Estado considera que una conducta humana lesiona levemente bienes personales, busca el equilibrio mediante una regulación normativa de tales comportamientos dentro de un área jurídica IUS PRIVATISTA”⁴⁴; en cambio cuando un hecho pone en riesgo o vulnera valores individuales o sociales importantes establece tal comportamiento en normas positivas; prohibiéndolo y estableciendo una pena criminal si dicho comportamiento es llevado a cabo, con lo que se trasciende del derecho privado y se asienta en el derecho penal, el cual es de orden público interno. La descripción en la ley penal de estos últimos comportamientos es lo que ha de llamarse TIPICIDAD.

⁴⁴ Reyes Echandia, Alfonso, “tipicidad; sexta edición 1989 pagina 1.

La conducta humana así establecida en la ley penal alcanza una función agotadora y excluyente, determinando así, que la no existencia de tal conducta sea jurídicamente irrelevante.

En la esfera del derecho penal la descripción típica es absolutamente indispensable por mandato Constitucional, de tal manera que el poder punitivo del Estado está limitado por el marco del tipo, fuera del cual las acciones u omisiones del hombre le son indiferentes

2.4.2- DESARROLLO HISTÓRICO:

El profesor Luis Jiménez de Asúa divide el estudio de la tipicidad en seis etapas las cuales son:

- a) La de su independencia.
- b) La del carácter indiciario de lo injusto
- c) La del ratio essendi de la antijuricidad
- d) La nueva concepción Beligniana
- e) La de su fase destructiva ; y
- f) La actual.

2.4.2.1-PRIMERA ETAPA:

Antes de la Revolución liberal, que surgió a principios del siglo XVIII, existía una enorme arbitrariedad judicial. Ya que cualquier comportamiento considerado lesivo de intereses humanos a juicio del juzgador, era susceptible de ser sancionado. Esta concepción era una inseguridad jurídica lo que hizo que más tarde juristas y pensadores

liberales normatizaran ciertas conductas (como matar a alguien, sustraer cosa ajena, etc.) a las cuales se les atribuía una determinada sanción “fue este el comienzo de una corriente de humanización del derecho penal que cada vez amplió o concretó aquellos hechos humanos susceptibles de punición. Por esta vía se llegó, hasta los comienzos del siglo XIX, a la conquista de dos principios fundamentales: 1) las penas deben estar precisamente señaladas en la ley y 2) Sólo es punible el hecho descrito en la ley y sancionado con una pena.”⁴⁵

En este estado del derecho penal surge en Alemania la figura de ERNEST VON BELING; su aporte fundamentalmente consistió en la expresión: no hay delito sin tipicidad.

Para Beling es arbitrario considerar una conducta como delictiva si de ésta, no se ha hecho una descripción previa en una norma positiva; afirmándose así que dicha conducta es típica; “la tipicidad surge como un elemento autónomo del delito, de naturaleza descriptivo-objetivo, independientemente del juicio de valor sobre su antijuricidad y del contenido subjetivo de la conducta misma. El *tatbestand* belingiano nace, pues, como algo abstracto y objetivo; primero no pertenece a la vida real sino a la ley y lo segundo por que su función se agota en la descripción formal de la conducta”.⁴⁶ Para Beling al hacer una definición jurídico-científica del delito, ésta ha de comprender todos los elementos que permitan caracterizar una conducta como tal; así como también debe resolver los problemas de fenomenología que presenta, tales como la coparticipación, concurso y grados desde su consumación hasta su post consumación. “Con el objeto de resolver tales exigencias define el delito como una acción típica, contraria al derecho,

⁴⁵ Ibidem., Pág. 2-3

⁴⁶ Ibidem, Pág. 3

culpable, adaptable a una pena y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad”.⁴⁷ Presentando tal definición dos grandes innovaciones: las condiciones, los conceptos de tipicidad y las condiciones objetivas de penalidad.

“El tipo es para Beling la base técnica para dar unidad a toda la fenomenología jurídica del delito, la clave de su construcción orgánica, de tal manera que sin ella no sería posible lograr una explicación unitaria y coordinada del mismo. Y en cuanto a las condiciones objetivas de penalidad, comprende todas aquellas circunstancias, que no constituyendo caracteres de un delito determinado ni influyen en la existencia o inexistencia de la acción, ilegalidad, culpabilidad, ni punibilidad, determinan, sin embargo, la ausencia o presunción del delito.”⁴⁸

2.4.2.2-SEGUNDA ETAPA:

Esta segunda etapa está representada por MAX ERNEST MAYER, se expone en el tratado de derecho penal en 1915; quien crítica la teoría de la tipicidad iniciada por Beling. Mayer plantea que la antijuricidad se encuentra ligada por un vínculo indiciario a la tipicidad, en cuanto considera que su función no es simplemente descriptiva sino reveladora de una contrariedad entre la conducta y las normas de cultura legalmente reconocidas; ya que afirma que el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio de antijuricidad, la función indiciaria se cumple principalmente en relación con los elementos normativos. Este indicio de antijuricidad que contiene un tipo penal puede desaparecer cuando se demuestra que una conducta aun cuando es típica, por que está descrita en la ley penal; ésta, no contraría ni lesiona el ordenamiento jurídico.

⁴⁷ Ibidem, Pág. 3

⁴⁸ Ibidem, Pág. 3

2.4.2.3- TERCERA ETAPA:

Esta tercera fase es totalmente opuesta a la concepción de Beling, se representa por EDMUND MEZGER, quien en 1926 comienza a construir su doctrina y 1931, publica su Tratado de Derecho Penal, en el que se define el delito como una acción típicamente antijurídica y culpable.

Siguiendo la vía de Mayer, EDMUND MEZGER sitúa la tipicidad dentro de la antijuricidad, estudiándola como un capítulo de ésta; para MEZGER, la tipicidad es la ratio essendi de la antijuricidad y no un mero indicio de la misma. El tipo en el propio sentido jurídico penal significa el injusto descrito concretamente en la ley en sus diversos artículos cuya realización va ligada la sanción penal. Resultando claramente que para este autor el delito sea una conducta típicamente antijurídica.

MEZGER ratifica su posición situando al lado de un aspecto externo de lo injusto, en el que involucra el tipo legal un aspecto interno que se ocupa del estudio de los llamados elementos subjetivos de lo injusto, que son realmente elementos subjetivos del tipo.

2.4.2.4-CUARTA ETAPA:

En esta etapa, Beling replantea su inicial teoría, la cual fue sometida a diversas críticas por parte de los escritores alemanes, lo que hizo que reelaborara la misma en 1930 bajo el título DIE LEHRE VOM TATBESTAND (TEORIA DEL TIPO), tratando de ser más claro utilizando una nueva terminología; lo que hace que el uso de nuevas expresiones complique el tema.

La principal idea de esta nueva concepción consiste en hacer una diferencia entre “la figura rectora(leitbild-tatbestand) y el tipo de delito(Delikstt-typus); aquella es una imagen, una categoría sin contenido, un concepto funcional que ejerce un papel orientador del derecho penal, sobre ella recaen lo injusto normativo y la culpabilidad; ésta es en cambio, el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase y cuenta con que el examen de los hechos humanos establezca si estos corresponden a este cuadro; es realmente una especie delictiva compuesta de una pluralidad de elementos, expresos o escritos, de naturaleza objetiva o subjetiva que se orientan en la imagen emitida del Leitbild y de la cual se nutren”⁴⁹.En suma, el carácter funcional-relativo del tatbestand y su relación de dependencia en cuanto al contenido de un cierto tipo de delito, acarrea cuatro circunstancias:

a) Ninguna conducta humana puede ser juzgada *a priori* por el jurista como un *Tatbestand* legal que yace en la esfera del derecho vigente.

b) Una especie de conducta que aparece como *Tatbestand* de un determinado “tipo de delito”, puede revestir importancia para otro, “la muerte de un hombre” se requiere tanto para el asesinato como para la lesión corporal con resultado de muerte, pues es exigida por ambos “tipos de delito”; pero solamente el primero conforma el *Leitbild* común a los elementos subjetivos y objetivos. En cuanto al segundo, la muerte es un mero aspecto que se agrega al lado objetivo, ya que la “figura rectora” (*Leitbild*) surge aquí con el “maltrato o daño a la salud” que corresponde a la parte subjetiva.

⁴⁹ Ibidem, Pág. 5

c) Es posible que exista una misma “figura rectora” para varios “tipos de delitos”, por ser idéntico el *Tatbestand* legal, y esos *Deliktstypen* se diferencian, entonces, en cuanto al dolo o la culpa exigidos para conformar el *Leitbild* o en virtud de características del tipo; pero estas diferencias serán sólo adiciones objetivas a la realización del *Tatbestand* (lesión corporal con resultado de muerte, en comparación con la lesión corporal simple) o adiciones subjetivas al dolo o la culpa (muerte dolosa con premeditación, muerte dolosa sin premeditación)

d) De diferentes tipos de delito surgen figuras rectoras que pueden aparecer con caracteres comunes, mostrándose como la imagen representativa amplia y estricta; por ejemplo: “*Tatbestand* del hurto” y “*Tatbestand* del hurto con fractura”(robo).

Así planteada la situación, el tipo no es ya para Beling “el hecho objetivizado y abstracto conceptualmente descrito por sus elementos materiales en cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante o *tipo regens* que norma y precisa cada especie delictiva”⁵⁰. En estas condiciones, el derecho penal se reduce a un catálogo de tipos delictivos; la antijuricidad lo mismo que la culpabilidad subsisten pero como notas conceptuales, de la acción punible, como caracteres externos de la tipicidad entendida en el sentido de adecuación típica (*Tatbestandmassigkeit*) de aquí que se desprende que sólo la ilícita y, por ende susceptible de sanción penal la conducta típicamente antijurídica y culpable.

Faustino Ballve apunta que Beling, con genialidad, hizo el tercero y decisivo paso en el camino de la individualización del derecho penal dentro de la sistemática jurídica; y agrega: el primero lo dio Merkel al corregir la falsa ruta de los antiguos penalistas que

⁵⁰ Ibidem, Pág. 5.

creyeron individualizar el derecho penal sobre la base de la injusticia. El segundo lo dio Binding al caracterizar la injusticia penal, dentro del concepto unitario de injusticia de la norma.“

La conquista científica de Beling, consiste en haber purgado la técnica penal de elementos extraños eliminando de la dogmática del delito las injerencias de orden teórico (filosóficas y científicas) construyendo toda la fenomenología del delito sobre la base técnico-formal del tipo en vez de los elementos materiales y no jurídicos como la causalidad y la culpa”.⁵¹.

2.4.2.5-QUINTA ETAPA:

En la época de Hitler el derecho penal alemán se vio influenciado por la concepción nacionalsocialista del Estado, destruyéndose los principios fundamentales del derecho penal liberal, tales como el *nullum crimen nullum poene sine lege*, teniéndose que reestructurar la tipicidad, pues ésta se convertía en un obstáculo para la punibilidad de conductas que significaran un peligro al nuevo orden político-jurídico. El profesor de esta corriente fue GEORGE DATEN, “representante más extremista que aplica sus ideas a demoler el concepto de tipicidad⁵²” para quien el único criterio válido de ilicitud es la potencialidad que el hecho tiene de vulnerar o poner en peligro el orden moral que emerge del pueblo. En atención a este planteamiento, antes que la tipicidad de un comportamiento, el juzgador debe atender a la capacidad que dicho comportamiento tiene de lesionar los intereses de la colectividad; encontrándose por un lado el hombre

⁵¹ Ibidem, Pág. 6.

⁵² Quiceno Alvarez, Fernando, “La Autoría. La Tipicidad”, Estudios de derecho penal, Edit. Jurídica Bolivariana, 1997, Pág. 255 y 256..

con su conducta y del otro la sociedad ultrajada, los demás son criterios formales que deben ser desestimados. De aquí que se concluye que la tipicidad como función garantizadora de la libertad individual es patrimonio de los regímenes democráticos y no tomados en cuenta en los Estados totalitarios.

2.4.2.6- SEXTA ETAPA:

El vocablo tipicidad deriva del latín *tipus*, el cual a su vez se deriva del griego *turos* lo que en su acepción trascendente significa, símbolo representativo de una cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que se suministra fisonomía propia. Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otras cosas que a su vez, es emblema o figura de ella. Por lo tanto, se puede definir el tipo penal como “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible”.⁵³ dicha definición se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de ese marco quede el singular y concreto comportamiento, la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo; ya que en algunas ocasiones aparecen referencias normativas y subjetivas.

El ilustre autor Aldo Moro critica la concepción descriptiva del tipo, haciendo referencia en un solo fenómeno dos diversos, los cuales son: “el de la tipicidad, que surge en el momento mismo en que el legislador normativiza aquel comportamiento humano, que a su juicio, lesiona o pone en peligro intereses sociales dignos de tutela penal, y el de la antijuricidad que emerge cuando el juez valora en comento la conducta de un hombre y deduce que ella vulnera bienes jurídicos penalmente protegidos”.⁵⁴

⁵³ Reyes Echandia, Alfonso Op. Cit. Pag, 7

⁵⁴ Ibidem, Pag,7-8.

Se puede decir que si bien la antijuricidad se encuentra inmersa en el tipo penal, únicamente adquiere relevancia, cuando se realiza el hecho penalmente descrito y el juez emite sobre él un juicio de desvalor jurídico.

La mayor parte de los penalistas contemporáneos entienden la tipicidad como la abstracta descripción de una conducta. Jiménez de Asúa la plantea como “la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”⁵⁵.

Pavón Vasconcello se refiere a “la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal”⁵⁶.

En su mayoría, los autores coinciden en cuanto a la naturaleza objetiva del tipo, excepto GRISPIGNI al establecer la llamada “fattispecie legale entre especies: una objetiva que domina Fattispecie por antonomasia por que permite diferenciar los diversos delitos entre sí, otra subjetiva que identifica con la culpabilidad y una tercera que hace relación a la ausencia de las causas de justificación.

2.5- CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

2.5.1 -EN CUANTO AL BIEN JURÍDICO:

En atención al bien jurídico lesionado los tipos se clasifican en:

⁵⁵ Ibidem, Pag,7-8

⁵⁶ Ibidem, Pag,7-8

Uniofensivos y pluriofensivos: “según lesión o pongan en peligro uno sólo o varios bienes jurídicos”⁵⁷ para lo cual, es preciso atender al bien o bienes jurídicos inmediatamente tutelados por la norma.

Resulta importante distinguir entre bien jurídico como objeto de protección y como objeto de lesión. “un hecho delictivo puede lesionar una pluralidad de bienes pero a efecto de determinar la naturaleza del tipo del respectivo hay que atender exclusivamente a que o las que resultan específicamente protegidos por él”⁵⁸.

Dentro de los tipos pluriofensivos se encuentran los llamados “delitos complejos o compuestos en sentido estricto: Que son aquellos que están formados por la unión de dos o mas figuras delictivas”⁵⁹. El delito complejo es aquel que al reunir en sí dos o más delitos simples se configura en vista a la protección de dos o más bienes jurídicos.

De acuerdo a la forma en que el tipo penal afecta al bien jurídico se distingue al respecto entre delitos de lesión y delitos de peligro.

DELITOS DE LESIÓN, son aquellos en los que se da una destrucción o menoscabo del bien jurídico, como sucede en el homicidio, en las lesiones, en el hurto, en el robo, en la estafa, etc.

DELITOS DE PELIGRO, son aquellos en que existe la probabilidad de una lesión concreta para un bien jurídico determinado. El problema reside en donde poner el

⁵⁷.Bustos Ramirez, Ob cit. Pag. 401.

⁵⁸ Bustos Ramírez, Ob cit. Pag. 402.

⁵⁹ Bustos Ramírez, Ob cit. Pag. 402.

límite a esa probabilidad, y por eso, se habla de delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

DELITOS DE PELIGRO CONCRETO, aquellos en que la probabilidad de la lesión concreta implica de algún modo una conmoción para el bien jurídico, es decir, que temporal y espacialmente el bien jurídico probablemente afectado ha estado en relación inmediata con la puesta en peligro.

DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO, se presume iure et de iure el peligro para el bien jurídico, no hay pues una posibilidad de prueba en contrario, basta con probar la realización del comportamiento típico. En suma mediante el recurso al delito de peligro abstracto se puede estar castigando criminalmente en razón a una determinada visión moral, política o social del mundo o bien una mera infracción administrativa.

2.5.2- EN CUANTO A LA FORMULACIÓN LEGAL:

Entre las clasificaciones de los tipos que pueden realizarse a partir de las modalidades que reviste su formulación intrínsecamente considerada, merece destacarse la de su carácter abierto o cerrado.

TIPOS CERRADOS: Son aquellos en los cuales “la ley delimita nítida y exactamente, con la precisión posible mediante el empleo de las cláusulas descriptivas o cláusulas normativas de contenido concretamente determinado el

elenco de hechos a los que vincula el desvalor típico, esto es la lesión puesta en peligro de un bien jurídico penalmente relevante⁶⁰.

TIPOS ABIERTOS O NECESITADOS DE COMPLEMENTACIÓN: son aquellos donde la ley no efectúa enteramente por sí esta relimitación, remitiendo al ulterior criterio del juez el llevarla a cabo.

En esta clasificación normalmente se emplea en la formulación típica de cláusulas normativas de contenido difuso. Se produce así un especie de reenvío, a través de vocablos que encierran ya una valoración a la decisión judicial, en la misma línea y como reflejo de las leyes penales en blanco, se citan igualmente los tipos penales en blanco en los que la remisión se hace mediante el empleo de una expresión que si bien es de naturaleza normativa, no procede del Poder Legislativo.

Desde el punto de vista intrínseco, se distingue también entre Tipos Simples y Compuestos, atendiendo a que describan o no, una o más acciones y en otras se habla de tipo compuesto para designar al que reúne en sí los contenidos de injusto de varios simples.

Especial relevancia tienen los llamados **TIPOS MIXTOS:** en los que la ley describe diversas modalidades del actuar punible.

⁶⁰ Bustos Ramírez, Ob cit. Pag. 404.

“El punto de partida de esta clasificación han de representarlo las diferentes figuras del delito descritas en la ley penal, en algunas ocasiones estas figuras aparecen como modificaciones de una figura básica”⁶¹, dando lugar a los denominados tipos penales cualificados o agravados y los privilegiados o atenuados: que son aquellos en los que la formulación legal mediante la adición de características de diverso tipo a una figura básica que aparece como un conjunto de delitos en relación al que sirve de base.

Atendiendo a sus respectivas relaciones, los tipos se dividen en autónomos y no autónomos esta distinción tiene un doble sentido formal y material “desde un punto de vista formal son tipos autónomos aquellos que describen por si el hecho injusto penalmente relevante y tipos no autónomos aquellos que lo describen tomando como base un tipo principal”⁶².

Las variadas figuras de delito relacionadas entre si pueden desde un punto de vista material representar a su vez tipos autónomos y tipos no autónomos a los que cabría denominar independientes y dependientes; materialmente se dice que un tipo de injusto es autónomo respecto de otro, se alude a que cualquiera que sea su relación formal existe entre ambos diferencias cualitativas, es decir, en orden al objeto de protección que obliga a una consideración independiente del tipo autónomo.

⁶¹ Bustos Ramírez, Ob cit. Pag. 405

⁶² Bustos Ramírez, Ob cit. Pag. 406

2.5.3-EN CUANTO AL SUJETO ACTIVO:

Los tipos pueden clasificarse en:

UNIPERSONALES Y PLURIPERSONALES: Según se requiera la presencia de uno o varios sujetos activos.

En la doctrina alemana se habla de delitos de participación impropia o necesaria, aquellos en los que cuya realización requiere la concurrencia de varias acciones de diferentes personas.

El carácter pluripersonal de los tipos penales podrá ser afirmado sí en su estructura concurren las notas siguientes:

- a) Que sean varias las conductas que componen el tipo para cuya realización se necesite la inevitable contribución de dos o más personas.
- b) Que las diversas conductas de los distintos sujetos formen parte del total acontecer lesivo descrito por la ley.
- c) Que se trate de una única figura delictiva y de un mismo bien jurídico protegido que solamente una vez sea lesionado, es decir, se cometa un único delito.

Los tipos pluripersonales se dividen a su vez en delitos de convergencia, en los que las conductas de los distintos sujetos se dirigen unilateralmente a la consecución de un fin unitario y delitos de encuentro en los que las acciones con incidente dirección volitiva. Característicos del primer grupo, son los llamados delitos de coalición o de organización.

2.5.4- EN CUANTO AL MODO DE COMPORTAMIENTO

Los tipos penales pueden dividirse en Tipos de mera actividad y Tipos de resultado, materiales o tipos con medios legalmente determinados: Esto cuya realización exige un resultado, pueden hallarse formulados por la ley de modo libre, es decir, incriminando la producción del resultado cualquiera que sea la forma de su realización y de forma vinculada. Esto es precisando la clase de actividad de la que ha de dimanar el resultado dañoso.

Los tipos de mera actividad y los de resultado, pueden ser de acción y de omisión. También puede suceder que un determinado tipo exija una conducta activa y otra omisiva: tal sucede en los llamados tipos de conducta mixta. En los tipos de mera actividad habrá que atender, fundamentalmente, a la naturaleza de la norma y de la conducta configurada como infracción de la misma para determinar si se trata de un tipo de acción o de omisión.

Según que el hecho básico pueda realizarse con un solo acto o requiera, en cambio, varios actos para su ejecución, los tipos se clasifican en *Unisubsistentes* y *Plurisubsistentes*.

TIPOS UNISUBSISTENTES. Son aquellos que se perfeccionan con la realización de un único acto y plurisubsistentes todos los demás.

Mención especial entre los delitos plurisubsistentes merecen los tipos de delitos habituales. Para que pueda hablarse del delito habitual o de conducta plural es preciso que el hecho típico pueda o deba ser realizado mediante la ejecución de

varias conductas idénticas; clasificándose tales delitos en habituales propios, cuando las conductas, aisladamente, constituyen delito, sin que la realización de varias de ellas implique más que un sólo delito. En los delitos habituales propios la realización del tipo exige una repetición del acto.

Existen diferentes clasificaciones según sea el punto de vista desde el cual se les analice:

Según la relación con los sujetos del delito:

Se clasifican desde dos perspectivas: Una desde el número de sujetos y otra desde la incidencia del sujeto en la configuración del injusto.

En atención al número de sujetos se clasifican en individuales o monosubjetivos para los cuales basta un único sujeto, ya sea activo o pasivo para su configuración y los colectivos o plurisubjetivos, los cuales requieren necesariamente una pluralidad de sujetos activos o pasivos.

En cuanto a la calidad o cualidad que deben cumplir o satisfacer los sujetos ya sean activos o pasivos los ilícitos penales pueden ser comunes o especiales.

DELITOS COMUNES: son aquellos que tienen un sujeto activo y pasivo innominado, es decir basta con la expresión “quién” u “otro” para determinar el sujeto.

LOS DELITOS ESPECIALES: son los que requieren una especificación del sujeto activo, cuya relación con el bien jurídico puede ser constitutiva para el desvalor del acto (los llamados delitos especiales propios) o sólo (delitos especiales impropios).

En los **DELITOS ESPECIALES PROPIOS** existe un deber específico del sujeto activo respecto al bien jurídico, es decir la posición del sujeto activo fundamenta el injusto, tal es el caso del delito de prevaricación que depende de la posición del sujeto activo.

En los **DELITOS ESPECIALES IMPROPIOS**, son los que requieren un deber específico de sujeto activo, una determinada posición, que es cofundante del injusto, es decir, si no se da de todos modos se realiza un injusto o delito. En definitiva el delito especial impropio implica siempre un delito cualificado o privilegiado o bien agravado o atenuado.

Según su forma de consumación. Es decir según el momento en que alcanza su total realización, los delitos pueden dividirse en Instantáneos o Permanentes.

INSTANTÁNEOS, son aquellos en que la realización total es inmediata.

PERMANENTES, son aquellos en que el momento consumativo se prolonga en el tiempo, el carácter permanente tiene una gran trascendencia para la teoría del injusto. En atención a las diferentes clasificaciones de los tipos penales antes mencionados concluimos que el delito de tráfico ilegal de personas establecido en el artículo 367 – A del código penal, se ubica:

De la anterior clasificación de los tipos penales podemos afirmar que con la tipificación del delito tráfico ilegal de personas, dicha figura responde a la siguiente topología:

A) En cuanto a la formulación legal se considera un tipo penal abierto o necesitado de complementación, puesto que la ley no efectúa enteramente por sí misma una delimitación clara precisa e inequívoca de las conductas que se dirigirán al juicio de tipicidad, al ámbito de prohibición de la norma penal, y además la redacción de dicho tipo incorpora una serie de elementos normativos que requieren juicios ulteriores de los jueces penales.

B) En relación al sujeto activo es un delito pluripersonal, ya que requiere de la concurrencia de varias acciones de diferentes personas o varios sujetos activos, advirtiendo que en la realización de dicho delito cabría la concurrencia de una sola persona en la configuración del ilícito.

C) De acuerdo a la incidencia del sujeto en el injusto es un delito común ya que el sujeto activo y pasivo es innominado, es decir, no se requiere de una especificación, calidad o condición especial del sujeto activo, así las conductas descritas en el tipo podrán realizarse por cualquier personas mayor de dieciocho años, sea esta extranjero o nacional.

D) Con respecto al modo de comportamiento exigido es un tipo penal de Resultado, ya que en el delito de tráfico ilegal se necesita una modificación en el mundo exterior, la cual lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido, siendo éste la violación o evasión de los controles migratorios del país u otros países que podrían verse involucrados.

Aclarando que de la redacción de delito tráfico ilegal de personas podrían caber formas comitivas que no respondan a la estructura de los delitos de resultado, ejemplo de ello es el verbo rector *Albergar*, conducta que podría no responder a un delito de resultado sino de mera actividad ya que con ello no se estaría evadiendo ningún control migratorio pero la conducta estaría comprendida en el ámbito de tipicidad del artículo 367 A del código penal.

E) En atención a su ubicación en el Código Penal, en cuanto al bien jurídico protegido penalmente se clasifica como un delito de Lesa Humanidad, por estar regulado en el Título XIX, relativo a los delitos contra la humanidad.

F) Según su forma de consumación, se trata de un delito permanente ya que para la realización de dicho delito, el mismo se va consumando por diversos momentos en el tiempo.

CAPITULO III

PROBLEMAS JURIDICOS QUE PLANTEA LA TIPIFICACION DEL DELITO TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS

3.1 ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 568 DE FECHA ONCE DE OCTUBRE DE DOS MIL UNO.

Previo al análisis de los problemas jurídicos que genera la tipificación del delito Tráfico Ilegal de Personas, es preciso analizar bajo qué argumentos se creó este delito y determinar qué finalidad se persigue, por lo que, es necesario analizar el decreto número quinientos sesenta y ocho de fecha once de octubre de año dos mil uno.

En nuestro país, la función de legislar se le atribuye al Órgano Legislativo, según el artículo 121 de la Constitución de la República, reconoce la función de crear, reformar, interpretar y derogar las leyes. Por lo que es el legislador el encargado de tipificar los delitos con apego a los principios fundamentales del Derecho Penal, los que son extraídos de la Constitución que señalan cuales son las condiciones mínimas para que se produzca la intervención jurídico-penal.

En cumplimiento con su función legislativa se reformo el Código Penal para tipificar el delito tráfico ilegal de personas, adicionándose el artículo 367–A, emitido por decreto legislativo número 568, en el que los legisladores expresan como fundamento y único motivo para la creación de este delito, que no fue considerada la figura del tráfico ilegal de personas como delito en el título XIX del código penal referente a los Delitos contra

la Humanidad y por lo que afirman conveniente legislar, quedando sin mayor argumento la tipificación de este delito, ya que el legislador no establece los objetivos que motivan su creación, lo ubica en los delitos contra la humanidad, otorgándole la misma calidad que a delitos como el Genocidio, la desaparición forzosa de personas y otros de lesa humanidad. Surgiendo las interrogantes: ¿Se protege la humanidad con la tipificación del tráfico ilegal de personas?, ¿Cuál es el bien jurídico protegido?, y ¿Quiénes son las víctimas de este delito?, las cuales se responderán en la investigación de campo que se realice.

3.1.1- ANÁLISIS DE LA DISCUSIÓN DE LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.

La presente discusión corresponde a la reforma del Código Penal para tipificar el delito Tráfico Ilegal de Personas de la pieza 22-A, de fecha 11 de Octubre de 2001, documento obtenido en el archivo de la Asamblea Legislativa, y que consta en el anexo número dos del presente trabajo de investigación.

Entre los argumentos sostenidos por los legisladores en la discusión de la comisión de legislación y puntos constitucionales mencionaremos los siguientes:

1) DIPUTADO JULIO MORENO NIÑOS.

Tratar de elevar a la categoría de delito el tráfico ilegal de personas sancionando todas aquellas que expresamente tratan de violar los controles migratorios que llevan a personas a cometer este delito, que los transportan, que los conducen o inducen a

violentar esos controles y para que exista una concordancia con la nueva ley de migración que se está estudiando.

2) RODRIGO AVILA.

Para castigar a las personas que se lo merecen porque trafican con ilegales, porque se cree necesario, por los atentados sufridos en los Estados Unidos.

3) CARMEN ELENA CALDERON DE ESCALON:

La Comisión de Relaciones Exteriores, ha contemplado la tipificación del delito de los coyotes o del tráfico ilegal de personas, reforma que debe ser hecha al Código Penal, para recalcar que este delito no puede ser excarcelable, porque se juega con los sentimientos de la gente.

4) WALTER DURAN.

Para impedir que personas inescrupulosas o vinculadas al terrorismo internacional utilicen este país como puente para transitar personas que puedan vincularse a actividades ilícitas, por seguridad internacional y peligro a la paz mundial.

5) BLANCA FLOR BONILLA.

Por seguridad al país y por seguridad de los salvadoreños que busquen en Estados Unidos el medio para mantener a su familia.

6) ORLANDO ARÉVALO.

Otra posición reconoce porque se prohíbe una práctica legal planteando con esta reforma un reto a la policía, al sistema judicial, a los jueces y al control migratorio; que corresponde a una estrategia internacional para tratar de atacar el crimen organizado.

7) JORGE ESCOBAR

Al tipificar esta conducta se desconoce absolutamente la realidad de nuestro país y se desconoce cómo opera el tráfico ilegal de personas, y está mal redactada la reforma y no se incluye el verdadero responsable, al que contrate o reciba dinero.

De lo anterior, se concluye que la reforma que introduce el tráfico ilegal de personas surge después de los atentados sufridos el once de Septiembre, por lo que ésta se da como resultado de una cooperación internacional impulsada para combatir el terrorismo, para mantener la seguridad internacional y específicamente de los Estados Unidos, el cual está resguardando sus intereses geopolíticos exclusiva y prioritariamente.

Por lo que nuestro país se une a combatir este delito aún reconociendo que esta actividad existe por las personas que buscan el bienestar económico, demostrándose que el legislador crea este delito por presión de Estados Unidos, ya que es este país el de mayor destino de inmigrantes no sólo de salvadoreños, sino a nivel mundial. Sin tomar en cuenta que ninguna reforma del derecho penal, puede ser aceptada si no va dirigida a la protección de algún bien jurídico.

Por último mencionar que dicha reforma que introdujera la figura del tráfico ilícito de personas carece de argumentación o bases jurídicas que respalden la creación de dicha figura lo cual es inusual debido a que se deben de esbozar las razones jurídicas que conducen a la creación de las leyes, decretos o reglamentos que emitan el órgano que por Constitución esta obligado a legislar, y no simplemente una discusión cargada de fuerte contenido político como la que se observa al analizar el decreto que da vida al delito en tratamiento.

3.2- ANÁLISIS DE LA NACIONALIDAD DE LOS CENTROAMERICANOS SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

“La Nacionalidad consiste en el vínculo jurídico-político, en virtud del cual una persona humana es o se convierte en miembro del pueblo de un Estado determinado”⁶³. La nacionalidad puede ser de dos clases (Sistemas para adquirir la Nacionalidad según la doctrina):

DE ORIGEN: es la que se da por nacimiento, natural o biológico, es aquella que se adquiere por el hecho del nacimiento.

DERIVADA: se adquiere por naturalización o adquirida, se obtiene por un hecho posterior al nacimiento.

POR NACIMIENTO: la nacionalidad originaria se determina de acuerdo a dos sistemas principales, los cuales son:

El “**IUS SANGUINIS**”, según este sistema la nacionalidad de una persona se determina por la nacionalidad de sus padres.

El “**IUS SOLI**”, es aquel según el cual se determina la nacionalidad de la persona atendiendo al lugar donde nace.

Existen otros dos sistemas que son derivados de los anteriores los cuales son:

⁶³ Bertrand Galindo, Francisco y otros. “Manual de Derecho Constitucional” Tomo II, primera edición, 1999. Pág.610.

EL SISTEMA MIXTO, es el que exige que concurren a la vez elementos del ius sanguinis y del ius soli. Por ejemplo cuando establece que para ser nacional de un Estado, es necesario que haya nacido en él y que el padre o madre sean nacionales del mismo.

EL SISTEMA ACUMULATIVO, es aquel en virtud del cual se usan indistintamente los dos sistemas principales, es decir, el ius soli o el ius sanguinis. Este sistema es el que sigue nuestra Constitución; ya que en su artículo 90 #1 y 2, reconoce que son salvadoreños por nacimiento los nacidos en el territorio de El Salvador y los hijos de padre y madre salvadoreña nacidos en el extranjero.

EL SISTEMA “ DE GRAN NATURALIZACIÓN”:El artículo 90 de la Constitución en el numeral tercero, reconoce que “los originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centro América, que teniendo domicilio en El Salvador y manifiestan ante las autoridades competentes su voluntad de ser salvadoreños, sin que se requiera la renuncia a su nacionalidad de origen”⁶⁴

Nuestra constitución al reconocer la calidad de salvadoreño por nacimiento a los Centro Americanos originarios de los Estados que constituyeron la República Federal es clara al otorgarle la calidad de Salvadoreños a las personas que se encuentren en ese supuesto pero las autoridades han inobservado el precepto constitucional en la persecución del delito tráfico ilegal de personas, ya que no se toma en cuenta el mandato del artículo 90 # 3. en la práctica se da la calidad de extranjero a los Centro americanos, que no cometen ningún delito al ingresar en nuestro país con el respectivo documento de

⁶⁴ Constitución de la República, Art. 90.

identificación personal requerido en los controles migratorios, ya que según el CA-4, que es un documento migratorio que identifica a las personas de los países suscriptores (Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua), las cuales a la salida de su país de origen complementan el formulario CA-4, que deberán llevarlo en su viaje o estancia y basta con la exhibición del documento para que las personas originarias de Centroamérica ingresen de forma legal en nuestro país. El CA-4 surge de los Acuerdos Presidenciales que promueven el libre tránsito centroamericano, en tal sentido, y como seguimiento a dichos acuerdos, los directores de Migración de Centroamérica desarrollaron las políticas y procedimientos administrativos que en esta materia faciliten los flujos migratorios entre los países signatarios de dichos acuerdos.

De igual manera el artículo 91 de la Constitución reconoce la doble o múltiple nacionalidad, el salvadoreño por nacimiento no pierde la nacionalidad salvadoreña si adquiere otra u otras nacionalidades; como el caso del Centroamericano que es salvadoreño por nacimiento perfectamente puede tener otra nacionalidad.

POR NATURALIZACIÓN: este sistema es reconocido constitucionalmente en el artículo 92, manifestando que los extranjeros que no son centroamericanos pueden adquirir la calidad de salvadoreños naturalizados si cumplen con los requisitos exigidos por la ley.

Es necesario definir qué se entiende por extranjero, son “los no nacionales de un Estado son extranjeros respecto de este”⁶⁵. Y nuestra ley de Extranjería en su artículo reconoce que “son extranjeros los nacidos fuera del territorio nacional, originarios de otros

⁶⁵Bertrand Galindo, Francisco y otros. Op. Cit. Pág.667.

Estados que no han obtenido la calidad de salvadoreños por naturalización y los originarios de los demás Estados que formaron la República Federal de Centroamérica, que teniendo su domicilio en El Salvador, no han manifestado ante la autoridad competente (Migración), su voluntad de ser salvadoreños por nacimiento”⁶⁶.

Advirtiéndose de lo anterior que se da una errónea aplicación del artículo 367- A; al no tomar en cuenta lo establecido en el CA-4, ya que se les atribuye; la violación de controles migratorios cuando ingresan de forma legal presentando el documento pertinente requerido por las autoridades de Migración. Lo cual produce una serie de detenciones que no proceden y no respetan el debido proceso judicial.

3.3-APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO.

3.3.1-PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD:

El territorio de un Estado, es el ámbito espacial en el que impera su soberanía; por lo tanto la extensión del territorio delimita la validez de su ordenamiento jurídico. Esta afirmación se encuentra establecida en el artículo 84 de la Constitución de la República. Comprendiendo además el territorio insular, integrado por islas, islotes y cayos que enumera la Corte de Justicia Centro Americana, las aguas territoriales el espacio aéreo, el subsuelo y la plataforma continental.

El ordenamiento jurídico es válido para un determinado territorio, aunque en ciertos casos, sus normas puedan tener eficacia ultraterritorial; las leyes penales no son una excepción, en atención al artículo 8 del Código Penal que reconoce el principio de

⁶⁶ Artículo 1 ley de Extranjería.

territorialidad de la ley penal, estableciendo que se aplicará la ley penal salvadoreña a los hechos cometidos en el territorio de la República o en lugares sometidos a su jurisdicción. El aspecto negativo del principio de territorialidad es el que las leyes no pueden aplicarse a hechos realizados fuera de las fronteras de un Estado. El principio de territorialidad se haya sometido a excepciones, tiene además un aspecto positivo, se aplica en el territorio de forma absoluta, y además “es una consecuencia lógica de la independencia de los Estados y del principio de soberanía así como también de garantía a una intervención punitiva abusiva”⁶⁷

En la realización del delito:

Dos situaciones son importantes y deben ser tomadas en cuanto a este hecho: “la que se relaciona con el espacio en la que ha de considerarse realizado el delito, lo cual guarda relación con la aplicación territorial de la ley penal; y la de la atribución a los tribunales penales”. La legislación no establece ninguna regla para determinar el lugar de comisión del delito. En la doctrina penal se han utilizado tres teorías:

A) Teoría de la actividad (de la acción o de la residencia), según la cual el delito se comete en lugar donde el sujeto realiza externamente la conducta delictiva.

B) Teoría del resultado: identifica el lugar del delito con el de la producción del resultado externo y.

⁶⁷ Busto Ramírez, Juan, Op. Cit., Pág. 183.

C) Teoría de la Ubicuidad: de acuerdo a ésta, el delito se tiene en todos los lugares en la que se lleva acabo la actividad (acción u omisión) o se manifiesta el resultado.

La teoría de la ubicuidad, la más aceptada en la doctrina ya que se considera que el delito es cometido en todos aquellos lugares en los que el autor ha actuado u omitido la acción o en los que se ha producido el resultado; esto no significa que no tenga inconvenientes puesto que representa una eficacia ultraterritorial a las leyes penales que pueden entrar en contradicción con la soberanía de otros Estados.

3.3.2- APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY PENAL:

El principio general de territorialidad, según el cual las leyes penales se aplican únicamente a los hechos realizados en el territorio del Estado sufre importantes excepciones que se apoyan en la vigencia de otros principios los cuales son: el Principio Personal y el Principio Universal de Justicia.

3.3.2.1- Principio Personal:

Conforme a éste la ley del Estado, se aplicará a sus ciudadanos donde quiera que se encuentren, es lo que se llama propiamente de personalidad activa; el cual se encuentra regulado en el artículo 9 del Código Penal, tal aplicación se sujeta a los siguientes requisitos:

En primer lugar se trata de delitos; quedan excluidos las faltas, en segundo lugar basta que el hecho sea punible en el lugar de ejecución; la extraterritorialidad en razón del

principio personal tiene un límite garantista que es la doble incriminación, y en tercer lugar que se denuncie el hecho delictivo.

3.3.2.2- Principio Universal o De Justicia

Se aplica la ley del Estado, a los delitos cometidos por cualquier persona en un lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña; siempre y cuando afecten bienes protegidos por el derecho internacional (artículo 10 del Código Penal).

Más específicamente cuando se trata de delitos contra la humanidad, independientemente de quién o contra quienes se hallan cometido o el lugar de realización, además que tales hechos se juzgan sin tener en cuenta el lugar de comisión del delito, ni la nacionalidad del sujeto activo; verbigracia lo constituyen los delitos de terrorismo, genocidio y otros, los que normalmente son cometidos por aparatos de poder organizados, y se encuentran desvinculados al derecho y a los que perfectamente podría aplicárseles la teoría roxiniana del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Este principio al igual que los otros tiene un límite garantista, que es el de doble incriminación

3.3.3- DELITOS DE LESA HUMANIDAD:

Los delitos contra la humanidad se encuentran regulados, en el título XIX del Código Penal, conteniendo un único capítulo considera como delitos de tratamiento internacional los siguientes: genocidio, violación de leyes o costumbres de guerra, violación a los deberes de humanidad, desaparición forzada de personas cometidos por

particular y permitida culposamente, comercio de personas y el tráfico ilegal de personas; este último incluido como delito contra la humanidad, en atención a las reformas del 12 de octubre de 2001; de lo que trata el presente trabajo de graduación en el que se establecerá el bien jurídico protegido y los motivos del legislador para incluir esta práctica totalmente aceptada por la sociedad, dando la pauta para que los traficantes de ilegales sean perseguidos por otros Estados, más específicamente por los Estados Unidos de América, que son los principales interesados en regular este delito, Así el interés de ellos de perseguir a los traficantes a través de el tráfico ilegal de personas, otorgándole a este delito la calidad de carácter internacional en consecuencia la persecución obedece únicamente a intereses geopolíticos por parte de los Estados Unidos, como consecuencia de una estrategia de defensa a raíz de los atentados sufridos el 11 de septiembre de 2001.

Además de la tipificación de dicho delito siguen en el tintero una serie de preguntas difíciles de responder como ¿Qué bienes jurídicos se protegen con su creación e incorporación en el código penal salvadoreño?.

3.3.4- ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE DOBLE INCRIMINACIÓN Y NE BIS IN IDEM.

El carácter transnacional que define al crimen organizado actualmente nos indica que las actividades delictivas realizadas por este tipo de organización criminal puede desarrollarse en territorio de más de un Estado; siendo el criterio básico de aplicación de la ley penal en el espacio, esto es, permitiendo la aplicación de la ley penal nacional a individuos que cometan delitos en el extranjero; teniendo un carácter complementario sometido a fuertes límites: los de doble incriminación o ne bis in idem.

❖ **Principio de doble incriminación:**

Este principio es fundamental en el ámbito de la determinación de competencia extraterritorial de la jurisdicción penal del Estado; es decir, de la aplicación de la ley penal a los delitos cometidos en el extranjero. En atención al cual es necesario que el hecho se considere delito, no únicamente en el país de donde es originario el individuo que lo comete sino también en el país que se realiza el hecho.

En cuanto al instrumento básico utilizado internacionalmente en este ámbito: la extradición, en virtud del principio de doble incriminación, es preciso que el hecho que motiva la extradición constituya delito para el Estado que solicita y en el Estado solicitado. En materia de crimen organizado son delitos muy graves normalmente punibles en la mayoría de los Estados los relativos a la vida, tráfico de drogas, fraude, etc.

❖ **Principio de Ne bis in idem:**

Este principio fundamentalmente protege al individuo de la incriminación múltiple por un mismo hecho en varios Estados. Materialmente se considera que una persona no puede ser castigada dos veces por la misma causa. Esta prohibición implica la improcedencia de la duplicidad de procesos en contra de los imputados, de ahí que una acción delictiva amerita un sólo juicio y un fallo, a ello se suma su reconocimiento a nivel internacional como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (artículo 14 #4) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, en su artículo 8 # 4.

3.4- APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN CUANTO A LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:

El mundo en el que vivimos actualmente ha sufrido muchos cambios, los cuales han influido en esferas esenciales de todos los individuos. Pero es el fenómeno económico el que más ha repercutido en el desarrollo, expansión y quizá la consolidación de la criminalidad no convencional en la mayoría de latitudes de nuestro planeta.

Este fenómeno ha ofrecido un nuevo escenario, una configuración del orden mundial, el cual ha llegado a generar una serie de prerrogativas en función del gran capital, constituyendo los ejemplos más paradigmáticos como la creación de grandes zonas de comercio, en las cuales los controles y los estándares de seguridad se han visto reducidos como consecuencia de la creación de dichas zonas, lo cual ha constituido una atracción para las organizaciones de la criminalidad organizada, que actúan al margen de la ley.

Es precisamente la expansión de estas agrupaciones ilícitas las que han venido a canalizar un mercado mundial de bienes y servicios ilegales que coexisten con él, conformando un nuevo sector de la actividad económica, y para darle satisfacción a dicha demanda, y cumplir con determinadas necesidades que a nivel individual sería imposible llevarlas a cabo; y es entonces, cuando surgen esas estructuras de carácter transnacional que operan al margen de las leyes en los países involucrados.

Es así como un sector dentro de este mapa de agrupaciones transnacionales ilícitas se ha dedicado, al tráfico ilegal de personas. Como respuesta a este fenómeno de criminalidad internacional las legislaciones han elevado a la categoría de delito este conflicto social.

El Código Penal establece que, en atención a la forma en que participan cada uno de los sujetos en la comisión de un ilícito penal, así será la sanción a la cual serán acreedores; así en el artículo 32 reconoce que se incurre en responsabilidad penal por el delito cometido, ya sea a título de autor, instigador o cómplice. Además se describe en el artículo 37, el principio y alcance de la responsabilidad de los partícipes, el cual dispone que la responsabilidad penal de los partícipes, comienza desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido sea típico y antijurídico.

Una de las formas de autoría en el derecho penal, es la mediata, que se estructura a partir del dominio del hecho y de un autor detrás del autor, según nuestro Código Penal, el autor mediato, es aquel que comete el delito por medio de otro que se sirve como instrumento; es éste, el que llevará a cabo la acción, en estos casos la conducción del autor mediato es principal y no accesoria, subsiste por sí sola y como establece, el penalista Manuel Cobo del Rosal “lo que caracteriza la conducta del autor mediato, distinguiéndola de la del partícipe, es la instrumentalización del ejecutor”.⁶⁸ Así como en algunos delitos, el autor se puede valer de instrumentos mecánicos para la comisión de estos, en este delito se utiliza a las personas como instrumento para el cometimiento del mismo.

Lo anterior es traído a cuenta en la medida que el legislador ha sentado ya los parámetros para establecer la participación criminal contraída por los diversos sujetos activos que concurren en la realización de ilícito penal, y de la contribución de ellos al delito; de ello podemos afirmar que en un derecho penal de acto cada individuo

⁶⁸ Cobo del Rosal, Manuel “Manual de derecho penal, parte general”, cuarta edición adecuada al Código Penal de 1995, pagina 677.

sometido al proceso penal deberá responder por lo que haya efectivamente realizado, lo que implicará no realizar valoraciones basándose en criterios de conjunto o de todo el grupo, lo que conlleva problemas en cuanto a la penalidad que se les aplicará a los sujetos.

La tipificación del delito tráfico ilegal de personas ha causado dificultades en cuanto a la autoría y la participación, como consecuencia de que la normativa no responde a la naturaleza del delito, tratándose de estructuras de poder organizadas, de un fenómeno de criminalidad internacional como se le ha llamado, el cual según la doctrina responde “a la unión de una pluralidad de personas, dotadas de identidad independientes de sus miembros, con una cierta consistencia formal, una organización jerárquica, y dirigida al logro de un determinado fin, a lo que se podría añadir una cierta división del trabajo y que se proyecta más allá de la realización de actos delictivos concretos”⁶⁹.

Además se parte de la premisa que las figuras de la autoría y participación tal y como se encuentran contempladas en el Código Penal salvadoreño responden a las concepciones del delito individual, a las formas tradicionales de autoría y las mismas suponen dificultades al momento de tratar de equipararlas con delitos como el tráfico ilegal de personas.

Al respecto la doctrina Alemana ha señalado las posibles soluciones, el tratamiento jurídico-penal para poder determinar la responsabilidad de las personas que formaren parte de dichas estructuras. Por ejemplo el penalista Günter Jackobs, el profesor de la universidad de Bonn plantea que la solución a los problemas que se suscitan en este tipo

⁶⁹ Separata: “Asociación para delinquir y criminalidad organizada” (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en un peculiar interpretación de la TSS de 23 de octubre de 1977-caso Filesa). Juan José Gonzáles Rus.

de criminalidad debe tratarse a través de la coautoría y la inducción según sea el caso concreto.

Otra respuesta es la expuesta por el penalista español Manuel Cobo del Rosal quien señala que, “la solución a esta polémica se encuentra o se podría orientar en el entendido que ahí donde el autor material es un simple instrumento cabría hablar de autoría mediata, pero por el contrario donde el autor no actúa sometido absolutamente, ni engañado (aunque no obstante, puede concurrir cierta violencia) habría que desplazar la responsabilidad de hombre de atrás a la inducción”⁷⁰. De esta manera este autor soluciona el problema inclinándose por la inducción.

Por otra parte el penalista Alemán Hans Jeshek sostiene que lo que existe en el caso de los aparatos organizados de poder no es una autoría mediata, sino que la solución ha dichos problemas es la coautoría, porque el que se sienta con el poder central, la mayoría de las veces, no conoce a los ejecutores concretos. Pero “la debilidad de esta argumentación conduce a manifestar que si se estuviera ante un problema de coautoría haría falta una decisión conjunta del hecho y una ejecución común del mismo”.⁷¹

Pero una de las posiciones que se ha ido consolidando en la doctrina, actualmente lo constituye la elaborada por el maestro Roxin, la cual parece más acertada para el tratamiento jurídico-penal de la criminalidad organizada. La misma consideramos que es la solución más coherente a los problemas que se desprenden como consecuencia de la aplicación de los criterios de autoría en el marco de estos aparatos de poder organizados.

⁷⁰ Cobo del Rosal, Manuel, Op. Cit. Pág.679.

⁷¹ Muñoz Conde, Francisco: “Dominio de la Voluntad en Virtud de Aparatos de poder Organizados”, Revista Penal, Pág. 105.

La teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados, constituye la creada por el profesor de Munich, cuya estructura de dominio permite fundamentar dogmáticamente una autoría mediata del hombre de atrás, la cual implica el castigo jurídico-penal por autoría del hombre de atrás, y su imposibilidad de que su actuar quede impune frente al imperio de la ley. El mecanismo de funcionamiento de dichos aparatos en cuyo marco desarrollan sus actividades tales organizaciones permite mostrar que quien actuando en virtud de un aparato de poder organizado, puede impartir órdenes a subordinados es un autor mediato, en virtud del dominio de la voluntad que tiene, empleando sus prerrogativas para que se realicen hechos punibles, es así como dichas agrupaciones logran desarrollar una vida independiente de la dinámica, de la mutación de sus miembros debido a su fungibilidad y su condición del aparato por el autor de escritorio que caracteriza a tales agrupaciones. Así se configura uno de los tres elementos de la teoría Roxiniana. El dominio de la organización que está dirigida por un autor de escritorio.

“En consecuencia en este tipo de delitos no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes de inductor y de cómplice, ya que los mismos no responden a dichas figuras no convencionales de delincuencia”⁷².

En este tipo de autoría mediata lo que se instrumentaliza es el aparato organizado de poder, y en donde la imputación dirigida contra quien dio la orden no puede ser formulada más que en carácter de autor del hecho. Como nota característica de la misma, en este tipo de autoría mediata el ejecutor es plenamente responsable y aquí no

⁷² Roxin Claus: “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, Edit. Marcial Pons, Séptima Edición, año 2000. Pág. 274.

es ni engañado, ni coaccionado, a pesar de ser un simple engranaje de la organización y su actuar es castigado.

Como un segundo elemento de esta teoría aparece la fungibilidad del ejecutor haciendo alusión a que dicha persona debe ser libremente intercambiable, sólo constituye una parte del engranaje susceptible de sustitución dentro de la organización delictiva. Y como un tercer elemento, Roxin exige como presupuesto que dichas organizaciones deben operar al margen del ordenamiento jurídico, ya que la vinculación de tales aparatos al derecho frustraría la realización de acciones antijurídicas debido a los mandatos y prohibiciones, contenidos en dicho ordenamiento jurídico.

Dicha teoría aplicada vendría a solucionar la dificultad que ha suscitado la autoría mediata dentro del marco de este fenómeno llamado crimen organizado.

Los problemas jurídicos surgidos como consecuencia de la criminalización del tráfico ilegal de personas, ya sea por su redacción o por la técnica legislativa utilizada, estaría comprometiendo a una cadena de personas las cuales tendrían que responder penalmente como consecuencia de la inflación participativa que se desprende de su redacción.

En coherencia con la redacción del artículo 367 -A del Código Penal es de advertir que del mismo surge la problemática generada al momento de deducir responsabilidad penal, ya que el sólo hecho de transportar, albergar, o guiar, etc... Serían conductas constitutivas de delito, como acciones típicas, siendo penalmente relevantes, no tomando en cuenta que dichas personas aleguen que su actuar obedece al ejercicio de un oficio o profesión, como en el caso hipotético de los encargados de un hotel, el motorista de un autobús de transporte, etc.

3.5- ANÁLISIS DE LA TENTATIVA:

CONCEPTO: “en el delito doloso no se pena sólo la conducta que llega a realizarse totalmente o produce resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llena todos los elementos típicos como por quedarse en una etapa anterior a la realización”.⁷³ Dado que el hecho punible tiene distintas etapas de realización, es necesario delimitar en que momento el autor ingresa en el límite mínimo de lo punible, y cuando alcanza la etapa que permite llevar al máximo de la punibilidad prevista.

Las etapas de la realización del hecho punible doloso, también es llamado *iter criminis*, y son cuatro etapas: Ideación, Preparación, Ejecución y Consumación.

LA IDEACIÓN: consiste en el proceso interno del autor en el cual éste elabora el plan del delito, el fin que será la meta de su acción y a partir de éste, elige los medios para alcanzarlos.

LA PREPARACIÓN: es el proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos, con el objetivo de crear las condiciones para obtener el fin propuesto.

LA EJECUCIÓN: esta etapa consiste en la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan; distinguiéndose dos niveles en los cuales se desarrolla:

a) el autor no ha dado término a su plan y b) en el que ya ha realizado todo lo requerido según lo planeado para su consumación (tentativa acabada).

⁷³ Zaffaroni, Raúl Eugenio, “Manual de Derecho Penal, parte general”, Quinta edición, editorial EDIAR, Buenos Aires, 1987. Pág.601.

LA CONSUMACIÓN: es la obtención del fin planeado mediante los medios utilizados por el autor.

De las cuatro etapas anteriores, son punibles la de ejecución y consumación, las otras dos son penalmente irrelevantes por ser puramente internas en el autor.

El Código Penal en el artículo 24 reconoce que hay delito imperfecto o tentado “cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito da comienzo o práctica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y esta no se produce por causas extrañas al agente”⁷⁴

Para fundamentar la punición de la tentativa doctrinariamente se sostienen diferentes criterios y el adoptado por el código penal es el criterio objetivo, en el que “se considera que la tentativa es punible porque se pone en peligro un bien jurídico”⁷⁵, el criterio objetivo no admite la punibilidad de la tentativa inidónea, es decir aquella que de ninguna manera tenía aptitud para producir la consumación, por lo que en ésta, no hay peligro de un bien jurídico.

De acuerdo a lo estipulado por el artículo 25 del Código Penal, se deduce que existe un criterio objetivo ya que no es punible el delito imposible o tentado.

ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

La característica de la tentativa es la falta de algún elemento del tipo objetivo. Por lo que "en la tentativa el tipo subjetivo (dolo y elementos subjetivos) permanecen idénticos

⁷⁴ Código Penal, Artículo 24.

⁷⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. Cit. Pág. 602

la consumación. Así los elementos de la tentativa son: el dolo del autor y el comienzo de la ejecución de la acción típica (tipo objetivo)”⁷⁶.

1- El dolo del autor y los elementos requeridos por el tipo subjetivo en la tentativa.

Sólo en el delito doloso existe tentativa de acuerdo al artículo 24 del Código Penal, se requiere “el fin de perpetrar el delito”.

2- El comienzo de la ejecución, en el artículo 24 del Código Penal se adopta para la formulación de la tentativa el criterio de “comienzo o práctica de la ejecución”. Doctrinariamente este criterio plantea un problema para la distinción de los actos preparatorios del comienzo de ejecución en la solución del mismo se encuentran teorías subjetivas y objetivas.

TENTATIVA INIDÓNEA. (DELITO IMPOSIBLE).

La tentativa Inidónea o tentativa imposible, se da “cuando los medios empleados por el autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado. La única diferencia que hay entre la tentativa idónea y la inidónea, es que en la última hay una absoluta incapacidad de los medios aplicados para la producción del resultado típico”⁷⁷. Para la tentativa Idónea la penalidad, la regula el artículo 68 del Código Penal que dispone: “la pena en los casos de tentativa se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada al delito consumado”⁷⁸.

⁷⁶ Bacigalupo, Enrique, “Manual de Derecho Penal Parte General”, Edit. TEMIS-ILANUT, 1984, Pág. 167

⁷⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. Cit., Pág. 609

⁷⁸ Código Penal Art. 68.

De acuerdo a la definición de la tentativa, ésta se puede dar en los delitos dolosos; por lo que es preciso analizar sí en el tráfico ilegal de personas puede darse el delito tentado, ya que de acuerdo al artículo 367-A, se requiere que el autor tenga el “propósito” de evadir los controles migratorios, por lo que se requiere la intención del autor de cometer ese delito, que se clasifica como un delito doloso, y ciertamente existe la posibilidad de la tentativa.

Pero en atención a la literalidad de artículo 367-A inciso primero, el legislador utilizó la palabra (intentare introducir) lo que parece se trata de tentativa, pero el legislador le da igual tratamiento al delito consumado y a la tentativa del mismo; por lo que no cabría la tentativa ya que no se cumple con los requisitos para que está se realice, ya que le da la misma penalidad al que intentare introducir, haciendo los primeros actos de perpetrar el delito, viéndose de esta manera como consumado el delito, es evidente que existe una mala redacción en los términos utilizados por el legislador al referirse a “intentare introducir”.

En opinión de personas entrevistadas la redacción del artículo 367-A, sí genera problemas en cuanto a la tentativa, ya que el legislador le estaría dando la misma pena a la consumación o no del delito.

3.6- CONCURSO DE TIPOS PENALES:

En atención al criterio de sí la comisión de varios delitos proviene de una o varias acciones, el concurso de delitos recoge dos modalidades las cuales les denomina:

- a) **CONCURSO IDEAL:** en donde concurren la existencia de una acción y una pluralidad de delitos y
- b) **CONCURSO REAL:** En el que existe una pluralidad de acciones y también de delitos y las cuales provienen del mismo sujeto activo.

Las consecuencias jurídicas de ambas formas de concursos se determinan por distintos principios. “En los casos de unidad de acción con pluralidad de lesiones, las leyes suelen aplicar el principio de absorción, según el cual debe aplicarse la pena de delito más grave”⁷⁹ y en cuanto a “la pluralidad de acciones con pluralidad de bienes jurídicos afectados es en general, por el principio acumulativo, que establece la aplicación de penas independientes para cada delito y a la acumulación de las mismas”⁸⁰, constituyendo éste el tratamiento jurídico-penal que se da en caso de los concursos.

La relación de la figura del concurso en el tráfico ilegal de personas, surge como consecuencia de la complejidad de este tipo penal y lo cual lleva a comentar situaciones que se pueden suscitar en la comisión del mismo; un ejemplo sería que en su comisión se falsifican documentos (dependiendo el caso puede existir falsedad material o ideológica) lo cual supondría según el caso el procesamiento incluso del sujeto pasivo. Se podría estar frente a una privación de libertad, o existir estafa al abusar de la buena fe de los sujetos pasivos, por el ardid empleado y el aprovechamiento ilícito existente; cabría también hablar de homicidio en el peor de los casos, etc. y otros delitos que pueden surgir como consecuencia de la realización de dicho ilícito.

De ello resulta preguntarse cuál será el tratamiento jurídico-penal que los aplicadores de la ley darán a dichos supuestos que se les presenten, en atención al criterio de cada uno de ellos, ya que no existe una unanimidad en cuanto a qué clase de concurso es aplicado en este delito, por lo que consideramos que efectivamente sí se generan problemas en cuanto al concurso de delitos, pero dependerá del caso concreto.

⁷⁹Bacigalupo, Enrique. Op. Cit., Pág. 243

⁸⁰ Ibidem, Pág. 244

3.7- ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DEL DELITO TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS:

La competencia es definida por Vincenzo Manzini como el ámbito legislativamente limitado dentro del cual un Juez, que tiene jurisdicción, ordinaria o especial, puede ejercer esa jurisdicción, así la competencia penal constituye la aptitud del juez para ejercer la jurisdicción a casos concretos. La competencia es una de las tantas manifestaciones de la soberanía del Estado, que este tiene a través de funcionarios públicos que administran justicia en toda la República.

Los principios fundamentales de la competencia en materia penal son los siguientes:

1- La improrrogabilidad: la cual se encuentra regulada en el artículo 77 del Código Procesal Penal y al respecto dispone: “la competencia de los tribunales es improrrogable” lo que constituye una garantía frente al procesado.

2- La extensión: se encuentra regulada en el artículo 48 del Código Procesal Penal “la competencia penal se ejercerá por los tribunales y los jueces de la República y estarán sometidos a ellos los nacionales y los extranjeros”.

3- La exclusividad: principio que se encuentra reconocido en el artículo 2 y 3, del Código Procesal Penal, esto significa que corresponde a los órganos ordinarios que ejercen permanentemente jurisdicción penal, “el conocimiento de las causas y juicios criminales; excepcionalmente a los órganos ordinarios especiales que ejercen jurisdicción penal, como la jueces de tránsito y los tribunales militares”⁸¹.

⁸¹ Serrano, Armando Antonio y otros, Op. Cit., Pág.174.

El surgimiento de la figura del tráfico ilegal de personas, genera muchas interrogantes en cuanto a dicho delito, una de las cuales está relacionada al juez que deberá conocer de dicho conflicto social. La incorporación del artículo 367-A al momento de su tipificación, establece que las personas que son procesadas como consecuencia de este delito y su juicio pase a fase de vista pública, deberá ser conocida por el tribunal del jurado, ya que el delito de tráfico ilegal de personas no se encuentra en la enumeración hecha en el artículo 53 del Código Procesal Penal, referente a los casos que deben ser conocidos por el Tribunal de Sentencia.

❖ COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ENCARGADO DE CONOCER LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS

Según lo dispuesto en el artículo 52 le corresponde al Tribunal de Jurado conocer de todos los delitos de los cuales no se encuentren conociendo los Tribunales de Sentencia. En el artículo 53 del Código Procesal Penal se hace una enumeración taxativa de los delitos sujetos a su conocimiento, en los cuales no se menciona el delito de tráfico ilegal de personas; con la entrada en vigencia de la reforma realizada al artículo 22-A, se define lo que deberá entenderse como crimen organizado, estableciendo además, que éste será del conocimiento del Tribunal de Sentencia.

De esta reforma hecha al artículo 22-A, se toma como base para justificar que el delito de tráfico ilegal de personas se considera de crimen organizado y en donde la Fiscalía General de la República, establece como argumento que dicho delito encaja con la definición de crimen organizado y que la misma figura delictiva reúne los requisitos establecidos en el artículo en su inciso primero.

En cuanto a la redacción del inciso segundo, se ejemplifica los delitos que se consideran como de criminalidad organizada, es de aclarar que primero entró en vigencia el artículo 22-A y luego se reformó el artículo 367-A, el cual entró en vigencia el 11 de octubre de 2001 esto constituye el motivo porque no se encuentra en los numerales del artículo 53 del Código Procesal Penal. Pero una de las dificultades apreciadas hasta el momento revelan que incluso existen peticiones de la fiscalía respecto a cambiar la competencia del tribunal del jurado, es quien conoce actualmente los casos de tráfico, por el Tribunal de Sentencia; lo que consideramos que en un Estado democrático como el nuestro, es más conveniente que el tribunal del Jurado conozca la mayoría de los delitos, ya que es una de las manifestaciones de la democracia de un país.

En conclusión afirmamos que la redacción del artículo 367-A del Código Penal, genera problemas jurídicos de aplicación, en cuanto a la determinación de la ley penal en el espacio, puesto que es difícil determinar la competencia del Estado Salvadoreño, cuando el delito es cometido fuera de los límites territoriales en los cuales nuestro país ejerce su soberanía. Así mismo, se pueden dar detenciones ilegales de centroamericanos que ingresan al país legalmente, con el documento migratorio que promueve el libre tránsito de centroamericanos llamado CA-4, el cual permite estadía por 90 días en el país; dicho documento no es tomado en cuenta cuando por la simple sospecha que dichas personas utilizan el país como puente para ingresar ilegalmente a Estados Unidos, aunque su permanencia en el territorio nacional sea legal en atención al CA-4. Existe además una problemática para la determinación de la autoría de los sujetos que intervienen en la comisión del ilícito, ya que según la redacción del artículo, se puede dar la autoría mediata, ante la cual adoptamos la posición expuesta por Claus Roxin en su teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizado.

La mala técnica legislativa empleada en la redacción de este artículo genera otros problemas de no menos importancia, como la determinación de si existe tentativa o no en este delito, que clase de concursos pueden darse y el establecimiento del tribunal competente para conocer los casos de tráfico, en la etapa del juicio o vista pública.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS

4. 1- CONSIDERACIONES GENERALES

El tipo objetivo se compone de todos los elementos perceptibles en el mundo exterior, los cuales configuran el ilícito penal, lo que se deduce que los elementos del tipo comprenden todo lo que no se encuentra en la esfera psíquica del autor.

El tipo objetivo responde a una estructura que dependerá de la clasificación que se haga de los delitos ya sea de resultado, de mera actividad o delitos de consumación anticipada. En atención a los delitos de resultado el tipo objetivo se compone de los elementos siguientes: La acción, el resultado, la relación de causalidad; pero muchas veces en la legislación de ciertos delitos se hace referencia a otros elementos que se consideran necesarios para la configuración de los mismos como son: Los elementos descriptivos, los elementos normativos, los medios y las condiciones de tiempo y de lugar de la comisión. Todos ellos permiten fundamentar el injusto que se manifiesta en el mundo exterior provocando una modificación relevante para el derecho penal, aclarando que dicha geografía responde a los delitos de resultado.

En los delitos de mera actividad, la protección de los bienes jurídicos obliga a que los tipos penales acepten distintos tipos de agresión y donde se describe una acción carente de resultado, pero que ello significa la puesta en peligro del bien jurídico protegido, y de los cuales tienen singular importancia la dirección de la voluntad del sujeto activo, de manera que estos delitos no admiten otra forma comitiva que la dolosa. En este tipo de delitos basta la mera realización de la acción para que se considere típica la acción. Al

igual que en los delitos de peligro, el resultado puede consistir en una lesión o bien en la puesta en peligro del bien jurídico, lo que implica al menos la posibilidad relevante de que un resultado lesivo se pueda producir y deberá responder a cada caso concreto del tipo penal que lo regule. En consecuencia “la realización del tipo objetivo en los delitos de mera actividad y los de peligro sólo se debe comprobar la realización de la acción típica”⁸². De ahí que en esta casuística de delitos no se exija la producción de un resultado penalmente relevante para el derecho penal.

4.2.1- ESQUEMA BASICO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

4.1.2 El autor de la acción: Los sujetos activos son aquellos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico, protegido por la norma. Así los tipos penales normalmente no contienen una referencia del autor o sujeto activo, sino que en la redacción de los mismos el legislador se limita a describir la conducta de una manera neutra, ejemplo: “el que, y en los supuestos de delitos especiales, el tipo se refiere al sujeto activo de la siguiente manera el funcionario, agente de autoridad o policía”, refiriéndose a una cualidad o calidad especial que el sujeto activo debe reunir o tener al momento de la comisión.

4.1.3 La acción: El protagonista principal del conflicto social, el ser humano, se manifiesta ya sea por acción o por omisión que constituye el núcleo del tipo y uno de los elementos más importantes. “La relevancia de dicho concepto no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan un comportamiento humano para el

⁸² Bacigalupo, Enrique, “Manual de derecho penal, parte general “, Editorial Hamurrabi

derecho penal”⁸³. Ello se trae a cuenta por que existen casos en los cuales la acción quedaría excluida para efectos jurídico- penales, vale decir las causas de exclusión de la acción, las cuales son los actos reflejos, la fuerza física irresistible, los estados de inconciencia absoluta; esto no quiere decir “que estas causas de exclusión tengan un carácter absoluto, ya que deberá verificarse precisamente si la acción inmediatamente anterior es de interés para el derecho penal, es decir, si fue evitable”⁸⁴. Esta concepción de acción responde a la concepción finalista de la misma, en donde la acción humana se encamina a una actividad final.

El concepto de la acción tiene la función “de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal”⁸⁵, y que en ausencia de tales elementos no se justifica la intervención punitiva del Estado democrático de derecho.

4.1.4 La omisión: la realización de los tipos penales o su forma comitiva puede responder a dos figuras básicas, las cuales son: La acción o la omisión. Ello lo reconoce nuestro código penal en su artículo diecinueve al expresar que los hechos punibles pueden ser realizados por acción o por omisión.

La omisión puede describirse como la no realización de una acción ordenada o mandada por la ley, en la cual se establece un deber de actuar, de ellos podemos afirmar que la existencia de una norma imperativa en estos delitos contiene siempre un mandato de

⁸³ Ibidem, Pág. 178.

⁸⁴ Ibidem, Pág.181.

⁸⁵ Ibidem, Pág.181.

acción o deber de actuar; por ello toda conducta desarrollada por el sujeto activo en contravención o contraposición con el o los mandatos ordenados por la norma constituye una infracción jurídico-penal, en esta forma comitiva la respuesta penal se orienta a sancionar la no realización de la acción esperada de sujeto activo del delito.

Dentro de los tipos de omisión existe una clasificación de los mismos y dentro de la cual encontramos:

- a) los delitos propios de omisión.
- c) los delitos propios de omisión con mandato de evitar un resultado.
- c) los delitos impropios de omisión o delitos de comisión por omisión⁸⁶.

La anterior clasificación de dicha forma de comportamiento penalmente relevante responderá según la legislación en particular, pero estas siempre serán una respuesta penal que se orientará a la infracción de una norma imperativa que manda u ordena la realización de una acción que el individuo está en posición de realizarla

4.1.5 Momento de la Acción: El momento de la acción se convierte en un requisito indispensable, al acreditar una acción típica o ya sea al establecer determinada agravante en el proceso; en consecuencia dependerá del momento de la acción la acreditación de la comisión o de la agravante respectiva.

4.1.6 El resultado: Es la modificación que se produce en el mundo exterior nos conduce a la idea de la lesión del objeto de la acción y no a cualquier consecuencia vinculada a la acción. “Esta lesión del objeto debe distinguirse de la lesión objeto de protección que

⁸⁶ Serrano Armando, Op.Cit.Pag. 532-.

está constituido por el bien jurídico”⁸⁷. Ello siempre respondiendo a la estructura de los delitos de resultado ya que en los delitos de mera actividad o peligro no se suscita dicha circunstancia. En todos los delitos de resultado el legislador en la redacción describe una acción y un resultado ligado a ésta.

4.1.7 La relación de causalidad o imputación objetiva: Durante la historia del derecho penal, una de las dificultades que con frecuencia ha generado problemas ha sido la relación de causalidad o nexo causal la cual ha tratado de dar respuesta cuando la acción es causa de un resultado y este resultado es de trascendencia jurídico penal. Así para que proceda la acreditación de la relación específica entre, la acción y el resultado y poder formular una imputación responsable contra el sujeto activo y por supuesto en armonía con el sistemas de garantías y principios constitucionales, que amparan al sujeto activo en el conflicto penal se han propuesto una serie de teorías que han tratado de solucionar esta polémica que aún no se le ha podido dar término. Las teorías clásicas trataron de responder a esta problemática afirmando que “la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una *relación de causalidad*, es decir, una relación de causa y efecto”⁸⁸.

Entre la teoría de la causalidad y la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua nom*, existente diferencias que radican básicamente en que, la primera limita los resultados de una consideración meramente natural incluyendo puntos de vista valorativos que restringen el concepto de causalidad, a la causalidad jurídico penalmente relevante y solamente aquellos que, de acuerdo con la experiencia general,

⁸⁷ Ibidem. Pág. 183.

⁸⁸ Ibidem, Pág.183.

habitualmente producen el resultado, haciéndola depender de este factor, en consecuencia “no todas las condiciones son causa, mientras que la segunda teoría se limita a considerar relevante para el derecho penal una conexión causal concebida en el sentido de las ciencias naturales”⁸⁹.

La teoría de la imputación objetiva: como respuesta a las teorías anteriores las cuales se basaron en los métodos causalistas-naturalistas, pero que a pesar de su superación a través de esta teoría siempre en el marco de la verificación de la causalidad natural “no es sino un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado”⁹⁰. De ahí que esta teoría que incorpora categorías como el riesgo y la imputación exige dos condiciones esenciales para que el resultado sea imputable a una acción siempre que concurren los siguientes requisitos:

Comprobada dicha causalidad natural se requiere además:

- a) Si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y
- b) Si dicho resultado producido es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Ambos puntos de partida son deducidos del fin de la protección de la norma penal y ello conduce a la afirmación, que, “la norma penal sólo prohíbe acciones que creen para el

⁸⁹ Ibidem, Pág. 184.

⁹⁰ Bacigalupo, Enrique, “Manual de derecho penal parte general”, editorial TEMIS-ILANUD, 1984. Pág. 99.

bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que hubiera podido evitarse”⁹¹, lo cual elimina a nivel de la tipicidad comportamientos que son irrelevantes para el derecho penal. Esta teoría de la imputación objetiva, es la que tiende ha imponerse en la actualidad.-

4.1.8 Los Elementos Descriptivos y Normativos: Estos elementos constituyen “aquellas particularidades que podría contener cada tipo penal”⁹² y que son parte de los elementos objetivos del tipo.

Los Elementos Descriptivos: Son aquellos que el autor puede conocer a través de los sentidos, los puede ver, tocar, u oír. Dicha descripción podrá hacer alusión ya sea al sujeto pasivo, al objeto material sobre el que recae la acción, a los medios que podría emplearse en la fase de la ejecución de la acción punible, como consecuencia que el tipo penal es de naturaleza descriptiva, establece comportamientos humanos que en definitiva serán relevantes para la intervención punitiva del Estado. Estos elementos descriptivos como su propio nombre lo dice constituyen la descripción de circunstancias del mundo exterior apreciables por los sentidos sin la necesidad de que se proceda a una valoración especial sobre ello.

Elementos normativos: Son aquellos en los que predomina una valoración, que por lo tanto no es perceptible por los sentidos, constituyen elementos que para su correcta apreciación se hace indispensable una valoración o un juicio valorativo, que podría devenir de un juicio ya sea de índole jurídica como de índole sociocultural o empírico

⁹¹ Ibidem, Pág. 99.

⁹² Serrano, Armando Antonio y Otros, Op. Cit., Pág. 246

cultural por parte del autor, ejemplo de ello los constituyen los tipos penales en el que el legislador suele introducir palabras como: “Honestidad”, “Buenas costumbres”, o “Insolvencia”, las cuales necesariamente requieren valoraciones que deben ajustarse a la del término medio de la sociedad y lo cual se convierte en conceptos que aportan cierto grado de subjetividad por su indeterminabilidad, provocando una valoración subjetiva acerca de determinadas circunstancias, las cuales pueden repercutir en la situación jurídica del procesado, se concluye que dichos elementos deben ser suprimidos o modificados vía técnica legislativa por las razones antes expuestas.

4.1.9 Los medios: En la configuración de los tipos penales existen dentro del catálogo de delitos algunos en los cuales para que, se reproduzca la adecuación típica, la configuración del ilícito, la acción ha de ser realizada a través de determinados medios o instrumentos indispensables que el tipo penal exige y de donde se puede sostener que ante la ausencia de determinado medio o instrumento, la sola lesión o puesta en peligro del bien jurídico por parte del autor no podrá fundamentar la adecuación típica, requiriendo por lo tanto que la lesión o puesta en peligro se haya emprendido con los medios que se determinan en el tipo penal determinado, en consecuencia no podrá de ninguna manera configurarse la comisión del delito tipo, y al igual que el momento de la acción será indispensable en ciertas ocasiones acreditar dicha circunstancia para que concurran la agravante respectiva y la eventual modificación en la responsabilidad penal del sujeto sometido al proceso penal.

4.1.10 El lugar: La tipificación de ciertas figuras criminales exige para su eventual configuración, que la acción sea realizada conforme a determinada situación geográfica, o que el sujeto activo se encuentre en determinado lugar, el cual cumpliendo

con dichas exigencias del tipo penal se tendrá por acreditada dicha circunstancia, la cual por regla general viene a fundamentar una agravante dentro la estructura de dicho delito.

4.2.1- ELEMENTOS SUBJETIVOS.

El tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como subjetiva (el llamado tipo subjetivo). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica entre los cuales están los siguientes: autor, acción, formas, medios de la acción, el resultado, el objeto material. En la segunda (elementos subjetivos), comprenden el contenido de la voluntad que rige la acción, entre los cuales se encuentran fin, efectos concomitantes y selección de medios.

La mera descripción objetiva de una conducta, no es suficiente para comprender su ilicitud por lo que es necesario referirla a determinado y concreto propósito del autor, que se encuentra establecido en cada tipo penal por el legislador que considera elementos subjetivos de la tipicidad, que implican la atribución de un determinado comportamiento dentro de un concreto ámbito situacional; partiendo de esto surge el dolo, por lo que el injusto no puede considerarse como algo puramente objetivo; sino como el hacer de un determinado sujeto, ya que en “la acción se dan elementos exteriores objetivos, y elementos subjetivos que como tales transcurren en la conciencia del autor”⁹³. Este aspecto subjetivo constituye lo que llamamos tipo subjetivo .

⁹³ Bacigalupo Enrique, “Lineamientos de la Teoría del Delito”. Edit. Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos. Buenos Aires, 1974, Pág. 46

En los delitos dolosos la tipicidad depende de la realización del tipo objetivo y subjetivo, ya que en el coinciden lo ocurrido (el tipo objetivo), con lo querido (tipo subjetivo). Esta coincidencia establece la diferencia entre el delito doloso y el delito culposo, en este último esta coincidencia no existe.

“Dentro de una u otra manera entonces la introducción del dolo, dentro de una teoría del delito ha sido la búsqueda de la proyección del individuo en una situación dada”⁹⁴. De ahí que el dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo, es decir, que el autor decide ejecutar una acción que quiere y sabe que es lesiva de un bien jurídico.

ELEMENTOS DEL DOLO:

El dolo contiene dos elementos:

Elemento Cognitivo, que se refiere al conocimiento que debe haber tenido el autor para obrar con dolo; y *el Volitivo*, que resume las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que el autor quiso lo que sabía.

ELEMENTO COGNITIVO O INTELECTUAL: El sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica. No es necesario que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuricidad, la culpabilidad o la penalidad.

Este se refiere a los elementos que caracterizan objetivamente la acción: sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva y objeto material, etc.

El dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo, es decir, la actitud subjetiva que posee el autor que decide ejecutar una acción lesiva de un bien jurídico, el conocimiento que exige el dolo debe ser actual, que existe cuando el momento en que

⁹⁴ Bustos Ramírez, Juan, Pág. 299

el autor realiza la acción típica tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo; aunque no todos estos elementos son cognoscibles de la misma forma, ya que los elementos descriptivos del tipo se conocen, es decir, se perciben a través de los sentidos, en cambio los elementos normativos no son captados por los sentidos y requieren de una valoración., ejemplo: cheque, documento.

El conocimiento exigido por el dolo no debe ser técnico-jurídico, ya que de ser así solo los juristas o determinados sujetos podían actuar con dolo, sino que solo es requerido el conocimiento paralelo en la esfera del lego.

La variante negativa del elemento intelectual del dolo es el error o la ignorancia, partiendo que el dolo requiere que se conozcan los elementos de tipo objetivo, cuando el autor desconoce la existencia de alguno de estos falta el conocimiento; el desconocimiento puede ser por error o ignorancia, es decir, de un conocimiento falso o de la falta de este, generando error de tipo, lo que produce una causa de exclusión del dolo.

Existen algunos casos especiales del error tales como:

- A) El error sobre del nexo causal: “sólo será excluyente del dolo cuando el nexo causal ocurrido sea esencialmente divergente del nexo causal que el sujeto se representó”⁹⁵
- B) El Error in personam o sobre la identidad de la persona, este tipo de error es irrelevante y no determina la exclusión del dolo.
- C) Error de Tipo: Es aquel recae que sobre un elemento de la definición legal del comportamiento punible, es decir, cuando el autor desconoce uno o más de los

⁹⁵ Bacigalupo Enrique, Op. Cit. Pág. 54

elementos a los que se ha de extenderse el conocimiento del dolo, según el correspondiente tipo.

D) Error de Prohibición: Es el que recae sobre la prohibición jurídico penal del mismo.

ELEMENTO VOLITIVO: Para actuar dolosamente no basta únicamente con el sólo conocimiento de los elementos objetivos del tipo, sino que es necesario querer realizarlo, este querer no se debe confundir con el deseo o los medios del sujeto.

Este elemento supone voluntad incondicionada de realizar algo, si el autor aún no está decidido a realizar el hecho o sabe que no puede realizarse no hay dolo, porque el autor no puede querer lo que no está dentro de sus posibilidades; de algún modo el querer supone además el saber, esto no significa que saber y querer sean lo mismo.

Lo importante a destacar en este elemento, es la dirección de la voluntad, hacia dónde y cómo la proyecta el individuo y no las situaciones de cómo ha tomado la resolución por parte de éste, que no es un problema del injusto.

Como ya se mencionó además del conocimiento, el dolo requiere que el autor haya querido la realización del tipo de lo que surge la interrogante: ¿Cuándo el autor quiso el resultado? Como respuesta a esto se han configurado tres formas de dolo:

DOLO DIRECTO: “es aquel en que la realización típica llevada cabo es justamente la perseguida por el autor”⁹⁶

DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS (O INDIRECTO O DOLO INDIRECTO DE SEGUNDO GRADO): en este tipo de dolo el autor sabe que al

⁹⁶ Bustos Ramírez, Op. Cit. Pág. 307

alcanzar la meta de su acción, necesariamente se da la producción de otro resultado que inclusive puede serle indiferente.

DOLO EVENTUAL: “es aquel en que la realización perseguida lleva consigo un hecho típico probable, con el cual se cuenta dentro de la realización llevada a cabo”.⁹⁷

4.2.1.2 ELEMENTOS ESPECIALES SUBJETIVOS DE LA AUTORIA

En ciertos casos, además del conocimiento y la voluntad de la realización del tipo, que se refiere a que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, motivación o impulso, como ejemplo podemos mencionar en el delito de falsificación de documentos, no únicamente se requiere que el autor sepa y quiera falsificar el documento, si no que, lo haga con intención de engañar.

4.2.1.3 ELEMENTOS DEL ÁNIMO O DE CARÁCTER:

Son los elementos que tienen relación con la personalidad del sujeto, como ejemplo en las menciones que hace el legislador al proxenetismo, estos elementos son difíciles de plantearlos en el injusto como un problema de tipicidad, ya que aparecen como problemas propios al sujeto responsable. Los cuales son criticados pues no están en relación al sujeto con su hecho, sino con su personalidad o carácter. En el delito que estamos analizando, los elementos del ánimo o del carácter no son identificables, ya que

⁹⁷ Ibidem, Pág. 308.

lo que se persigue es el hecho de evadir los controles migratorios del país u otros países y no la personalidad del sujeto activo.

4.3 ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS.

Como anteriormente se ha expresado el tipo penal para ser considerado como tal debe reunir ciertos elementos; los cuales han de ser tomados en cuenta al momento del cometimiento de dicho injusto.

Los elementos que debe contener todo tipo penal son: Los elementos objetivos, los captables por los sentidos y los subjetivos, referentes a la voluntad del sujeto. El delito tráfico ilegal de personas no escapa a la contemplación de estos elementos, por lo que a continuación se hace un análisis de los mismos:

TIPO BASICO: ARTICULO TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE –A: “LA PERSONA QUE POR SI O POR MEDIO DE OTRA U OTRAS, EN CONTRAVENCION A LA LEY, INTENTARE INTRODUCIR O INTRODUZCA EXTRANJEROS AL TERRITORIO NACIONAL, LOS ALBERGUE TRANSPORTE O GUIE, CON EL PROPOSITO DE EVADIR LOS CONTROLES MIGRATORIOS DEL PAIS U OTROS PAISES, SERA SANCIONADO CON PRISION DE CUATRO A OCHO AÑOS.

CON IGUAL PENA, SERA SANCIONADA LA PERSONA QUE ALBERGUE, TRANSPORTE O GUIE A NACIONALES CON EL PROPOSITO DE EVADIR LOS CONTROLES MIGRATORIOS DEL PAIS O DE OTROS PAISES.

EN IGUAL SANCION INCURRIRAN LAS PERSONAS QUE CON DOCUMENTACION FALSA O FRAUDULENTA TRATAREN DE HACER O

HICIEREN SALIR DEL PAIS A SALVADOREÑOS O CIUDADANOS DE CUALQUIER OTRA NACIONALIDAD; O LOS QUE UTILIZAREN DOCUMENTACION AUTENTICA, CUYO TITULAR ES OTRA PERSONA.

SI COMO CONSECUENCIA DE LA COMISION DE ESTE DELITO LOS SUJETOS PASIVOS SUFREN PRIVACIONES DE LIBERTAD EN EL EXTRANJERO, FUEREN VICTIMAS DE DELITOS DE CUALQUIER ORDEN O FALLECIEREN POR CAUSAS VIOLENTAS, O DE NATURALEZA CULPOSA, LA PENA SE INCREMENTARA EN LAS DOS TERCERAS PARTES.

En el tipo de los delitos dolosos, describe en su contenido una acción en la que el fin del autor coincide con la realización del hecho. Atendiendo a la anterior afirmación el tipo tráfico ilegal de personas contemplado en el artículo 367-A del Código Penal, se clasifica como delito doloso; por lo que entre el aspecto subjetivo de la acción y el objetivo debe darse una total correspondencia.

4.3.1- ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

4.3.1.1- BIEN JURIDICO PROTEGIDO:

En atención a la ubicación del delito, en el Código Penal el bien jurídico protegido es la Humanidad, ya que se encuentra regulado en el Título XIX relativo a los Delitos contra la Humanidad; otorgándole la misma categoría de delitos como el Genocidio, Desaparición Forzada de Personas, Violación de las Leyes o Costumbres de Guerra,

entre otros, los que tienen como finalidad proteger a la persona en todos los ámbitos; igualmente el legislador, al elevar esta conducta a la categoría de delito, en el análisis previo a la justificación que hace es la de proteger a las víctimas de este delito (los traficados), en virtud de no estar penalizada dicha práctica en la legislación salvadoreña; opinión que como grupo consideramos como no válida en atención que de manera encubierta lo que se protege son intereses geopolíticos del Estado Norteamericano como consecuencia de la seguridad nacional a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001; por ser éste, el Estado mayormente afectado con la realización de esta práctica y el que busca la Cooperación Internacional para la erradicación de dicha conducta, otorgando los medios necesarios a los países subdesarrollados como el nuestro para el combate contra los guías de personas traficadas; mostrando con esto nuestro país una doble moral, en cuanto a que la población salvadoreña se ve beneficiada de los ingresos que vía remesas familiares llegan al país. Considerando que no se lesiona ningún bien jurídico nacional con la tipificación de esta conducta, habiéndose redactado de una manera diferente en el que se sancione aquella conducta del sujeto activo de engañar o valerse de la necesidad de las personas que desean salir ilegalmente del país.

4.3.1.2- SUJETOS DEL DELITO

SUJETO ACTIVO:

Partiendo que este no es un delito convencional, ya que participa una pluralidad de individuos, lo cual implica que puede ser cometido por cualquier persona de modo individual, puesto que no se requiere de una calidad o cualidad especial para ser

considerado como sujeto activo, o mediante la pertenencia a una organización criminal, en la que cada uno de sus miembros tiene una función específica.

En algunas ocasiones puede haber un único sujeto activo, como el caso en que de manera directa pacten entre el guía y la persona traficada, es decir, en el supuesto una sola persona se comprometa a realizar la conducta descrita en el tipo. Generalmente estaremos en presencia de un delito plurisubjetivo en el que concurre la participación de varios sujetos y, entre los cuales existe una distribución de funciones tales como guiar, transportar y albergar, es importante destacar que aunque el legislador le atribuye la calidad de sujetos activos a las personas que transportan o albergan ilegales, en la práctica estos no son perseguidos penalmente, por lo que se observa que el Ministerio Público se preocupa principalmente por inculpar a los guías, en quienes recae el cometimiento del ilícito penal.

SUJETO PASIVO:

En cuanto a lo establecido en el tipo tráfico ilegal de personas, el legislador señala la calidad de sujeto pasivo a cualquier persona natural, ya sea nacional o extranjero, entendido con ello las personas que “se supone” se ven perjudicadas con la realización de dicho delito.

Es importante hacer notar que en este tipo penal media el consentimiento por parte de la supuesta víctima, ya que en la mayoría de los casos, los sujetos pasivos de esta figura consienten la realización del ilícito, caso en el que la acción quedaría excluido del análisis de la tipicidad, es decir, cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en contra de la voluntad del sujeto pasivo; considerándose tal situación en el

ámbito del Derecho Penal como atípica, quedando de esa manera exento de responsabilidad penal el sujeto activo. Otro efecto del consentimiento sería la exclusión de la antijuricidad, cuando el comportamiento del autor importe una lesión a un bien jurídico. Nuestra legislación no toma en cuenta el consentimiento del sujeto pasivo para la persecución del delito, regulado en casos especiales tales como: en el delito de lesiones establecido en el artículo 147 C. Pn. y de estupro artículo 163 C.Pn.

4.3.1.3- OBJETO MATERIAL:

La acción en este delito recae sobre las personas a las cuales se dirige el comportamiento típico “tráfico ilegal de personas”, siendo el objeto de la conducta la persona que se ve perjudicada por la acción del sujeto activo, la cual es de guiar, albergar o transportar personas ilegales con el propósito de evadir los controles migratorios; existiendo así en este tipo penal una identidad con el sujeto pasivo de la acción típica. En atención a lo expuesto por el tratadista Bustos Ramírez en el Tratado de Derecho Penal, parte general, afirma que los delitos en que la persona es el bien jurídico protegido (como lo es el caso del delito de tráfico ilegal de Personas), este coincide con el sujeto pasivo del mismo.

4.3.1.4- CIRCUNSTANCIAS ESPACIALES:

Son las destinadas a la determinación específica del ámbito espacial de la tipicidad, en este caso el legislador al establecer que el sujeto activo en la realización de la acción de evadir los controles migratorios del país u otros países, determina una circunstancia espacial, ya que el delito no solamente puede darse dentro de las fronteras salvadoreñas,

sino también en el territorio de otros países, lo que es perseguible fuera del ámbito dentro del cual el Estado Salvadoreño ejerce su soberanía, en atención a que el delito es considerado de Lesa Humanidad, lo que permite que sea perseguible aun fuera del territorio nacional, visto de esta manera es legal la detención de los sujetos activos en otros países; pero si tomamos en cuenta que en la redacción del artículo no se establece claramente que la humanidad sea el bien jurídico protegido, con lo que, El Estado Salvadoreño estaría extralimitando su competencia, correspondiéndole al Estado en el cual se realiza el delito el conocimiento y persecución del mismo.

4.3.2- ELEMENTOS DESCRIPTIVOS DEL TIPO: Son aquellos en que el legislador describe la acción, distinguiéndose dentro del artículo 367-A los siguientes: Intentare, Introducir, Albergue, Transporte, Guíe, Hacer e Hicieren, Salir, Utilizare.

4.3.3- CONDUCTA TIPICA:

Dentro de las conductas que están destinadas al juicio de típicas encontramos:

Albergar, Transportar, Guiar, Evadir, e Introducir. Para la interpretación del precepto es necesario definir los conceptos, que constituyen los verbos rectores o núcleos del tipo de las figuras aquí criminalizadas y lo que conducirá a una aproximación importante para la interpretación judicial del tipo tráfico ilegal de personas.

Según el diccionario de la Real Academia de la lengua Española⁹⁸

ALBERGAR: dar albergue u hospedaje, tomar albergue.

⁹⁸ Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, Madrid 1925.

ALBERGUE: edificio o lugar en que una persona halla hospedaje o resguardo.

TRANSPORTAR: del latín transportare. Llevar una cosa de un paraje o lugar a otro, o por indicios, señales.

INTRODUCIR: de latín introducir. Dar entrada a una persona en un lugar. Meter o hacer entrar o penetrar una cosa en otra.

GUIA: persona que en camino, conduce y enseña a otra el camino. Persona que enseña y dirige a otra para hacer o lograr lo que se propone.

Como consecuencia de lo anterior las conductas relacionadas con albergar, transportar, guiar, e introducir, están en el ámbito de prohibición establecido por dicho artículo. Las conductas descritas y que constituyen los verbos rectores del tipo, hacen pensar que los sujetos encargados de ejercer la carga de la prueba en materia penal deberán realizar la correspondiente persecución penal de manera imparcial, entendido por éllo, que los mismos deberán dirigirse contra cualquier conducta que tratase albergar, transportar o guiar, o tratase introducir personas al país con los fines o propósitos establecidos en el artículo 367-A del Código Penal. Pero en la práctica los procesos en conocimiento del Órgano Judicial, en los que se persigue por parte del Ministerio Fiscal sólo una de las acciones o forma de manifestarse la conducta típica (guiar).

4.3.4-ELEMENTOS NORMATIVOS

Los elementos normativos son aquellos que necesitan de una valoración por parte del juez, y según la doctrina con el empleo de este tipo de elementos hay una afectación al

principio de legalidad en sentido amplio; por lo que se recomienda utilizar de forma mínima este tipo de expresiones, que producen una imprecisión el tipo, dejando a criterio del juez la valoración de éstos, lo cual deja en un estado de indefensión al sujeto activo del ilícito. En este caso el delito tráfico ilegal de personas está compuesto de un gran número de éstos elementos, los cuales son los siguientes:

PERSONA: Ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual o física; como las corporaciones, asociaciones, sociedades o fundaciones.

CONTRAVENCION A LA LEY: Falta que se comete al no cumplir lo ordenado.
Transgresión de la ley

EXTRANJEROS: Son extranjeros los nacidos fuera del territorio nacional, originarios de otros Estados que no han obtenido la calidad de salvadoreños por naturalización y los originarios de los demás Estados que formaron la República Federal de Centro América, que teniendo su domicilio en El Salvador, no han manifestado ante la autoridad competente su voluntad de ser salvadoreños por nacimiento.

TERRITORIO: Parte de la superficie terrestre sometida a la jurisdicción de un Estado, provincia, región o municipio.

TERRITORIO NACIONAL: La base geográfica de una nación, comprendida dentro de sus fronteras, el espacio sometido a su imperio y el sujeto a su jurisdicción. Según el artículo 84 de la Constitución de la República, el territorio de la nación comprende: El territorio Insular, Las aguas territoriales, El espacio aéreo, El subsuelo y la plataforma

continental e Insular correspondiente; y en el mismo artículo se fijan los límites del territorio nacional.

EVADIR: Del latín Evadere. Tr. Evitar un daño o peligro inminente; eludir con arte o astucia una dificultad prevista. Fugarse, escaparse. Se refiere a una conducta evasiva o medio hábil para eludir una dificultad o contratiempo.

CONTROLES MIGRATORIOS: El control migratorio comprende: la organización y coordinación de los servicios relativos a la entrada y salida de los nacionales y extranjeros del territorio de la República, mediante el examen y calificación de sus documentos; el estudio de los problemas que este movimiento origine y la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales respecto a la permanencia y actividades de los extranjeros en el país.

DOCUMENTACION FALSA O FRAUDULENTA: Instrumento, escritura o escrito opuesto o contrario a la verdad; inexacto, incierto. Ilegal o imitación de lo legal. Simulado. Fingido.

DOCUMENTO: Instrumento, escritura o escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa, o al menos, que se aduce con tal propósito.

DOCUMENTACION AUTENTICA: Escrito, papel o instrumento autorizado en forma tal que de fe y haya de ser creído, por extendido ante fedatario público o por estar legalizado por autoridad competente.

CAUSAS VIOLENTAS: El motivo o la razón que nos inclina a hacer alguna cosa, con fuerza contra la voluntad. Con daño o destrozo. Contra justicia y razón al ejecutar algo por accidente o mano del hombre, como la muerte violenta.

NATURALEZA CULPOSA: Originario, nativo en sentido amplio cualquier falta, voluntaria o no de una persona que produce un mal o daño; en cuyo caso culpa equivale a causa.

4.3.5-EL TIPO SUBJETIVO:

Se limita a casos de actuación dolosa del autor, quien deberá conocer el objeto sobre el que recae la acción típica.

En el caso del delito tráfico ilegal de personas se da el dolo directo, es aquel en que la realización típica llevada a cabo es justamente la perseguida por el autor.

ELEMENTOS ESPECIALES

En la redacción de este artículo se establece como un elemento especial de ánimo, "El Propósito", lo que significa que el sujeto activo realice la acción, que equivale al ánimo o intención de hacer una cosa, es decir, con la intención determinada; de evadir los controles migratorios del país u otros países; por lo que no cabe la culpa es este ilícito penal.

4.3.6-TENTATIVA:

En atención a la redacción del artículo y a entrevistas realizadas a jueces no cabe la tentativa en este delito, ya que el legislador reconoce la tentativa dentro del tipo; al

establecer “el que intentare introducir” y no podría darse una tentativa de la tentativa. Dándole el mismo tratamiento como si tratase de delito consumado, es decir, como si las personas traficantes ya hubieran introducido salvadoreños o extranjeros al territorio nacional con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países. De acuerdo a una interpretación conforme sí puede haber tentativa, ya que al establecerse la misma pena para actos preparatorios y la consumación, se violenta el principio de necesidad que reconoce que la pena y las medidas de seguridad solo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho cometido..., artículo cinco del código penal, por lo que podría declararse inaplicable. Además se violenta el Principio de Proporcionalidad de la Pena, regulado en el artículo sesenta y tres del Código Penal, en el cual se establece como criterio de determinación de la pena la extensión del daño y del peligro efectivo, en cuanto a que en este delito, se da un igual tratamiento a los actos preparatorios (tentativa) y a la consumación del mismo, causando en el criterio del juzgador la misma afectación al bien jurídico protegido. Existiendo una inobservancia del artículo sesenta y ocho referente a la penalidad de la tentativa, al establecer que la pena, en este caso se fijara entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la señalada en el delito consumado,

4.3.7-CONCURSOS:

El legislador en los casos previstos en los incisos tercero y cuarto del delito tráfico ilegal de personas, no establece una unanimidad de criterios en cuanto a la determinación de que tipo de concurso existe; de ahí que algunas de las personas entrevistadas consideran que se aplicarán las reglas de concurso aparente de leyes enunciadas en el artículo siete del código penal, el cual taxativamente describe los

criterios que se deberán tomar en cuenta al momento de resolver los conflictos aparentes de leyes. En el numeral tercero del artículo siete del Código Penal se establece que “el precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionaran las infracciones consumadas en aquel”...En consecuencia las figuras que concurren como resultado de dicho delito, entre las cuales están: la documentación falsa o fraudulenta, privación de libertad, homicidio o delitos de cualquier orden, serán tratados de conformidad a la regla antes expresada.

De igual manera, hay quienes consideran que existe concurso ideal, en atención a que con una misma acción se cometen varios delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro; como el caso en que la persona utilizare documentación falsa cuyo titular es otra persona con el propósito de ingresar ilegalmente a otro país.

Como grupo consideramos que las dos anteriores posturas son válidas ya que en razón a la errónea redacción del artículo, el legislador da pie para generar confusiones en cuanto a la aplicación del mismo.

4.3.8- AGRAVANTE:

El tipo penal contiene una agravante reconocida en la parte final del artículo en mención al señalar que si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos fueron víctimas de otros delitos, se les aumentara la pena en las dos terceras partes, sin especificar si es del máximo o mínimo.

4.3.9- CONSUMACIÓN DEL DELITO:

En el delito tráfico ilegal de personas podemos afirmar que su realización podrá llevarse a cabo a través de esta forma comisiva, ya que de la redacción del artículo en investigación se infiere que al establecer que *“la persona que por sí o por medio de otra u otras, en contravención a la ley, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue transporte o guíe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países”...*, estableciéndose la existencia de la obligación que emana para los encargados de los controles migratorios, los cuales podrán incurrir en la realización del tipo penal cuando exista una inobservancia de lo establecido en la de migración y extranjería, debiendo establecerse si el o los sujetos intervinientes actuaron o no conforme a dichas leyes, ya que de actuar no conforme a lo prescrito por ellas su conducta será típicamente relevante para el derecho penal ya que su conducta se encuentran tipificada en la ley penal.

En cuanto a la realización de los delitos ya sea de mera actividad y de resultado, de acuerdo al análisis de los elementos objetivos del tipo, como grupo consideramos que el tráfico ilegal de personas responde a un delito de resultado, ya que la mayoría de veces se realiza de esta manera, es decir evadiendo los controles migratorios, y además la doctrina establece que en este tipo de delitos debe existir una modificación del mundo exterior, que produce un efecto determinado, en este caso se cumplen dichos requisitos; pues al transportar, albergar o guiar a personas extranjeras o nacionales se busca evadir los controles migratorios del país u otros países, siendo este el resultado perseguido por el sujeto activo.

Dentro de los delitos de resultado existe otra categoría que son en los que no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre una cosa, sino que es suficiente que el objeto jurídicamente protegido haya sido concretamente puesto en peligro de sufrir una lesión, siendo estos los llamados Delitos de peligro Concreto; el delito tráfico ilegal de personas responde a esta categoría, ya que con las acciones que realiza el sujeto activo aun cuando no se produce el resultado de evadir los controles migratorios, pone en riesgo el objeto jurídicamente protegido, que es la persona, con el sólo hecho de albergar, transportar o guiar.

Podemos terminar afirmando que la Fiscalía debe acreditar todos los elementos constitutivos de la infracción penal que cometa todo ciudadano y de lo cual se puede manifestar que por la complejidad del delito tráfico ilegal de personas, como un delito complejo y aunado a ello, los errores de técnica legislativa a la hora de su redacción y al cual se le está dando dentro del ordenamiento jurídico Salvadoreño un tratamiento penal de distintos ángulos y los cuales podrían generar un caos en cuanto a su juzgamiento. Algunas personas sostienen que el delito de tráfico ilegal de personas, es un delito de resultado y otros sostienen que se trata de un delito de mera actividad en donde basta un potencial peligro al bien jurídico tutelado para que se tenga por consumado, lo cual viene a confirmar la mala redacción del delito tipo de tráfico ilegal de personas y por tanto tiene que ver con una política criminal que obedece a aspectos externos, los cuales son los intereses políticos de los Estados Unidos de América y no una mera protección de bienes jurídicos.

En el delito tráfico ilegal de personas, el tipo objetivo responderá al tratamiento que se le de, ya sea como delito de resultado o bien como delito de mera actividad, ya sea que

el mismo sea realizado por acción o por omisión, y así poder determinar precisamente qué conductas se dirigen al juicio de tipicidad; así las personas que transportan, guían o alberguen personas su conducta será típica y por la generalidad de la redacción se estarían captando todas aquellas conductas que se relacionan a las antes citadas.

De lo anterior se advierte la posible situación de afectación al principio de seguridad jurídica y al principio de legalidad, debido a los equívocos jurídicos que producirá el delito en tratamiento, ya que para estar en posibilidades de procesar a una persona con apego al principio *nullum crimen nullum poena sine lege*, debe acreditarse con todo cuidado cada uno de los elementos que constituyen el tipo penal, no sólo los de carácter objetivo, sino también los subjetivos, normativos y descriptivos, en los términos precisados por el artículo trescientos sesenta y siete-A del Código Penal a efecto de permitir que la garantía de defensa sea adecuada y pueda cobrar vigencia al tener conocimiento el indiciado de la acusación que existe en su contra .-

4.3.10 LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Es necesario determinar sí en el delito tráfico ilegal de personas, puede concurrir una causa de justificación para el sujeto activo del tipo, ya que las causas de justificación confieren un derecho de obrar, es decir, dan permiso dejando sin efecto una prohibición, o liberando del cumplimiento de un mandato, poseen una característica fundamental que es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica, no solo penal, sino también civil, no solo respecto del autor, sino de quienes le han ayudado o inducido.

El número de causas de justificación es casi imposible de precisar, pero todo confiere un derecho para obrar, es decir otorga un permiso, dejando sin efecto una prohibición.

El artículo 27 del código penal señala las causas de justificación, de las cuales el N° 1, establece que: “Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita” no es responsable penalmente.

Aplicado este precepto al delito tráfico ilegal de personas, es una causa de justificación en los casos que el sujeto activo es el hotelero y el transportista que realiza una actividad lícita de acuerdo a su oficio, ellos tienen la obligación o deber de hospedar y transportar a personas nacionales o extranjeras sin importar que tengan como fin evadir los controles migratorios del país u otros países; no se les puede imputar el delito tráfico ilegal de personas, porque ellos están ejerciendo dicha actividad de acuerdo a su oficio, siempre que se compruebe que dichas personas es decir hoteleros y transportistas no son parte de la organización delictiva, lo cual es muy difícil probar en este delito.

Otra causa de justificación que se puede dar en el delito tráfico ilegal de personas, se presentan los casos en los que la conducta es conforme al ordenamiento jurídico, lo que constituye una justificación para el sujeto activo, que contiene el inciso 1° de artículo 367-A del Código Penal, que dispone “en contravención a la ley”, no dice expresamente a que ley se refiere, pero las leyes que regulan lo concerniente a la entrada y salida de personas al territorio nacional son : la ley de extranjería y la ley de migración. La ley de extranjería establece los requisitos que deben cumplir las personas extranjeras para obtener la nacionalidad de salvadoreño.

La ley de migración contiene las disposiciones a las que debe sujetarse el ingreso y salida de personas al territorio nacional, hace una clasificación de los extranjeros: en turistas, residentes temporales y residentes definitivos.

Establece los requisitos para el ingreso y salida de extranjeros al territorio nacional, los cuales son: la visa de turismo o mediante la simple presentación de la tarjeta de turismo, la cual es válida para permanecer en el país hasta por 90 días a partir de la fecha de ingreso del portador.

De lo anterior se deduce que existe la posibilidad, que ingresan extranjeros con permiso de ley, es decir que un extranjero que ingrese o permanezca en el país y cumpla con las leyes migratorias, está habilitado por la ley ya que es un derecho que tiene como persona y en este caso opera la causa de justificación, para la persona que introduzca extranjeros al territorio nacional sin contravención a la ley ; lo que en la práctica no se cumple, ya que son detenidos extranjeros que se encuentran legalmente en nuestro país sin una previa investigación, sólo por la simple sospecha que usarán nuestro país como puente para ingresar ilegalmente a Estados Unidos, quienes son detenidos y deportados a su país de origen

4.3.11- AUTORIA MEDIATA:

La autoría mediata se configura como aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable,

que es quien la realiza⁹⁹. Bajo este orden de ideas el dominio del hecho lo tiene el autor mediato o como se le ha denominado en la teoría roxiniana “el hombre de atrás”, este autor a través de su teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados que actúan al margen del derecho. El aporte realizado por esta teoría consiste en que la misma ha venido a contribuir a solucionar los problemas de fundamentación de la autoría en el marco de dichos aparatos y en donde quien esta conectado con el aparato organizativo en cualquier lugar y de manera que puede impartir órdenes a sus subordinados, es autor mediato, en virtud del dominio de la voluntad que tiene, si emplea sus facultades para que se cometa hechos punibles, siendo irrelevante que actúe por su propia iniciativa o en interés o por un encargo de las más altas instancias.¹⁰⁰ Lo importante para la autoría es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida, sin tener que confiar a otros la realización del delito.¹⁰¹ Esta teoría es traída a cuenta por la importancia que la misma importa para lo descrito en la redacción de delito tráfico ilegal de personas que establece que *la persona que por sí o por medio de otras en contravención a la ley intentare introducir...* de ello podemos afirmar que la punición realizada por el legislador se dirige tanto a personas

⁹⁹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, Derecho penal, parte general, segunda edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

¹⁰⁰ Francisco Muñoz Conde: “Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados”, Revista de Ciencias Penales, Pág. 105.

¹⁰¹ Francisco Muñoz Conde: “Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados”, Revista de Ciencias Penales, Pág. 105.

que realizan la conducta típica de manera individual o directa, como a conductas que se realicen a través de otras personas, es decir, existiendo una autoría mediata.

El ejercicio de la acción penal, en consecuencia, deberá dirigirse tanto a los autores directos como a los autores mediatos del delito. Pero la realidad nos esta demostrando que ello no es así, ya que los agentes auxiliares de la fiscalía general de la republica está dirigiendo la acción penal contra sólo una parte de este fenómeno, más específicamente a las personas que guían a los traficados o los llamados coyotes, no persiguiendo a las personas que transportan y albergan, las cuales por la redacción del tipo penal tendrían que ser sujetos del juicio de tipicidad que exige dicho artículo, en consecuencia de la literalidad del articulo trescientos sesenta y siete A del código penal se deduce la posibilidad que medie o que se participe vía autoría mediata y la cual no está siendo considerada por los fiscales de la unidad correspondiente. Y es precisamente está selectividad de la fiscalía general de la republica la que estaría violentando la imparcialidad en la investigación, violentando el principio de igual al perseguir unos y dejar a otros exentos de persecución penal. Se agregar el estado de inseguridad jurídica provocado por la mala redacción de dicho artículo, ya que una interpretación extensiva del mismo podría provocar detenciones ilegales como las que se ocasionan a los extranjeros que ingresan al país de manera legal con su correspondiente CA- cuatro y demás requisitos exigidos por la ley de migración y extranjería.

4.3.12-EFECTOS DE LA EXTRATERRITORIALIDAD DEL ARTICULO 367- A DEL CODIGO PENAL.

En el artículo trescientos sesenta y siete A, se señala el elemento normativo “evadir los controles del país u otros países”...establecido tanto en el inciso primero como en el

inciso segundo de dicho artículo, ello es de hacer notar que produce efectos fuera de la competencia del Estado Salvadoreño, es decir, efectos del principio de extraterritorialidad contemplado en el artículo once del código penal, el cual establece que “se aplicará la ley vigente en el lugar de la comisión del hecho punible si sus disposiciones son más favorables al imputado que las contenidas en la ley Salvadoreña”. Significa que si el supuesto coyote o guía es capturado evadiendo controles migratorios de otros países como generalmente se da, se deberá aplicar la ley del Estado donde se comete el delito (si es mas favorable); en los casos de tráfico ilegal de personas no se ha tomado en consideración tal situación ya que aunque sean capturados evadiendo los controles migratorios de otros países, siempre son juzgados por los tribunales de justicia del Estado Salvadoreño.

El delito tráfico ilegal de personas si se analiza desde la perspectiva de crimen organizado (lo cual en la mayoría de los casos no responde a dicha figura, ya que en El Salvador no existe una estructura jerárquicamente organizada, en la cual cada uno de sus miembros tengan una función específica; esto no significa que puedan existir casos aislados donde tal figura sí responda al crimen organizado) tiene un carácter transnacional es decir, que las actividades delictivas llevadas acabo, como transportar, guiar o albergar, como las descritas en el artículo, pueden desarrollarse en más de un Estado, quiere decir, que el delito pueda desarrollarse fuera de los límites del Estado Salvadoreño, tal como ocurre cuando se evaden los controles migratorios de México o EEUU. Por ejemplo. Esta característica especial del crimen organizado adquiere relevancia en la determinación del ámbito de aplicación de la ley penal Salvadoreña; pues la lucha adecuada frente a manifestaciones criminales de estas agrupaciones sobrepasa el estrecho marco que permite la aplicación del principio de territorialidad del

artículo ocho del código penal; lo que permite que se pueda aplicar la ley Salvadoreña a nacionales que hayan cometido delitos en otros países, lo que constituye el principio de extraterritorialidad, el cual se encuentra sometido a fuertes límites. Entre ellos consideramos que los más importantes son: el principio de doble incriminación y el principio de ne bis in idem que con más frecuencia aparecen comprometidos en los intentos a nivel nacional o internacional de extender la competencia territorial en materia de crimen organizado.

PRINCIPIOS:

a) Principio de doble incriminación: este principio en lo que respecta a la aplicación de la ley penal en el espacio es fundamental en dos ámbitos:

1-En la determinación de la competencia de la jurisdicción penal de un Estado en particular, de su competencia extraterritorial. Este requisito es exigido para la aplicación del principio de personalidad activa (artículo nueve del código penal), de acuerdo con el cual es necesario que el hecho a enjuiciarse constituya delito no sólo en nuestro país sino también en aquel en que se haya cometido, tal como sucede con el delito tráfico ilegal de personas; el cual debe de constituir delito tanto acá en el Salvador como en el lugar en donde se cometa, es decir, en aquel en el que evade los controles migratorios como Guatemala, México y EEUU, por ejemplo.

2- El segundo ámbito es en materia de cooperación internacional, en particular a través del instrumento básico como lo es la extradición contemplado en el artículo veintiocho de la Constitución, se establece que no podrá estipularse en ningún caso respecto de

nacionales, excepto cuando se trate de delitos de lesa humanidad como es el caso del delito tráfico ilegal de personas, en el cual sí procedería tal figura, ya que este tipo de delitos además de no prescribir pueden ser perseguidos universalmente por cualquier Estado inclusive el Salvadoreño.

b) Principio de ne bis in idem: este es otro de los principios que pueden resultar comprometidos en la lucha contra el crimen organizado a través de la extensión de la competencia de los Estados. Este axioma fundamentalmente protege al individuo de la incriminación múltiple por un mismo hecho en varios Estados, lo que se traduce a que un “coyote” no pueda ser juzgado por ejemplo en México o EEUU por traficar con ilegales si está siendo juzgado en el Salvador por dicho delito. El principio de ne bis in idem determina que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa o infracción, lo que garantiza el debido proceso del traficante, ello se encuentra contemplado en artículo once de la Constitución de la República de El Salvador.

CAPITULO V

RESULTADOS DE LA INVESTGACION

5.1.- ENTREVISTAS.

En este capítulo presentamos el desarrollo de los resultados de nuestra investigación de campo, del tema “INCIDENCIA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN LA CREACIÓN DEL TIPO PENAL TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS Y SUS PROBLEMAS JURÍDICOS DE APLICACIÓN”, en la cual utilizamos como técnica la entrevista dirigida a informantes claves los cuales son: cuatro jueces de los cuales dos son de instrucción y dos de sentencia; tres fiscales pertenecientes a la unidad de trafico ilegal de personas de Nueva San Salvador; siendo uno de ellos la coordinadora de dicha unidad, y tres defensores particulares. Los cuales agrupamos por sectores: fiscales, defensores y jueces para el análisis de su resultado con la finalidad de obtener información empírica a través de personas vinculadas directamente con el objeto de nuestro estudio y lograr la verificación de la hipótesis de trabajo la cual es: “LA CREACIÓN DEL DELITO TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS, GENERA PROBLEMAS JURÍDICOS DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL”, constituida por las siguientes variables:

VI: La creación del delito tráfico ilegal de personas

VD Genera problemas jurídicos de aplicación de la ley penal.

La cual se logró verificar puesto que la creación de delito tráfico ilegal de personas en genera problemas jurídicos de aplicación en atención a la mala redacción del mismo; afirmación que se comprueba con las respuestas dadas por los informantes claves.

Asimismo logramos cumplir con los objetivos planteados al inicio del presente trabajo de investigación.

5.1.1- ENTREVISTAS REALIZADAS A FISCALES.

Las entrevistas fueron realizadas a diferentes personas dentro del ámbito del derecho penal entre ellos, Jueces, abogados particulares y representantes de la Fiscalía General de la República, de estos últimos, se entrevistaron a tres fiscales de la unidad del delito de tráfico ilegal de personas, el cual esta conformado por cinco fiscales, no entrevistando a los demás pertenecientes a esta Unidad por encontrar en las respuestas de los primeros entrevistados unanimidad de criterios y similitud en cuanto a las respuestas dadas (Consideramos que no hubo contradicción en las respuestas por ser una estrategia por parte de la Fiscalía) . Los fiscales entrevistados fueron: Licenciado Rommel García, Licenciada Ada Melvin Villalta y la Licda. Helen Madrid quien es la coordinadora de esta unidad y sus respuestas fueron las siguientes:

PREGUNTA # 1 ¿Cuál considera usted que es el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de personas?

A esta pregunta los fiscales entrevistados contestaron que en atención a la ubicación de este delito en el Código Penal el bien jurídico protegido es la Humanidad, dándole la misma calidad que a delitos como el Genocidio, el tráfico de personas.....

Estableciendo que los legisladores no estudiaron bien el tráfico ilegal de personas antes de incluirlo como delito y que para ellos el bien jurídico protegido es la colectividad y no la humanidad en sí.-

PREGUNTA #2 ¿Para usted cuál es la finalidad de tipificar el Tráfico Ilegal de Personas?

Los fiscales establecieron diversas finalidades que justifican la creación de este delito, siendo la principal la de proteger los derechos fundamentales de las personas, los cuales se ven violentados con esta práctica, durante el recorrido que hacen de manera ilegal para ingresar a Estados Unidos. Dentro de estos derechos fundamentales violentados mencionaron: La vida, La integridad física y moral, El derecho al Trabajo, etc.

Otras de las finalidades fueron:

- Evitar que los coyotes se lucren con la necesidad de otros. (Evitar ese lucro)
- Evitar el auge de personas que ingresan ilegalmente a Estados Unidos.
- Evitar otro tipo de delitos que se dan durante el camino como la muerte de las personas, la violación a las mujeres durante el camino, el robo, las mutilaciones por los accidentes de tránsito (trenes), etc.
- Llenar el vacío legal existente en cuanto a la realización de esta práctica, ya que nuestro ordenamiento jurídico no contemplaba este delito (tráfico ilegal de personas).
- La coordinadora de este departamento estableció además que la finalidad ha sido la presión por parte de Estados Unidos, en atención a la dependencia económica que tiene El Salvador en relación a ese país.-

PREGUNTA #3: ¿Cuál considera Usted que es el tribunal competente para conocer los casos de tráfico ilegal de personas? Y ¿ Por qué?

En la actualidad el tipo penal es del conocimiento del tribunal del Jurado, pero doctrinariamente citando a autores como José María Meza y Serrano Pie de caza,

quienes establecen que el delito de tráfico, es un delito conexo con la criminalidad organizada; entendida está, como una red de personas con una estructura jerárquicamente organizada, establecen en atención a lo anteriormente expuesto, que este delito debe ser conocido por el tribunal colegiado; porque actualmente los fiscales están pidiendo el cambio de este delito al conocimiento del tribunal de sentencia, fundamentando dicho cambio en los Arts. 53 Pr. Pn. (relativo a los delitos que debe conocer el tribunal de sentencia) en relación al Art. 22-A del C.P. (el cual define lo que debe entenderse como crimen organizado); argumentando que el delito de tráfico ilegal de personas reúne las características descritas en este último artículo y que por la complejidad de la prueba y el tipo penal que se está conociendo, las personas deben tener un conocimiento jurídico, el cual no tienen las personas que integran el tribunal del jurado. Además hasta el momento todas las sentencias dictadas por el tribunal del jurado han sido absolutorias ya que en la mayoría de casos, las personas que juzgan ven a los guías como un héroe del pueblo, que les ha ayudado a muchas personas a llegar a Estados Unidos.-

PREGUNTA # 4: ¿Qué problemas de aplicación genera la redacción del artículo 367-A del Código Penal?

Los problemas de aplicación encontrados por los fiscales fueron los siguientes:

- El tipo penal da igual sanción para la tentativa y la consumación del delito.-
- En cuanto a la pena establecida para la agravante del inciso cuarto no determina si es en relación al mínimo o al máximo de la establecida para el delito en general. Hay problemas de semántica en la redacción, ya que en el inciso primero relativo a los extranjeros dice “ Intentare introducir o introduzca” , frase que tendría que aparecer en el segundo inciso, relativo a los nacionales.-

- Encuentran otro problema de redacción en el tercer inciso en cuanto a que según ellos no se sanciona al coyote sino que al sujeto pasivo (traficado), ya que son ellos los que utilizan la documentación falsa.-
- La coordinadora encontró otro problema en el último inciso relativo a la agravante, al establecer que podría ser hasta inconstitucional sancionar al coyote por el cometimiento de los delitos que ahí menciona. Poniendo como ejemplo que es muy difícil probar operativamente la muerte de una persona durante el camino a manos de otra diferente al coyote y atribuírsela a este último.-

PREGUNTA # 5: ¿Considera que opera la tentativa en el delito de tráfico ilegal de personas?

- No opera debido a la redacción del artículo, Ya que el legislador introdujo una tentativa consumada.

- Está mal redactado a la tentativa se le ve como un delito consumado, le dan la misma pena.-

PREGUNTA # 6: ¿Que clase de concurso puede darse en este delito?

Los fiscales coincidieron que puede darse un concurso real y un concurso ideal, atendiendo a cada caso concreto. En su caso piden dos o más delitos por separado aunque ellos saben que estos se subsumen en el delito de tráfico ilegal de personas, admitiendo que es una estrategia presentada al juez por parte de la fiscalía.-

PREGUNTA # 7: ¿Que tipo de delito es el de tráfico ilegal de personas: de mera actividad o de resultado?

El delito de tráfico ilegal de personas es un delito de resultado material (así lo maneja la Fiscalía), porque en cada una de las acciones que se van dando (albergar, transportar o guiar) se va materializando el tipo y se concretiza el mismo-

Todas las conductas están orientadas a la producción de un resultado.-

PREGUNTA # 8: ¿Considera que se violentan principios constitucionales con la creación de este delito? ¿Cuales?

Dos de los fiscales respondieron que no se violentan principios constitucionales, lo que tiene el artículo es que genera confusión por la mala redacción del mismo, “está muy cargado”-

Por su parte la Licda. Madrid dijo que sí violenta algunos principios como el de proporcionalidad de la pena y el de extraterritorialidad, además mencionó el derecho a la libertad de tránsito.-

PREGUNTA # 9: ¿Considera adecuada la excesiva utilización de elementos normativos en la redacción del artículo 367-A C.P.?

- Consideran que la redacción de este delito se hizo de forma apresurada, tomando en cuenta que ha sido una creación tomando como parámetro las legislaciones de otros países y se tomó una parte de cada uno de los artículos para la creación de éste, lo que provoca que esté cargado de elementos normativos.

- Existe una mala redacción de la conducta lo que genera que en cierta medida sea excesiva y que por lo mismo hay situaciones que no se tomaron en cuenta.

PREGUNTA # 10: ¿Según su criterio existen ofendidos o víctimas en el delito de tráfico ilegal de personas?

No hay víctimas en este delito, que son las personas sobre las que recae la acción, lo que existe son sujetos pasivos que como tales tienen derechos durante el desarrollo del proceso.

En este tipo de delitos relativos a la humanidad no se toma en cuenta el consentimiento de las personas, ya que la acción iniciada por parte de la Fiscalía es independiente de si la persona traficada esta de acuerdo o no, es irrelevante el interés particular sobre éste esta el interés público por parte del Estado.-

PREGUNTA # 11: ¿Considera que este delito reúne todos los elementos para ser considerado como crimen organizado?

Dos de los fiscales coincidieron en que sí reúne los elementos para ser crimen organizado de acuerdo a investigaciones y experiencias; dicen que son estructuras jerárquicamente organizadas con el fin de cometer este delito los cuales operan a nivel nacional e internacional.-

Uno de ellos, Lic. Rommel no coincidió en su totalidad con la respuesta de sus compañeros al decir que no en todos los casos es crimen organizado, tal como cuando una sola persona realiza el tráfico, es decir, el mismo se encarga de introducir, albergar, transportar o guiar.

PREGUNTA # 12: ¿Existe detención ilegal en la captura de centroamericanos en atención al CA-4?

Coinciden que la captura será legal o ilegal dependiendo el caso concreto, por ejemplo es ilegal la captura, cuando una persona entra como turista y está dentro del plazo establecido en su CA-4, contrario sucede cuando a través de investigaciones se demuestra que vienen al país para irse de forma ilegal a otro país, utilizando el nuestro como puente.

Uno de ellos dijo que se les detiene de manera legal a las personas que se toman como testigos, ya que únicamente se les tomará su declaración; es decir, digan como sucedieron los hechos y luego se les deja libres.-

5.1.2.-ENTREVISTAS REALIZADAS A DEFENSORES PARTICULARES.

Los defensores particulares entrevistados fueron Los licenciados y docentes del departamento de derecho penal Reynaldo González, Vicente Vázquez Cruz y Miguel Ángel Morales Joya, quien tiene a su cargo casos de trafico ilegal de personas. De los cuales se obtuvieron las siguientes respuestas:

PREGUNTA # 1:

En la primera pregunta realizada a los defensores particulares no se encontró unanimidad a las respuestas ofrecidas, así: el Licenciado Reynaldo Gonzáles manifestó que el bien jurídico protegido no está bien definido, es difuso y al parecer esto obedeció a una decisión para satisfacer una exigencia de carácter político.

En cuanto al licenciado Miguel Ángel Morales Joya expreso que para él, el tráfico ilegal de personas no lesiona ningún bien jurídico nacional, ni de los Estados Unidos de Norte América, lo que sucede es una especie de control que Estados Unidos de América lo pidió por cuestiones de seguridad nacional; es una creación Norte Americana y además

el mismo no cumple con el principio de lesividad del Bien Jurídico, la misma ubicación del delito no tiene razón de ser.

Por otro lado el Licenciado Vicente Vásquez al ser cuestionado respondió que el bien jurídico tutelado lo constituye la Seguridad Ciudadana de los Norte Americanos como consecuencia de los atentados sufridos en el año dos mil uno.

PREGUNTA # 2:

En cuanto a la pregunta número dos relativa ha establecer la finalidad para tipificar el delito de tráfico los defensores particulares entrevistados coinciden que la finalidad lo constituye cumplir una exigencia planteada por los Estado Unidos de América como una política anti-inmigrante para poder controlar el número de personas que ingresan ilegalmente a dicho país, y de esta manera demuestra una doble moral en cuanto a que por un lado protege los derechos de las personas que viven ilegalmente en los Estados Unidos y por el otro reprime el deseo de las personas para buscar un bienestar económico en dicho país y no toman en consideración que se ve beneficiado con las remesas familiares que ingresan al país y que sostienen la economía.

PREFGUNTA # 3:

Al respecto los entrevistados coincidieron en que no debe cambiarse el conocimiento de este delito al tribunal colegiado, sino que debe seguir siendo del conocimiento del tribunal del jurado por ser éste el más democrático, menos influenciado y más justo, coincidiendo ellos que puede excluirse el jurado sí se tratare de delitos de crimen organizado, pero que esta figura no responde a la estructura de delitos de crimen organizado.

PREGUNTA # 4:

En atención a esta pregunta los entrevistados tuvieron diferentes opiniones, así: el Licenciado González encontró los siguientes problemas jurídicos de aplicación:

a) Existe un elemento normativo del tipo penal (“con el propósito de evadir controles migratorios”...), como establecer dicha circunstancia de “evadir”, es algo interno de cada persona, todos tenemos libertad de salir a cualquier otro país; no hay forma de poder establecer o probar que el nacional tenga el deseo de salir del país con el propósito de evadir los controles migratorios, sería necesario que concurrieran otras circunstancias.

b) Problemas de competencia: no es competencia de los Tribunales Salvadoreños, si el Nacional evade controles migratorios en otros países.

c) El inciso tercero del artículo en comento no es necesario ya que los delitos que ahí se están describiendo ya se encuentran regulados en el código penal.

Para el Licenciado Morales Joya, el principal problema que ha originado dicho delito lo constituye los sujetos pasivos del mismo y los verbos rectores transportare, albergare y guiare. En un análisis al separar las conductas de los sujetos transportar nacionales y extranjeros...

El inciso segundo no es igual al primero y para los Jueces y fiscales les es difícil estructurar conductas diferentes que se encuentren en el inciso primero y segundo del artículo en mención, ya que para él, el primer inciso se refiere exclusivamente a extranjeros y no se establecen los mismos verbos rectores en el inciso segundo, en el cual se refiere a los nacionales.

PEGUNTA # 5:

El Licenciado González se abstuvo de responder la interrogante formulada, argumentando que se acudiera a docentes que impartan la cátedra de derecho penal para que pudieran aclarar la pregunta realizada.

En cuanto al Licenciado Morales Joya afirmó que todo delito que genera una modificación en el mundo exterior admite la tentativa y que sí hay actos preparatorios en relación a los verbos rectores, ejemplo sólo el hecho de pagar porque los guíen.

A que si admite o no la tentativa, habría que analizar cada caso en particular, de acuerdo a los verbos rectores. Tienen que existir elementos que sin equivocaciones demuestren todos los actos que están relacionados para realizar el hecho.

En opinión del licenciado Vásquez, afirmó que por consistir el delito tráfico ilegal de personas en un delito de consumación anticipada, no cabría la realización de la tentativa, quedaría excluida del tipo.

PREGUNTA # 6:

Para el Licenciado González puede darse el concurso real de delitos, ya que, es independiente que se concreten las acciones de evadir los controles migratorios a que, a la persona traficada, la violen, le roben, la estafen, o la abandonen en el camino. Es decir, esta conducta es independiente a los otros delitos que pueden darse como consecuencia del mismo.

Para el Abogado defensor Morales Joya el concurso real puede existir en cualquier delito, pero podría darse el concurso ideal, como una excepción cuando, por ejemplo, con una sola acción la de guiar, se evadiere los controles migratorios y a la persona traficada

se le obligue a que cargue con droga, de esta manera con una sola acción se realizan dos delitos.

En opinión del Licenciado Vásquez Cruz, no cabría hablar de concurso real o ideal de delitos, incluso no cabrían las figuras establecidas en el artículo siete del código penal, relativo al concurso aparente de leyes, por que el tipo penal ya ha solucionado esa circunstancia.

PREGUNTA # 7:

No obtuvimos respuestas por parte del licenciado Reynaldo González, manifestando que nos avocáramos a un docente de derecho penal, el cual nos explicaría de mejor manera si dicho delito es de resultado o de mera actividad.

Los licenciado Morales Joya al ser consultado sobre ello expresó que de acuerdo a cada uno de los verbos rectores unos son de mera actividad y otros de resultado; ejemplo el albergar es diferente a transportar. Y por ello dependerá de cada verbo rector, pero en el caso del verbo guiar es de resultado.

En cuanto al licenciado Vicente Vásquez, manifestó que dicho delito podrá ser de mera actividad o de consumación anticipada, dependiendo en qué momento se desarrolle la acción, por ejemplo transportar será de mera actividad.

PREGUNTA # 8:1-Sí se violentan principios Constitucionales con la tipificación de dicha conducta tales como: El de lesividad del Bien Jurídico, y derechos fundamentales como la libertad de tránsito, derecho al trabajo, derecho a la educación, etc.

2-El parte de la idea que cuando la creación de un delito obedece a una política externa, se violenta el Estado y la soberanía del mismo, por lo tanto al crear un tipo penal no

debe hacerse de manera artificiosa, tiene que responder a un hecho social, que transgreda un bien jurídico.

3-Según él, se violentan principios fundamentales como los de libertad de tránsito, el principio de afectación a bienes jurídicos, el principio de mínima intervención del Estado, y el principio de extraterritorialidad de la ley penal.

PREGUNTA # 9:

1- En atención a la frase intentare introducir o introduzca, estableciendo con ello que hasta guiar a alguien es delito, en atención a la interpretación de dicho delito.

2-En relación a la técnica legislativa desarrollada por el Estado, no, ya que quiso abarcar todas las formas en que se puede manifestar el tipo penal, va encaminando a sancionar todo lo que pudo, Para él no hay un bien jurídico protegido, esta mal redactado y no tiene razón de ser.

3- Considera inadecuada la utilización de elementos normativos, porque los mismos podrían generar violación a derechos de las personas, como la inobservancia de la ley de migración y extranjería en caso de las capturas que realizan agentes de policía, ello obligaría a remitirse a lo que manda la ley de migración y extranjería.

PREGUNTA # 10:

1-No, en cuanto que media el consentimiento de las personas traficadas. Cuando alguien se arriesga a una travesía como esta y sabe que está cometiendo un delito (tráfico ilegal de personas), para ingresar ilegalmente a otro país, no es posible hablar de victimización en este tipo de hechos.

2-En cuanto a la ubicación del código penal no hay víctimas, ya que es la sociedad de forma general la afectada, no habiendo una individualización de los perjudicados de este tipo penal, tomando en cuenta que la humanidad es de forma difusa, considera que existe un problema de victimología más allá que de tipificación.

PREGUNTA # 11:

1-No, ya que el crimen organizado exige un aserie de elementos, tales como: establecer nexos que tienen un grupo de personas destinadas a un fin, que es el de cometer delitos, y esta práctica no reúne tales requisitos o elementos, puesto que en el país todo es visto como crimen organizado, le queda grande ello a esta práctica.

2-No, para él ningún delito en sí, es crimen organizado, es la forma como se ejecuta, lo que en definitiva determinara sí se está en presencia de crimen organizado o no. Este delito no es de crimen organizado, lo que sucede es que la necesidad ha originado que las personas se conozca, se asocian y trabajan en conjunto, como el caso de la persona que alberga, la cual tiene conocimiento de que las personas que se hospedan en dicho lugar tiene el fin de ingresar ilegalmente a otro país.

3- Considera al respecto, que el desarrollo de esta práctica no responde a la figura del crimen organizado, que las personas que realizan estas acciones son simples coyotes, polleros y nada más que eso.

PREGUNTA # 12:

1- Considera que sí existe detención ilegal cuando se detiene a los Centroamericanos, aún cuando no hayan evadido los controles migratorios correspondientes y se encuentren dentro del término legal, establecido en el CA -4.

2- Al ser cuestionado sobre esta pregunta no expresó de forma clara sí es legal o ilegal; sólo estableció que no es el ingreso legítimo lo que se sanciona, sino el hecho de utilizar a El Salvador como un puente para ingresar ilegalmente a los Estados Unidos de América. El tráfico no se comete por ir de forma legal, sino caminar para ingresar ilegalmente a otro país.

3-Considera que las detenciones que se realizan con los Centroamericanos son ilegales en atención al CA-4, ya que en algunos casos son detenidos cuando ingresan legalmente, sólo por el hecho de que ellos se imaginan que tienen la intención de evadir los controles migratorios del país y como pueden probar esta circunstancia.

5.1.3.- ENTREVISTAS REALIZADAS A JUECES.

Para la selección determinación de los jueces a entrevistar, nos auxiliamos de las estadísticas brindadas por la Unidad de Sistemas del Centro Judicial Isidro Menéndez, en las que se establece el número de casos de Tráfico Ilegal de Personas, que se han conocido en los diferentes Tribunales de Instrucción y de Sentencia de San Salvador, seleccionando los jueces que han tenido un mayor número de casos del tipo penal estudiado, siendo los siguientes:

- a) Juez Segundo de Instrucción: Licenciada Edelmira Violeta Flores Orellana.
- b) Juez Sexto de Instrucción: Lic. Roberto Arévalo Ortuño.
- c) Juez Sexto de Sentencia : Licenciada Rosa Irma Vigil Estrada
- d) Juez Tercero de Sentencia :Licenciado Carlos Sánchez

PREGUNTA # 1:

a) Ella ante esta interrogante dijo, que el bien jurídico protegido son los intereses norte americanos.

b) Juez Sexto de Instrucción. Licenciado Roberto Arévalo Ortuño:

El manifestó que, el bien jurídico protegido es la seguridad personal y existe otro valor, aunque la ley no lo dice que son las buenas relaciones con otros países hermanos y concretamente con Estados Unidos.

c) Juez Sexto de Sentencia. Licenciada Rosa Irma Vigil Estrada:

En atención a su criterio como Juez considera que es la Humanidad, el bien jurídico protegido. Como persona es un proyecto de Estados Unidos.

d) Juez tercero de sentencia. Lic. Carlos Sánchez:

El considera que el bien jurídico protegido es la humanidad.

PREGUNTA # 2:

a) Tomando en cuenta que el bien jurídico protegido son los intereses norte americanos, la finalidad es evitar que ingresen personas hacia estados unidos por la inconveniencia que a ellos les genera los indocumentados.

b) La finalidad es proteger a las personas que van de ilegales, ya que están sujeta a sufrir violaciones que se pueden dar en el camino.

Evitar el ingreso de ilegales a Estados Unidos.

c) Darle cumplimiento al Art.1 de la Cn. En cuanto a que la persona es el fin a proteger por parte del Estado, ya que con este delito se pone en riesgo la vida de personas traficadas, así como también a que sean objeto de violaciones a sus derechos fundamentales.

d) Se adoptó por presión extranjera y no tiene buena técnica legislativa

PREGUNTA # 3:

a) Ella considera que el tribunal competente dependerá de sí es de Crimen Organizado. Para ella el tribunal idóneo es el Tribunal Colegiado porque hace un análisis más técnico.

b) Según él es el Tribunal Colegiado el que tendría que conocer sobre ese delito, ya que el tribunal de jurado no esta claro del problema que causan los coyotes.

c) El competente es el jurado, ya que no encaja con la figura del Crimen Organizado. El jurado lo analiza y saben que no es un delito; pero de acuerdo a la política de Estados Unidos, no le conviene esta actividad.

PREGUNTA # 4:

a) Reconoció que existe un problema en cuanto a la Tentativa del delito, fuera de esto, no existe ningún problema de Aplicación e Interpretación.

b) No encuentra problemas de Aplicación; aunque afirmó que podría haber algunos, no estableciendo cuales.

c) Encuentra problemas en cuanto al término: “En contravención a la ley”, no especifica a qué ley se refiere, así también en “Intentare introducir”, es de carácter subjetivo y como juez tiene que valorar objetivamente no subjetivamente.

Al establecer “albergue, transporte o guié”, da lugar a que se pueda guiar a una persona ya que la ley lo permite, lo que no está permitido es evadir los controles migratorios.

Afirmó además que tendría que cambiarse la redacción en la frase: “El que intentare introducir o introduzca” a “El que introdujere”.

Otro problema encontrado es que da igual sanción a la tentativa y al delito consumado y es el juez quien le da la forma; ella aplicaría el *In dubio pro-reo*.

d) El considera que la última parte del artículo se contrapone a los artículos 4 y 12 de la constitución, ya que es responsabilidad objetiva, que agrava aunque no sea imputable a dolo o culpa para la persona que se le atribuye la comisión del tráfico ilegal de personas.

En cuanto a la tentativa el tipo es terrible, porque quiebra la diferenciación de los ámbitos internos, avanzó toda la tipificación es “derecho penal contundente”.

PREGUNTA 5:

a) En cuanto a la redacción no existe tentativa; aunque puede haber confusión al establecer “con el propósito”, da la idea de actos iniciales ejecutivos.

No hay tentativa, toma como consumado el delito.

b) Considera que sí existe tentativa, pero no dio mayor explicación.

c) Si existe la tentativa ya que desde el momento que capturan a las personas es durante la trayectoria.

d) No opera la tentativa porque el tipo se construye de manera autónoma, da igual pena a los actos preparatorios y la consumación del delito. Pero en una interpretación conforme, si puede haber tentativa, para salvar la constitución, es decir para no declarar inaplicable el artículo de acuerdo a principios de culpabilidad y lesividad de la constitución.

PREGUNTA # 6:

a) Lo que puede darse según ella es un concurso aparente de leyes, no hay concurso real o ideal en este delito.

Los delitos establecidos en Inciso 3° son parte del tipo, son una agravante.

b) El considera que puede darse un concurso ideal, porque este delito puede generar una serie de acciones que tienen un sólo fin que es, evadir los controles migratorios. Con este delito puede darse la falsedad de documentos y la estafa.

c) Ella respondió que no hay concurso real ni ideal; los delitos establecidos en el tercer inciso son autónomos, como consecuencia de la comisión del delito de tráfico, lo que es difícil de probar que han sido cometidos por el guía.

d) Él respondió que puede darse un concurso aparente, parecería una técnica legislativa, típico subsidiario, artículo 7 numeral 2 del código penal. Este tipo penal rompe con las reglas de concurso ideal, lo desvalora, es un tipo excesivo.

PREGUNTA # 7:

- a) Ella considera que es un delito de mera actividad, porque basta con que la persona realice las acciones descritas en el artículo y no se produzca el resultado que sería, ingresar ilegalmente al país de destino.
- b) Según él es un delito de resultado por lo que puede haber tentativa.
- c) Manifiesta que puede ser un delito de mera actividad o de resultado, no dando mayor explicación al por que de su respuesta.

PREGUNTA # 8:

- a) El principio violado es de lesividad del bien jurídico, no directamente protegido en la Constitución de la República, sino en el Código Penal.
- b) No se violenta ningún principio constitucional.
- c) El principio de culpabilidad y el derecho de libertad de tránsito.
- d) El considera se violenta el principio de culpabilidad, lesividad de la constitución, y la última parte del tipo se contrapone a los artículos 4 y 12 de la Cn.

PREGUNTA 9:

- a) No, porque al final lo deja a la interpretación del juzgador.

- b) La redacción del Artículo se puede mejorar, pero considera que esta bien.
- c) Ella considera que no es adecuada la redacción, porque genera confusión.
- d) El manifiesta que no, este tipo está plagado de elementos normativos, algo no recomendable en la técnica legislativa, crea disfuncionalidad en el ámbito del error.

PREGUNTA #10:

- a) No, porque considera que el delito no atenta contra un bien jurídico real, contra las personas, ya que ellos van de forma voluntaria, saben el riesgo que corren y por lo tanto no son víctimas.
- b) Según el, la primera victima es el Estado ya que genera problema de relaciones con otros países, y las personas particulares también lo son al ser abusadas por el coyote.
- c) Ella opina que no hay victimas, ya que las personas saben que es un delito.
- d) Según él, victima es un concepto procesal penal que nos llevaría a entender qué es la persona de acuerdo al artículo 12 Pr. Pn...

PREGUNTA # 11:a) No reúne los elementos; dependiendo de cada caso concreto, lo que existe es coautoría.

b) Considera que sí es Crimen Organizado, ya que una sola persona no puede realizar éste delito.

c) De acuerdo a su opinión si una sólo persona, realiza esta actividad no es Crimen Organizado, pero si los que participan son dos o mas personas que se reúnen para llevar acabo el tráfico y en el cual se reparten sus tareas y cumplen además los requisitos que establecen los el Art. 22-A Código Penal, sí es considerado Crimen Organizado.

d) Sí, con el crimen organizado, si verdaderamente es delito de tráfico ilegal de personas, que poseen una jerarquía vertical, nivel de obediencia, permutabilidad de miembros de acuerdo al artículo 22-A, C. Pn..., no cumple con esas características de crimen organizado, es circunstancia agravante.

PREGUNTA # 12:

a) Si, hay detención ilegal en el supuesto que lleven el documento de identidad requerido para ingresar al país de una forma legal. Aunque si existen elementos necesarios para la captura no abría detención ilegal; depende de las circunstancias y el caso concreto.

b) Considera que es ilegal y arbitraria la captura de una persona sólo con imaginar que puede cometer este delito, tienen que existir indicios que pueden establecer que vino con el propósito de emigrar a otro país de forma ilegal.

c) Sí, hay detención ilegal cuando entran al país con el respectivo permiso por las autoridades migratorias, pero si violentan dichos requisitos la detención en ese caso es legal.

d) Sí, las personas entran con documentación en regla con CA.4 y tiene permiso temporal. Si entran legalmente, sí existe una detención ilegal; si se dan las privaciones de libertad ilegítima y nadie demanda, no se respeta el estatus de extranjero.

5.2.-SÍNTESIS DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS A FISCALES, DEFENSORES PARTICULARES Y JUECES.-

En relación a la pregunta número uno, relativa a cuál es el bien jurídico protegido, existió diversidad de criterios de acuerdo a la calidad de los entrevistados, así:

- Los fiscales coincidieron en que el Bien Jurídico protegido es la HUMANIDAD, de forma colectiva.-
- Los defensores consideraron que no se protege ningún bien jurídico nacional, sino, un interés norteamericano.- Opinión que es compartida por dos de los Jueces entrevistados.-
- Los otros dos Jueces al responder a esta pregunta, se remiten a la ubicación del delito dentro del Código Penal, es decir, indicando que el bien jurídico protegido es la Humanidad.-

Respecto a la pregunta dos en cuanto a establecer, cuál es la finalidad de tipificar este delito obtuvimos las siguientes respuestas:

- Los Fiscales mantienen un mismo criterio ya que para ellos la finalidad es proteger los derechos fundamentales de las personas traficadas reconocidos universalmente.- Opinión que es compartida por dos de los jueces.-
- Por su parte los defensores mantienen que la finalidad es cumplir con una exigencia planteada por los Estados Unidos de América, respondiendo dos de los jueces entrevistados de la misma manera.-

Los informantes claves al cuestionárseles sobre quién es el tribunal competente para conocer sobre los casos de tráfico ilegal de personas, contestaron de la siguiente manera:

- Los fiscales como en todas las respuestas dadas, coinciden en que el tribunal competente el Tribunal colegiado, argumentando que este delito reúne todos los elementos para ser considerado como crimen organizado, haciéndolo además, como una estrategia por parte de ellos para obtener resultados favorables, ya que hasta la fecha en todos los casos conocidos por el tribunal del jurado han sido absueltos.- Manteniendo dos de los jueces entrevistados este misma posición.-
- Los defensores particulares, contrario a la opinión de los fiscales, son de la idea que los casos de tráfico deben ser conocidos por el tribunal del jurado, en atención a que es una manifestación de la democracia de un país y es menos influenciable.- Opinión que es compartida por uno de los jueces.-

En relación a la pregunta, sobre qué problemas de aplicación genera la redacción del artículo todos los entrevistados : Fiscales, Defensores y Jueces, encontraron una diversidad de problemas coincidiendo que se debe, en su mayoría a la utilización de

elementos normativos, los cuales generan confusión de acuerdo a la mala redacción del artículo .-

A la pregunta sobre si existe tentativa en el Tráfico Ilegal de Personas, fue contestada de la siguiente manera:

- Los fiscales establecieron que no existe tentativa de acuerdo a la redacción del artículo, ya que el legislador introduce una tentativa consumada; opinión que es compartida por dos de los jueces y uno de los defensores.
- Uno de los defensores se abstuvo de contestar esta pregunta y otro de ellos dijo, que habría de analizar cada caso concreto de acuerdo a los verbos rectores del tipo penal.

Los entrevistados en cuanto a la pregunta de qué clase de concurso puede darse en este delito. La mayoría de ellos determinó que puede darse un concurso real o Ideal, dependiendo del caso concreto.

Otras opiniones fueron:

- Uno de los jueces considera que puede darse un concurso aparente de leyes, no existiendo concurso real ni ideal.
- Otro de los jueces dijo que en atención a que los delitos establecidos en el artículo 367-A, son autónomos de la conducta sancionada, por lo que no existe ningún tipo de concurso, opinión compartida por uno de los defensores.

En cuanto a la pregunta si el delito de Trafico Ilegal de Personas es de Mera actividad o de Resultado, se obtuvieron las siguientes respuestas:

- Los fiscales coinciden en que el delito es de resultado material ya que en cada una de las acciones descritas en el tipo penal, se va materializando el resultado opinión que es compartida parcialmente por uno de los jueces al manifestar que este delito es de resultado.
- En cuanto a los defensores, uno de ellos no respondió a esta pregunta, otro de ellos manifestó que es un delito de mera actividad y de resultado, en atención a los verbos rectores; opinión compartida por uno de los jueces sin dar mayor explicación a su respuesta.
- Otro defensor sostuvo que dependiendo el momento de la acción puede ser de peligro abstracto o de mera actividad.
- Uno de los jueces manifestó que es un delito de mera actividad, porque sólo es necesario que la persona realice la acción sin que se produzca el resultado

Respecto a la pregunta de si se violentan principios constitucionales con la creación de este delito, las respuestas fueron las siguientes:

- Dos de los fiscales entrevistados compartieron su opinión al considerar que no se violenta ningún principio constitucional con este delito, uno de los jueces compartió esa opinión.

- Uno de los fiscales dijo que sí se violenta principios constitucionales como, principio de proporcionalidad y extraterritorialidad.
- Los tres defensores coincidieron al encontrar varios principios constitucionales violentados con la creación de este delito, los cuales son: Lesividad a un bien jurídico, mínima intervención, extraterritorialidad de la ley, libertad de tránsito.
- Uno de ellos sostuvo que se violenta la soberanía del Estado mismo.
- Uno de los jueces afirmó que se violenta el principio de culpabilidad

Sobre si se considera adecuada la utilización de elementos normativos en la redacción del artículo:

- Los fiscales coinciden en que la creación de este delito fue de forma apresurada y por eso esta cargado de elementos normativos, dejando de lado situaciones que ellos consideran que debieron tomarse en cuenta.
- Los defensores establecieron que existe una mala redacción al emplear de forma excesiva el uso de elementos normativos, opinión que comparten los jueces entrevistados.

En la pregunta de si existen ofendidos o víctimas en este delito, respondieron lo siguiente:

- Los fiscales sostienen que no hay víctimas en este delito, lo que existe son sujetos pasivos y como tales tienen derechos dentro del proceso penal.
- La opinión de los defensores estuvo dividida de la siguiente manera: uno de ellos sostuvo que no existen víctimas por mediar el consentimiento; opinión que comparte uno de los Jueces. Otro defensor afirma que no existen víctimas por ser la sociedad de manera general la afectada.
- Los jueces entrevistados respondieron de diferente forma, uno de ellos, considera que no hay víctimas por que el delito, no atenta contra un bien jurídico real contra las personas, ya que van de forma voluntaria y saben el riesgo que corren. Otro juez manifestó que no hay víctimas, porque las personas ya saben que es un delito.- Aunque ambos jueces coinciden que no hay víctimas pero con fundamento distinto.-
- Otro juez manifestó una opinión diferente, al considerar que El Estado es la víctima, porque afecta su relación con otros países; y también son víctimas las personas particulares que son abusadas por el coyote.-

Al preguntarles si consideran que este delito reúne todos los elementos para ser considerado crimen organizado, las respuestas obtenidas fueron:

- Los tres fiscales coinciden al afirmar que el delito tráfico ilegal de personas, sí es crimen organizado, al sostener que son redes nacionales e internacionales

quienes realizan este delito; un juez coincidió con esta postura. Al mismo tiempo uno de los fiscales sostuvo que cuando es una sola persona quien realiza el tráfico no es crimen organizado.-

- Los defensores entrevistados opinaron de igual forma al manifestar que este delito no es crimen organizado por no cumplir los requisitos exigidos por la ley para ser considerado como tal.-
- Dos de los jueces sostuvieron que no es crimen organizado, pero que sí reúne los requisitos del artículo veintidós –A del Código Penal podría darse, aunque difícilmente.-

En cuanto a la interrogante de si existe detención ilegal en la captura de centroamericanos, en atención al CA-4; las respuestas obtenidas son:

- Según los fiscales, ellos afirman que depende del caso concreto, si una persona entra como turista y se le captura, es ilegal; pero sí se tienen los indicios necesarios para creer que quiere irse de manera ilegal a otro país, bajo este supuesto es legal.-
- En esta pregunta los defensores y jueces coincidieron que debe analizarse cada caso para determinar si es legal o ilegal la detención; es ilegal cuando entran con el CA-4 y cumplen con las obligaciones migratorias.-

- Uno de los defensores no manifestó ser ilegal o legal, sólo estableció que no es el ingreso legítimo lo que se sanciona, sino el hecho de utilizar el país, como puente para ingresar ilegalmente hacia Estados Unidos

CAPITULO VI
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

**CONCLUSIONES EN RELACION CON EL OBJETIVO GENERAL Y
ESPECIFICOS DE LA INVESTIGACION.**

Habiendo finalizado satisfactoriamente nuestro trabajo de investigación, y en vista de haber cumplidos con los objetivos y la hipótesis plantada al inicio del mismo, formulamos las siguientes conclusiones:

- De acuerdo al primer objetivo específico conocer la evolución histórico del Bien jurídico y la Teoría del tipo penal la creación del delito tráfico ilegal de personas se obvia la influencia que ejerce la teoría del bien jurídico en el ámbito del derecho penal democrático, por ello no se identifica la protección de un bien jurídico nacional con la tipificación del tráfico ilegal de personas, lo que contraría lo establecido en el artículo tres del Código Penal, en el que se reconoce el Principio de Lesividad del Bien Jurídico, el cual establece que con la creación de un tipo penal se debe proteger un bien jurídico afectado por la conducta ahí descrita, contrario a lo que esta redactado en el delito de tráfico, el cual responde a intereses externos de otro país, aun cuando de acuerdo a su ubicación dentro del código se establezca que se intenta proteger la humanidad, con la tipificación del mismo.-

- La inclusión de delito tráfico ilegal de personas representa un nuevo reto para la Fiscalía General de la República ya que estaremos en presencia de un

delito que podrá en un momento determinada responder a la criminalidad organizada y en donde se origina un problema de autoría maniata que surge en el funcionamiento de este tipo de delitos ya que existe una jerarquizacion de sus miembros en donde según el tratamiento que se les aplique solo se estaría persiguiendo a los autores directos de dicho delito.

- Con respecto al objetivo consistente de identificar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal trafico ilegal de personas, al realizar el análisis del delito observamos que: la excesiva utilización de elementos normativos en la conducta descrita en el tipo penal tráfico ilegal de personas, obedece a la mala redacción del mismo, en vista de haber sido de forma apresurada su inclusión dentro del código y sin haber realizado ningún análisis previo para la tipificación del mismo; elementos que al ser interpretados por los aplicadores de la ley, utilizando diversos criterios, crea una incertidumbre en el sujeto activo del delito, lo que se traduce a una inseguridad jurídica, en cuanto a que se ven desprotegidos y con una mayor posibilidad a que le sean violentados los derechos que les corresponden dentro del proceso.-
- De acuerdo a determinar el bien jurídico protegido en el artículo 367-A del Código Penal, con base en nuestra investigación de campo establecemos que: No se identifica la protección de un bien jurídico nacional con la tipificación del tráfico ilegal de personas, lo que contraría lo establecido en el artículo tres del Código Penal, en el que se reconoce el Principio de Lesividad del Bien Jurídico, el cual establece que con la creación de un tipo penal se debe proteger un bien jurídico afectado por la conducta ahí descrita, contrario a lo que esta redactado en el delito de tráfico, el cual responde a

intereses externos de otro país, aun cuando de acuerdo a su ubicación dentro del código se establezca que se intenta proteger la humanidad, con la tipificación del mismo.-

- Con respecto al objetivo de analizar la normativa nacional e internacional aplicable a la figura del tráfico ilegal de personas, se deduce que existen instrumentos jurídicos internacionales que protegen básicamente la libertad de tránsito como derecho fundamental de la persona humana que a nivel internacional existe la ley para la protección de víctimas del tráfico humano y la violencia, la cual en nuestro país aun no ha sido ratificada.
- Logramos cumplir con el objetivo de conocer si la oración y aplicación del delito tráfico ilegal de personas violenta principios constitucionales, que de acuerdo a información empírica recabada a través de informantes claves, si se violentan principios constitucionales entre los cuales están: el de proporcionalidad de la pena, extraterritorialidad de la ley penal, lesividad de bienes jurídicos, el principio de mínima intervención, el principio de culpabilidad, por lo que quedara a criterio del juzgador aplicar el artículo 185 de la Constitución de la República que consiste en la facultad de inaplicar un precepto que violenta la constitución.
- De acuerdo al último objetivo planteado consistente en analizar las razones por las cuales los legisladores tipificaron el delito concluimos que: La creación del delito tráfico ilegal de personas responde a intereses geopolíticos por parte de los Estados Unidos de América, como una política anti-inmigrante para detener el flujo de salvadoreños y salvadoreñas que

ingresan ilegalmente a ese país, así como también como una política de seguridad nacional a raíz de los atentados sufridos el once de septiembre de dos mil uno, necesitando la cooperación internacional, de la cual nuestro país no ha querido excluirse, de esta manera se vulnera lo establecido en el artículo uno de la Constitución de la República, al establecer que “el origen y el fin último de la actividad del Estado salvadoreño es la persona humana”, tomando en consideración que la creación de este delito obedece a presiones externas por parte de otro país, por lo que no se toma en cuenta la persona humana

- En relación de la con la hipótesis de investigación “La creación del delito tráfico ilegal de personas genera problemas jurídicos de aplicación de la ley penal”, concluimos que con base a la investigación de campo logramos verificar la hipótesis, ya que verdaderamente la aplicación del delito tráfico ilegal de personas genera problemas jurídicos de aplicación entre los cuales están: determinar la tentativa del tipo, el concurso de delitos que puedan suscitarse en el tráfico ilegal de personas, existe también conjunción en cuanto a la determinación de la competencia del tribunal que debe de conocer en el juicio de estos casos, problemas en la persecución penal es decir la autoría del tipo, también se genera confusión en cuanto a la aplicación de la ley penal salvadoreña a casos ocurridos fuera del territorio nacional y existe diferentes opiniones en cuanto a considerar si este delito corresponde a la criminalidad organizada, de acuerdo a lo anterior logramos establecer la relación que se produce en los indicadores los cuales se derivan de la variable independiente y dependiente.

CONCLUSIONES GENERALES:

- En cuanto a la mala redacción del artículo encontramos los siguientes problemas jurídicos de aplicación práctica:
 - Se hace difícil la determinación de si existe tentativa o no en dicho delito, al establecerse : “El que intentare introducir..”, puesto que se denota con esta frase una tentativa consumada, estableciendo una pena igual que al delito consumado, violentando con esto el artículo cinco del Código Penal relativo a la proporcionalidad de la pena.-
 - En el último inciso del artículo 367-A del Código Penal se plantea una agravante en cuanto a que determina la realización de otros delitos (robo, lesiones, violaciones a mujeres en el camino, etc.), como consecuencia de la realización del tráfico, lo que en la práctica es extremadamente difícil de imputar al sujeto activo del delito.-
 - El delito genera problemas jurídicos de competencia, en cuanto a determinar ante qué tribunales de justicia será juzgado el sujeto que trafique con personas, ya que en la mayoría de los casos son capturados fuera de nuestras fronteras, tomando en cuenta en estos casos el principio de extraterritorialidad de la ley penal salvadoreña contemplado en el artículo once del Código Penal, en cuanto a la determinación de la ley más favorable al imputado.-

- En el delito de tráfico ilegal de personas no existen víctimas, en virtud que media el consentimiento por parte de la persona traficada, ya que es ella quien busca al guía para que la lleve de forma ilegal a otro país, en la mayoría de veces a Estados Unidos, sabiendo de antemano los riesgos que se corren al salir de esa manera del país.-
- El tipo penal de tráfico ilegal de personas no reúne los elementos necesarios para ser considerado crimen organizado, a nivel nacional, ya que no existe una estructura jerárquicamente organizada, con la finalidad de cometer un acto delictivo (en este caso tráfico ilegal), en la cual cada uno de sus miembros se tiene una función especializada.- Lo que se da en nuestro país y a nivel regional es que por necesidad los sujetos activos se conocen y cooperan entre ellos, pero no de forma como lo establece el artículo veintidós – A del Código Penal. Consideramos que en otras latitudes, como en Europa y más específicamente en España, este delito sí responde a una criminalidad organizada, por la forma de operar de los sujetos que intervienen en la realización del mismo.-
- Este delito no es convencional, en atención a que existe más de un verbo rector, producto de la mala redacción por parte de los legisladores, lo que genera que cada uno de ellos tenga un tratamiento diferente, ya que unos son considerados como delitos de resultado (los que generan una modificación en el mundo exterior) y otros de mera actividad (Los que solo hace falta realizar una acción para que se haya cometido el delito), resultando de esta manera difícil clasificarlo dentro de una sola categoría.-

CONCLUSIÓN FINAL

Como grupo concluimos que la finalidad de tipificar el tráfico ilegal de personas, responde a intereses externos por parte de otros estados, en este caso de los Estados Unidos de Norteamérica, y cuyo único fin es evitar el ingreso de ilegales a dicho país, quedando demostrado en este caso que el interés particular de un determinado grupo selecto de personas está por encima del interés general de la colectividad; así mismo que el Estado Salvadoreño muestra una doble moral, en cuanto por un lado crea toda una campaña de protección a los ilegales que residen en Estados Unidos, y por otra está limitando las oportunidades de superación de las personas que desean emigrar a aquel país, no tomando en cuenta los beneficios que trae a la economía salvadoreña los ingresos que en concepto de remesas familiares ingresan al país, sosteniendo a nuestro modelo económico . Cuando lo que se debería de hacerse es crear una política externa con la que se pueda viajar a Estados Unidos, ya no por una vía ilegal como es la de evadir los controles migratorios, sino por una forma legal y segura para nuestros connacionales.

RECOMENDACIONES.

- Que siempre que una conducta sea elevada a la categoría de delito deben tomarse en cuenta por parte de los legisladores los principios constitucionales, los cuales inexorablemente deben de inspirar las leyes inferiores a esta, lo cual no se llevo a cabo en la creación del delito tipo trafico ilegal de personas.

- Que los legisladores salvadoreños cumplan con el mandato contenido en el artículo uno de la Constitución, el cual manda a tener a la persona humana como principio rector de toda actividad del Estado, y que no se vean influenciados por presiones de carácter internacional, tipificando conductas que no respondan ni protejan bienes jurídicos nacionales como el caso del tráfico ilegal de personas.
- Que los legisladores consulten o que sean asesorados por especialistas que tengan conocimientos jurídicos, para que puedan emplear una técnica legislativa adecuada en la redacción de los tipos penales y de esta manera garantizar la eficacia y cumplimiento de los mismos y sin la violentación del Estado de derecho.
- Que el tipo penal sea reformado en cuanto a la redacción y que sea enfocado de otra manera, es decir, que la conducta principalmente sancionada sea los tratos inhumanos y degradantes que sufren las personas traficadas durante el camino.
- Que se capacite a los aplicadores de la ley sobre el tratamiento que debe darse al delito tráfico ilegal de personas, ya por ser un delito no convencional o que en un momento determinado no responder a delincuencia no convencional, podría generar en los jueces un cierto grado de desconocimiento del tipo, ello en atención a que algunos jueces entrevistados se abstuvieron de responder a las preguntas contenidas en la entrevista por falta de conocimiento de este delito.

- Que el tipo penal sea aplicado de manera igualitaria para todos los sujetos activos que realizan las acciones descritas en el mismo; ya que en la práctica se persigue únicamente a las personas que guíen, dejando de lado a los que transporten o alberguen.
- Que se declare inaplicable el artículo trescientos sesenta y siete A del código penal por la violentación de principios constitucionales y secundarios que el mismo ha provocado.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- Bustos Ramírez, Juan Manuel: “Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ª. Edición, aumentada y corregida y puesta al día por Héran Hormazábal Malareé, PPU, Barcelona, 1994.
- Serrano, Armando Antonio “Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Edición 1993. Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, USAID.
- Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás S: “Manual de Derecho Penal Parte General” 4ª. Edición conforme al Código Penal, de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- Reyes Echandía Alfonso, Manual de Derecho Penal, parte general, octava edición, Editorial Presencia Ltda., Bogota, Colombia, 1981.
- Reyes Echandía Alfonso, “Tipicidad”, sexta edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogota, Colombia, 1997.
- Quiceno Álvarez Fernando: “La Autoría, la Tipicidad”, Estudios de Derecho Penal, Editorial Jurídica Bolivariana, 1997.
- MIR, Puig, S. Introducción. MDPPG, 3era. Edición , Editorial Promoción, Publicaciones Universitarios, S.A. Barcelona, 1990.

- Hormázabal Malareé Héran: “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho”. PPU, Barcelona, 1991.
- Bertrand Galindo Francisco y otros: “Manual de Derecho Constitucional” Tomo II, 1ª. Edición, Centro de Formación Jurídica, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1998.
- Zaffaroni Raúl Eugenio: “Criminología. Aproximación desde un margen” segunda reimpresión, Editorial TEMIS, S.A. Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1998.
- Roxin, Claus: “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”. Editorial Marcial Pons, 7ª Edición, 2000.
- Bacigalupo Enrique: Manual de Derecho Penal, parte general, Editorial TEMIS-ILANUD, 1984.
- Gonzalo Quinteros, Olivares: “Derecho Penal, Parte General”.segunda edición, Editorial Marcial Pons, Madrid 1989.
- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 1925, Madrid.
- Bacigalupo Enrique: “Lineamientos de la Teoría del Delito”. Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos, Buenos Aires, 1974.
- Ujala Jubert, Joshi: “Sobre el concepto de organización en el delito del tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español”. Publicado en anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XI. VIII. Mayo – Agosto MCMXCV.

- “Asociación para delinquir y criminalidad organizada” (Sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la JTS de 23 de octubre de 1997 – Caso Filesa) Actualidad Penal No.27. 3 al 9 de julio de 2000.
- Arce Aggeo, Miguel Angel: “Concurso de Delitos en Materia penal, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996.
- Muñoz Conde, Francisco: “Derecho Penal, parte especial; 11ª. Edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Rojas, Raúl Soriano, “Guía para Realizar Investigaciones Sociales”, Edit. Plaza y Valdés. 8ª. Edición, Mexico UNAM, 1979.

REVISTAS

- Muñoz Conde, Francisco: Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del derecho”. Revista Penal, Editorial COLEX, Cadiz, España, 2001.
- Blanco Cordero, Isidoro y Sánchez García de Paz, Isabel: “Principales Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas y la Unión Europea, relativos al crimen organizado: La definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. Revista Penal.

- Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, Editorial COLEX, Cadiz, España, 2001.
- Tráfico de Menores en El Salvador, Centro Universitarios de Estudios Centroamericanos (UDECA), Edición: San Salvador, UDECA (El Salvador 2000)

LEGISLACION

- Constitución explicada de la República de El Salvador, 1983, Edit. FESPAD, sexta edición., 2001.
- Código Penal Salvadoreño
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana de sobre Derechos Humanos.
- Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Suprimir y Castigar el Tráfico de Personas.
- Ley de Protección para las Víctimas del Tráfico de Personas y la Violencia.
- Ley de Migración.

- Ley de Extranjería.

RECURSOS ELECTRONICOS

-www.criminet.org

-www.usinfo.state.gob/español

ANEXOS

CEDULA DE ENTREVISTAS

- 1- ¿Cuál considera usted que es el Bien Jurídico protegido en el delitos de Tráfico Ilegal de personas?
- 2- ¿Para usted cuál es la finalidad de tipificar el delito tráfico ilegal de personas?
- 3- ¿Cuál considera usted que es el tribunal competente para conocer los casos de tráfico ilegal de personas?
- 4- ¿Qué problemas genera la redacción del Art. 367-A del código penal?
- 5- ¿Considera que opera la tentativa en el delito tráfico ilegal de personas?
- 6- ¿Qué clase de concurso puede darse en este delitos?
- 7- ¿Qué tipo de delito es el tráfico ilegal de personas: de mera actividad o de resultado?
- 8- ¿Considera que se violentan principios constitucionales con la creación de este delito?
- 9- ¿Considera adecuada la excesiva utilización de elementos normativos en la redacción del Art. 367-A C.P.?
- 10- ¿Según su criterio existen ofendidos o victimas en el delito tráfico ilegal de personas?
- 11- ¿Considera que este delito reúne todos los elementos para ser considera crimen organizado?
- 12- ¿Existe detención ilegal en la captura de centroamericanos en atención al CA-4?

la Junta Directiva, no se trata de publicar el pronunciamiento en los periódicos, quiero dejarlo bien claro, sino que de ahora en adelante la Comisión Política va a revisar cualquier acto que suceda contra cualquier parlamento en el mundo, atentado e ir al día, sino que venimos hasta que pasan quince días, tres semanas a pronunciarnos; esto sucedió esta semana, mañana mismo estaremos enviando la condena a los tres parlamentos; los que estén de acuerdo con la dispensa de trámite para poder aprobar este pronunciamiento y enviarlo a los Congresos respectivos, favor de levantar su mano.

APROBADO POR 78 VOTOS

MAA.

HORA: 4:35 PM.

DIP. WALTER RENÉ ARAUJO:...con la dispensa de trámite para poder aprobar este pronunciamiento y enviarlo a los congresos respectivos favor de levantar su mano.

APROBADO POR 78 VOTOS.

Los que estén de acuerdo aprobando esta condena en los tres casos descritos y que sea enviado pues a través de la Junta Directiva a los respectivos congresos la señal de condena de estos actos, favor levantar su mano.

APROBADO POR 78 VOTOS.

Continuamos con la pieza 22A.

22A.- MOCIÓN DE VARIOS DIPUTADOS, EN EL SENTIDO SE REFORME EL CÓDIGO PENAL PARA TIPIFICAR EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS.

Se solicita la dispensa de trámites, o sea, tal vez los diputados mocionantes hacen una explicación del marco de lo que se trata, para que podemos introducir esta discusión. Tiene la palabra el

Diputado Julio Moreno Niños.

DIP. JULIO MORENO NIÑOS: Muchas gracias señor Presidente. La tipificación de este nuevo delito en el Código Penal, lo que pretende es sancionar a los comúnmente llamados coyotes; yo quisiera dejar en claro señor Presidente que no estamos penando ni limitando a aquel compatriota que desea buscar nuevos horizontes, se trata de sancionar a las personas que hacen de esto, que obtienen con esto un lucro a las personas que llevan embaucadas a otras a veces hasta encontrar la muerte. Entonces señor Presidente, lo que estamos es elevando a la categoría de delito el tráfico ilegal de personas a aquellos que expresamente tratan de violar los controles migratorios que llevan a personas a que cometan esta violación, que los transportan, que los conducen o que los inducen a violar estos controles, pero la pena que estamos pidiendo que es de cuatro a ocho años para que no sea excarcelable pretende que sea directamente contra los coyotes. Así que esto es lo que estamos tratando de incluir en nuestra legislación, ya que en nuestro Código Penal no recogía este delito; ese es el marco en el que estamos tratando pues de introducir el Art. 367-A al Código Penal, para que también estén en concordancia con la nueva Ley de Migración que se está estudiando, pero que no quede en delitos dispersos en diferentes leyes, por eso lo estamos sacando de la Ley de Migración y lo estamos incluyendo en el Código Penal.

Así que el Partido de Conciliación Nacional va a dar sus votos y por mi medio está haciendo esta exposición señor Presidente.

Muchísimas gracias.

DIP. WALTER RENÉ ARAUJO: Tiene la palabra el Diputado Rodrigo Avila.

DIP. RODRIGO AVILA: Si, muchas gracias señor Presidente. Básicamente nosotros como fracción de ARENA estamos apoyando esta reforma, porque consideramos que es (perdón) la inclusión de este

Artículo 367-A al Código Penal, porque creemos que es totalmente necesario no solo por los últimos acontecimientos en los cuales naturalmente se ha visto que muchas de las personas que en alguna medida han podido colaborar con los terroristas se han movilizad de manera ilegal, sino porque creemos que esto va de alguna manera finalmente a dar el castigo merecido a aquellas personas que han traficado con seres humanos. Si nosotros observamos el Código Penal que fue derogado al entrar en vigencia la nueva normativa penal en el año de 1998, específicamente en abril, el Art. 493 del antiguo Código Penal, castigaba con una sanción de prisión de uno a cinco años a aquellas personas que pretendían... bueno, básicamente aquellas personas que se dedicaban a comerciar con el tráfico de ilegales y en aquel entonces naturalmente el problema si bien es cierto no se daba en las magnitudes en las cuales tanto colega, compatriota y amigo también centroamericano ha sido víctima de los engaños y argucias de los tristemente célebres coyotes. Así que nosotros como fracción de ARENA estamos apoyando la inclusión de este artículo al Código Penal y creemos que es el momento oportuno para hacerlo. Es importante notar que en la nueva redacción no se deja espacio para la interpretación, que de alguna manera dio lugar a las dudas expresadas por varios colegas diputados cuando se estaban discutiendo anteriormente las Reformas a los Códigos Penal y Procesal Penal y en ese sentido básicamente van a quedar subsanadas esas inquietudes que en algún momento pudieran dejar un margen de discrecionalidad a las autoridades, para sancionar a las personas que pudiesen estar actuando de buena fe, ya que en esta ocasión se habla específicamente de las personas que serán sancionadas serán aquellas que de alguna manera ya sea a través de organizaciones internacionales, pero de una manera premeditada intenten o colaboren para burlar los controles migratorios. Muchas gracias señor Presidente.

DIP. WALTER RENÉ ARAUJO: Tiene la palabra la Diputada Carmen

Elena Calderón de Escalón.

DIP. CARMEN ELENA CALDERÓN DE ESCALÓN: Gracias señor Presidente, colegas diputados y diputadas. Yo tomaba la palabra porque es importante decirles que en la Ley de Migración y Extranjería que la Comisión de Relaciones Exteriores ha estado estudiando, venía contemplado la tipificación del delito de los coyotes o del tráfico de ilegales. Cuando estudiamos la ley nos dábamos cuenta que para tipificar un delito era preferible que quedara todo en un solo cuerpo como es el Código Penal, y en ese sentido la comisión unánimemente decíamos que no debería de ir en la Ley de Migración y Extranjería, sino la Reforma al Código Penal y una de las situaciones que veíamos que era importante recalcar, era que el delito del tráfico de ilegales debería de ser penalizado donde no quedara ninguna duda en que no podía ser excarcelable, y por esa razón decíamos que era importante que quedaran más de tres años para que el que trafica con ilegales tenga que ir a la cárcel y penar lo que ha cometido, extra de que juega con el sentimiento de la gente, estafa a la gente y burla la ley.

Así es que yo quería dejar plasmado esto esta tarde, porque es importante que ahora después de haber ya dado esta reforma al Código Penal nosotros en la Comisión de Relaciones Exteriores podamos seguir estudiando y dar la Ley de Migración y Extranjería en un corto plazo.

Gracias señor Presidente.

DIP. WALTER RENÉ ARAUJO: Tiene la palabra el Diputado Pérez Zarco.

DIP. JESÚS PÉREZ ZARCO: Bueno, muchas gracias señor Presidente. Nosotros que estamos en esa discusión en la Comisión de Relaciones Exteriores de hecho vemos con un avance sustancial estas reformas planteadas y de hecho la vamos a apoyar, porque creemos que es una necesidad que se ha estado pidiendo, las organizaciones de migrantes han estado pendientes de que esto pueda suceder, lo cual pues

hoy está concretizándose para efectos de poder formalizar el trabajo o la estadía de las personas que logran trasladarse a otros países en ese sentido, por su puesto que lo que se busca es que el que trafica con las personas y que muchas veces estos migrantes han muerto con muchas dificultades y perdiendo su capital que tienen aquí en el país es donde específicamente se tiene que tratar, porque a esta altura solo se han estado deteniendo a los coyotes por estafas, pero como se está jugando con la vida de los seres humanos, creemos que es importante poder fortalecer esta parte en la ley que permita castigar de una manera más severa a estas personas que se lucran con la vida de muchos migrantes.

En ese sentido basta decir también de que en la Ley de Migración y Extranjería se está trabajando un poquito más a fondo, pero esperamos también que se pueda trabajar un poco más acelerado en la probación de esta ley que permita clarificar algunas otras dudas que pudieran quedar planteadas, y en ese sentido señor Presidente, compañeros y compañeras diputados vamos a apoyar esta reforma de ley, para que podamos demostrar a la población salvadoreña y aquellos que desean muchas veces irse fuera del país puedan tener la garantía de que sí van con todas las de ley para efectos de poder reclamar muchas veces lo que pierden en el camino. Muchas gracias Presidente, compañeros y compañeras diputados.

DIP. WALTER RENÉ ARAUJO: Tiene la palabra el Diputado Walter Durán.

DIP. WALTER DURÁN: Gracias señor Presidente. El FMLN por mi medio también quiere dejar sentada su posición en torno a la propuesta de reforma que este día se ha presentado aquí en el Pleno en torno a regular, a introducir en el Código Penal una nueva figura que sancione el delito del tráfico ilegal de personas; como el FMLN lo planteo en la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales precisamente el

día de ayer que intentamos retomar esta discusión, estamos convencidos como partido que es necesario que en nuestro país existan las regulaciones adecuadas, para impedir que personas inescrupulosas e incluso personas que puedan estar posiblemente vinculadas al terrorismo internacional utilicen este país como puente o como base para hacer transitar personas que puedan estar o vinculadas a actividades ilícitas, o que tratando de buscar algún futuro mejor transiten en este país y estas personas llamadas coyotes saquen algún provecho económico de ello; por eso nosotros incluso cuando esta discusión originalmente se dio hace ya aproximadamente dos o tres meses, que se presentó un paquete de reformas a los Códigos Penal y Procesal por parte del Ministro de Gobernación, nosotros en aquel momento expresamos nuestra preocupación por la redacción que aquí se había presentado y pedimos conjuntamente con el PCN que pasará a la Comisión de Legislación para que hiciéramos un estudio más detenido; el día de ayer iniciamos esa discusión, hemos visto que ahora algunos colegas diputados han presentado ya propuestas, se han estado cabildeando esta redacción, inicialmente nosotros hemos hecho algunas observaciones para mejorar el texto para evitar que se cometieran arbitrariedades con la norma tal como originalmente se había planteado, y aún cuando con la redacción que actualmente se da todavía podrían quedar algunas cosas que puedan ser perfectibles, que puedan ser mejorables en su redacción y que en su momento habrá que revisarlo puesto que estamos convencidos de que es necesario combatir esta figura del tráfico ilegal de migrantes y sobre todo, en estos momentos de grave afectación de la seguridad internacional y de peligro a la paz mundial a raíz de los últimos atentados terroristas ocurridos en Estados Unidos, creemos que ciertamente es conveniente que emitamos una regulación en este sentido y por tanto el FMLN reitero...

M11.

4:50 p.m.

DIP. WALTER DURÁN...es conveniente que emitamos una regulación en este sentido y por tanto el FMLN reitero, está dispuesto a dar sus votos para aprobar esta reforma al Código Penal para introducir el delito de tráfico ilegal de personas, por supuesto estamos comprometidos en hacer una revisión más amplia no solo de esta figura para ver si es posible mejorarla en un futuro, si no también de toda la legislación en torno al tema de emigrantes que todavía en esta Asamblea está pendiente.

Así nuestra posición colegas diputados y diputadas, presidente.

DIP. WALTER ARAUJO. El diputado Vinicio Peñate me expresa el apoyo de parte de su fracción y tiene la palabra la diputada Blanca Flor Bonilla y se prepara el diputado Orlando Arévalo.

DIP. BLANCA FLOR BONILLA. Gracias señor presidente.

Bueno ya a través del compañero que me antecedió se ha dado a conocer cuál es la posición de nuestra fracción legislativa del FMLN, yo creo que con la aprobación de este artículo en el Código Penal y Procesal Penal, damos un avance en cuanto a poner en práctica tanto los principios de legalidad o de documentación que deben de traer las personas que entran al país, como de las personas que van a salir del país. Y un avance importante es el que se incluya sanción cuando las personas llevan documentación falsa o fraudulenta, porque hemos, sabemos que de El Salvador en tiempos pasados también han participado digamos en tener acá en el país a personas que participan del terrorismo internacional y se han visto involucradas Alcaldías y el Ministerio del Interior como es el caso de Posada Carriles. Por esa experiencia que ya ha habido, yo creo que es importante que en el mismo artículo se incluya un último apartado donde sancione severamente aquellos funcionarios públicos que se involucren en entregar

documentación falsa, porque es el mismo Estado el que en algunas ocasiones ha dado espacio a que se utilice documentación falsa y se utilicen las instituciones del Gobierno.

Nosotros estamos apoyando todas aquellas iniciativas que le den seguridad al país y que le den seguridad también a nuestros salvadoreños que aún en las condiciones actuales están pensando por la situación económica de El Salvador, buscar a los Estados Unidos como un medio en búsqueda de trabajo para tener ingresos y mantener a sus familias. Como sabemos cual es la realidad de nuestro país en el tema de Migración y sabemos que un alto porcentaje de nuestros salvadoreños y salvadoreñas no califican en las políticas migratorias de la Embajada de los Estados Unidos, sino que, y por esta razón muchas veces buscan formas alternativas que son éstas que ahora se están sancionando; yo quisiera sugerir a este honorable pleno de la Asamblea Legislativa que se converse con el Ministerio de Relaciones Exteriores, con Cancillería para que se analice una forma más segura de como nuestros compatriotas puedan ir a los Estados Unidos a trabajar en aquellos rubros principalmente donde sabemos que hay demanda de fuerza de trabajo en períodos o temporadas en los Estados Unidos, o en sectores donde necesitan cierta mano de obra calificada.

Cuando tuvimos acá las visitas de las organizaciones sindicales hace unos dos meses, nos manifestaban de que en algunos rubros de la economía estadounidense se abren oportunidades para que personas de cualquier parte del mundo puedan calificar y eso se hace mediante convenios con los Estados Unidos a través de sus embajadas o sus oficinas de negocios.

Entonces yo quisiera sugerir, quiero sugerir que nos preocupemos, así como nos estamos preocupando de asegurar que se respeten nuestras fronteras, que se usen los centros oficiales de Migración para transitar, pero como sabemos que es difícil, que el número de salvadoreños que llegue a los Estados Unidos llegue por

medios digamos de la Embajada de los Estados Unidos con su visa adecuadamente, entonces es necesario que tomemos medidas en esa dirección y es importante plantearlo porque sabemos que uno de los recursos que el Gobierno de El Salvador espera cada año son las remesas de los salvadoreños allá y no podemos cerrar los ojos y hacernos de oídos sordos desconociendo que un alto porcentaje de esas personas que están allá no pueden, no han estado en la capacidad de utilizar la vía de la visa del visado hacia los Estados Unidos.

Entonces yo quiero hacer esta recomendación complementaria, para que se busquen los canales adecuados y que la Asamblea Legislativa apoye a Cancillería en esas iniciativas. Muchas gracias señor presidente.

DIP. WALTER ARAUJO. Tiene la palabra el diputado Orlando Arévalo.

DIP. ORLANDO ARÉVALO. Gracias señor presidente.

Muy breve nuevamente. Quiero expresar que después de varias dudas he decidido por apoyar esta iniciativa, pero quiero expresar algunas reflexiones. Tengo algunos temores: esto va a encarecer los costos de aquellas personas que siempre van a luchar por emigrar por este mecanismo, esto va a aumentar la corrupción en nuestros policías y en nuestros agentes aduanales, y en nuestros jueces y tribunales del país.

Porque estamos prohibiendo algo que ha sido como una práctica legal y entonces no será muy fácil detener y que por decreto inmediatamente se suspende y se deje de hacer algo que ha sido una práctica legal y que no solo es eso, sino que tiene por encima de eso la posibilidad del "sueño americano" para la inmensa mayoría de la gente que aspira ir a los Estados Unidos.

Entonces yo pienso de que aquí lo que le vamos a plantear con esta norma, es un reto a la Policía, es un reto al sistema judicial del

país, a los jueces, es un reto a todo el control migratorio que tenemos, porque sin duda pues esto corresponde a toda una estrategia internacional para tratar de atacar el crimen organizado que en cuanto a tráfico de personas se refiere. Y yo quiero expresarlo claramente, yo me considero no solo un amigo, si no un admirador de esa gran nación de los Estados Unidos, y ellos nos ayudan mucho y creo que nosotros tenemos que procurar ordenar y es en función de ese orden que debemos de tener y de tratar de que existe en el país un orden que regule y que aquellas personas que lo quieran hacer, que lo hagan por su propia cuenta pero que no se dejen estafar, ni mucho menos entorpecer de esta gente que en su mayoría son estafadores, más que personas eficientes para ayudarle a los ciudadanos que desesperadamente al no encontrar trabajo en este país, se van.

También creo que este es un reto para el Gobierno, para el sector privado de nuestro país para generar más fuentes de trabajo, para generar más puestos de trabajo porque no hay duda que esa es la razón por la cual nuestra gente se va fuera del país. Muchas gracias señor presidente y de esa manera quiero expresar mi apoyo.

DIP. WALTER ARAUJO. Tiene la palabra el diputado Jorge Escobar.

DIP. JORGE ESCOBAR. Gracias señor presidente.

Yo quisiera que pusieran atención nuevamente todos los compañeros diputados y diputadas, porque realmente yo no había tenido la oportunidad de leer este decreto que es el que hace aproximadamente dos meses regresamos, debido a que traía aberraciones jurídicas. Sinceramente todos los que estamos aquí entendemos cuál puede ser el propósito de este decreto o del anterior y es castigar a aquellos salvadoreños o extranjeros que se dediquen al tráfico de personas hacia los Estados Unidos o hacia otros países. Pero nuevamente voy a solicitarles que pongan atención, porque yo considero que los que han

redactado este artículo 37 desconocen absolutamente la realidad de nuestro país, desconocen absolutamente como esto opera esta situación de tráfico de personas hacia los Estados Unidos.

Si vemos el primer inciso dice: La persona que por sí o por medio de otra u otras en contravención a la ley intentare introducir o introduzca extranjeros en territorio nacional, los albergue, transporte o guíe con el propósito de evadir los controles migratorios serán sancionados con prisión de cuatro a ocho años. Esa es una figura, en esta primera figura, en ningún momento se habla de la persona que se conoce como coyote, allí están hablando de un ayudante, o de un guía o de cualquier otro ciudadano que únicamente realiza la función de transportar o de introducir al país, si es que fueran ciudadanos de otros países, no está hablando del que hace el contrato con aquel que quiere viajar a los Estados Unidos.

En el segundo inciso dice: con igual pena serán sancionadas las personas que alberguen, transporten o guíe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país. En esta otra figura en ningún momento tampoco se está castigando a los que aquí en el país conocemos como coyotes, porque únicamente está hablando del que albergue, transporte o guíe, y el modus operandi de los que están a la cabeza o denominados coyotes en nuestro país, no es lo que aquí se está mencionando. Eso quiere decir que en las dos figuras anteriores no estamos tocando a los verdaderos responsables, podremos estar tocando a aquellos que son ayudantes o que son parte de la operación, pero no de los verdaderos responsables y la última figura que dice en igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta trataren o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos. Aquí tampoco se tocan a esos que nosotros conocemos normalmente como "coyotes".

Yo si les pido que realmente reflexionemos en esto que están haciendo, porque no se está tocando a los verdaderos responsables que

creo yo que es la intención de este decreto y particularmente del Art. 367A. ¿Por qué digo yo esto? Miren, uno sabe perfectamente la zona oriental cómo es que funcionan estas personas que se dedican al tráfico de inmigrantes. En ningún momento ellos los alojan en su casa, en ningún momento ellos los transportan, en ningún momento ellos los ayudan a introducirlos al país, ni los trasladan por las carreteras, ellos no hacen absolutamente nada de lo que aquí se está castigando a través de este decreto, ellos únicamente hacen el contrato y lo firman, hasta van a donde los abogados y firman con aquel que está interesado en querer viajar, pero ninguna de las figuras que aquí se mencionan para ser castigadas es la que realizan los que reciben el dinero, los que se dedican a eso. Porque no es una sola persona, aquí se está castigando a los ayudantes a los que ellos les pagan porque los lleven, a los que ellos les pagan porque se los vayan a traer a la Frontera, a los que ellos les pagan porque se los lleven para Estados Unidos.

Porque los que se dedican de una forma organizada o no al tráfico de ilegales, no hacen ninguna de las cosas que ustedes aquí están castigando. Por otro lado, qué pasa con aquella persona que solicita un servicio ilegal? Allí tendríamos que ser honestos y castigarlos también. Porque si una persona compra un objeto robado, está cometiendo un ilícito, igualmente una...

ARG.

HORA:5:05 PM.

FECHA: 4-10-01

REP. JORGE ESCOBAR: ...porque si una persona compra un objeto robado está cometiendo un ilícito, igualmente una persona que contrate un servicio ilícito para mí está cometiendo delito y aquí no se habla nada de eso, así es que yo quiero llamarlos a la reflexión y yo en lo particular, solicito a los compañeros de la fracción y a todos los compañeros diputados que no votemos por esto porque esto sinceramente

no sirve absolutamente para el propósito que se pretende y es castigar a aquellos que se dedican a negociar con la actividad de llevar gente para los Estados Unidos, esto no sirve para castigar a esos, yo lo digo claramente y se los puedo demostrar a aquel que no esté convencido.

REP. WALTER RENÉ ARAUJO MORALES: Bueno colegas diputados y diputadas, rogaría su atención y creo que hemos pues por procedimiento hecho un acto que hemos obviado y hay que hacerlo y quizás de eso se va a colegir la intervención última del diputado Escobar, la nota dice así, me voy a permitir darle lectura tanto a la pieza como al correspondiente proyecto de inclusión de artículo 367 A, al Código Penal.

Señores Secretarios de la

Junta Directiva

PRESENTE.

En nuestra calidad de diputados y ante la imperiosa necesidad de legislar y dar seguridad jurídica tanto nacional e internacional, al movimiento de personas solicitamos que sea aprobada la reforma siguiente al Código Penal.

Sabedores que esto es de suma urgencia solicitamos su introducción al pleno legislativo así como su correspondiente dispensa de trámites pues hay un sin número de diputados que han dado la iniciativa de diferentes fracciones.

El proyecto de Decreto dice así:

La Asamblea Legislativa de la República de El Salvador

CONSIDERANDO

I.- Que por Decreto Legislativo No. 1030 que con fecha 26 de

abril de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo 335 del 10 de junio del mismo año fue emitido el Código Penal;

II.- Que en su Título 19, referente a los delitos contra la humanidad no fue considerada la figura del tráfico ilegal de personas, como delito por lo que es conveniente legislar sobre esta materia por tanto en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados que aparecen aquí en la iniciativa,

DECRETA:

Art. 1.- Adiciónase el artículo 367 A, al Código Penal emitido por decreto legislativo No 1030 de fecha 26 de abril de 1997 publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo 335 de fecha 10 de junio del mismo año así:

TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS.

Art. 367 A, la persona que por si o por medio de otra u otras, en contravención a la ley intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue, transporte o guíe con el propósito de evadir los controles migratorios será sancionado con prisión de 4 a 8 años, con igual pena será sancionada la persona que albergue, transporte o guíe nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países, en igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta trataren o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad o que siendo la documentación original esta fuere utilizada por otra persona que no sea su titular, si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el Extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas violentas o de naturaleza

culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes.

Art. 2.- El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Con esto quiero apuntarle al Diputado Escobar, Jorge Escobar que si y lo que pretende esto conseguir es que aquel que comete el delito directamente o el que simple y sencillamente lo hace a través de otras personas y para eso están todos los elementos de prueba, los elementos probatorios, las formas procesales en nuestra legislación a través de la declaración de las víctimas, de la declaración de autoridad competente de la recolección de pruebas de los allanamientos que puedan haber en lugares donde el coyotaje porque a eso es lo que se busca perseguir con este establecimiento de este tipo penal es a los que simple y sencillamente se les debe de perseguir y colocan a nuestro país en los países que tienen esas normas civilizadas, esas normas que contribuyan no solo para lo permanente sino también en los sucesos que hay que ir considerando después en los del 11 de septiembre en donde muchos quizás terroristas en esta nueva guerra que han desatado los terroristas contra el mundo van a intentar movilizarse por muchas naciones y nuestro país no debe de prestarse a ellos.

Quiero señalar que en el último caso de la consecuencia del fallecimiento de estas personas que son a veces acarreadas inhumanamente en furgones o sea contra la dignidad o sea las someten a otro tipo de delito como la prostitución de menores de nuestro país de salvadoreñas a otros países, gentes que son traficadas como que si fueran animales e inclusive trata de blancas u otro tipo de delitos hasta de trabajos forzosos como lo hemos conocido en reportajes van a tener a través del último inciso un incremento de pena que los llevará alrededor de los 14 años o sea es un delito que de su título tráfico ilegal de personas se coligen no solo el simple elemento de aquellos que trafican con poder llevar a las personas estafandolas, esto no va contra aquella persona que pretende salir, que lo hace ella sola sino

que va contra el que se lucra, el que engaña, el que tima a nuestros conciudadanos y el que trafica con sus vidas a veces, su dignidad como persona humana, esa es la explicación que yo pudiera brindarle al diputado Escobar y que de la redacción se ve que va más inclusive allá dándole a quienes son los autores intelectuales, la norma procesal penal establecerá los mecanismos en donde debe de efectuarse este delito, tiene la palabra el diputado Almendáriz.

REP. JOSÉ ANTONIO ALMENDÁRIZ: Si señor Presidente, primero para preguntarle si podemos hacerle alguna corrección en este momento a la redacción o va a haber otro momento para hacerlo.

REP. WALTER ARAUJO: Yo creo que el derecho de este pleno es de proponer o sea creo que tenemos que hacerlo, solo quiero hacer una sugerencia si se me permite, esta es una legislación bastante delicada y que tratemos si acaso hay alguna confusión yo voy a declarar un receso y que una comisión se encargue rápidamente pero si el asunto es de redacción, de forma, pues lógicamente lo consideramos inmediatamente.

Tiene la palabra el Coronel Almendáriz.

REP. JOSÉ ANTONIO ALMENDÁRIZ: Si señor Presidente, el artículo en el primer inciso refleja solamente el hecho de que los extranjeros entren al país, pero la norma aquí en el país ha sido de que introducen, vienen extranjeros para hacerlos llevar a otro país, por lo tanto si le podemos agregar en la tercera línea, dice: con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países porque así la interpretación que yo le doy es de que solamente es extranjeros que vengan, que sean como dice aquí, los albergue, transporte o guíe con el propósito de evadir los controles migratorios, pero solo habla del país y; el segundo inciso habla de los salvadoreños del país a otro país, que no lo hace con los extranjeros que normalmente que los traen los coyotes al país para llevarlos a otro

país, esa es la interpretación que doy yo, por lo tanto sería de agregarle "*del país o de otros países*", como lo dice el segundo inciso, es mi propuesta señor Presidente.

REP. WALTER RENÉ ARAUJO: Creo que es totalmente atinente la propuesta que hace el Coronel Almandáriz.

Y el Doctor Hernán Contreras va a hacer una sugerencia también de redacción que fortalece y no deriva también el espíritu de esta legislación.

En el inciso tercero, quedaría de la siguiente manera:

"En igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta tratasen de hacer o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad o las que utilizaran documentación auténtica cuyo titular es otra persona". Cosa que clarifica en una redacción mucho mejor el tercer inciso.

Bueno, los que estén de acuerdo con estas observaciones...

Tiene la palabra nuevamente le Diputado Escobar.

REP. JORGE ESCOBAR: Yo únicamente para recalcar lo que ya dije, así como está redactado y aún con la nueva redacción, yo le veo bastantes dificultades para que esto sea efectivo en el cumplimiento de lo que se quiere y también quiero yo preguntarles a ustedes para que después no vaya a venir allí una interpretación auténtica si las personas que se dedican al negocio de transporte y albergue de personas; o sea, estamos hablando de los hoteles, hospedajes, etc., automáticamente van a quedar excluidas de que se les imponga la sanción de 4 a 8 años, porque veámoslo desde el punto de vista lógico dice el segundo inciso, con igual pena, o sea, pena de 4 a 8 años será sancionado la persona que albergue, transporte o guíe a nacionales con el propósito de evadir, supónganse que una persona tenga un hotel o tenga un bus, entonces el como va a saber realmente si el que está transportando va con el propósito de evadir un control migratorio, el

no sabe pues realmente, entonces esto realmente pone a la gente si es que se va a aplicar en una situación bastante, pero muy, muy difícil, verdad, los dueños de los hoteles, de las pensiones, de lo que sea, van a tener ellos que preguntarle a la gente; mire, disculpe ¿y usted va con el fin de querer evadir un control migratorio? Va con el fin de querer, o sea, y la gente le va a decir si, con ese fin voy, a pues no, yo no lo voy a poder alojar porque la ley me pena a mí, así va a tener que hacer así como está esta cosa ahorita redactada pues, igualmente un dueño de un bus, cuando el que va a subir le va a decir, mire ¿y usted realmente va a querer evadir un control migratorio? Porque si no, yo no lo puedo subir a mi bus, porque si no me van a caer de 4 a 8 años y un dueño de un bus que culpa va a tener realmente de subir a un grupo de gente que quiere pagar el pasaje y que le importa a el si va a evadir más adelante un control migratorio adentro del país o afuera, yo les digo esto no sirve, pues yo los llamo a la reflexión pero si lo quieren aprobar, apruébenlo.

REP. WALTER ARAUJO: Bueno, los diputados, está suficientemente discutido, me pide la mesa directiva.

Los Diputados y Diputadas que estén de acuerdo, favor de levantar su mano.

APROBADO POR 63 VOTOS.

Perdón, me hacen una observación, me perdonan.

La dispensa de trámites voy repetir la votación para que lo hagamos bien hecho.

Los que estén de acuerdo con la dispensa de trámites favor de levantar la mano.

APROBADA POR 63 VOTOS.

Los que estén de acuerdo con el fondo de lo solicitado favor de levantar su mano.

APROBADO POR 62 VOTOS.

Continuamos con el desarrollo de la sesión plenaria y el

OK



DECRETO No

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR

CONSIDERANDO

- I. Que por Decreto Legislativo No 1030 de fecha 26 de abril de 1997 publicado en el Diario Oficial No 105 Tomo 335 del 10 de junio del mismo año fue emitido el Código Penal.
- II. Que en su titulo XIX, referente a los delitos contra la Humanidad, no fue considerada la figura del TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS, como delito; por lo que es conveniente legislar sobre esta materia.

POR TANTO

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los diputados...

DECRETA

Art. 1 Adicionase el articulo 367-A al Código Penal, emitido por decreto legislativo No 1030 de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el diario Oficial No 105, Tomo 335, de fecha 10 de junio del mismo año,

Así:

“TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS

Art. 367-A.- La persona que por sí o por medio de otra u otras, en contravención a la ley, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue, transporte o guíe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Con igual pena, será sancionada la persona que albergue, transporte o guíe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países.

En igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta traten de hacer o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad; o los que utilizaren documentación autentica, cuyo titular es otra persona.

Si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes.

Art. 2.- El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los cuatro días del mes de octubre del año dos mil uno.

WALTER RENE ARAUJO MORALES,
PRESIDENTE.

CIRO CRUZ ZEPEDA PEÑA,
VICEPRESIDENTE.

JULIO ANTONIO GAMERO QUINTANILLA,
VICEPRESIDENTE.

CARMEN ELENA CALDERÓN DE ESCALON,
SECRETARIA.

JOSÉ RAFAEL MACHUCA ZELAYA,
SECRETARIO.

ALFONSO ARÍSTIDES ALVARENGA,
SECRETARIO.

WILLIAM RIZZIERY PICHINTE,
SECRETARIO.

RUBÉN ORELLANA,
SECRETARIO.

AGUSTÍN DIAZ SARA VIA,
SECRETARIO.

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los once días del mes de octubre del año dos mil uno.

PUBLIQUESE,

Francisco Guillermo Flores Pérez,
Presidente de la República.

D. O. N° 193
Tomo N1 353
Fecha: 12 de octubre de 2001.
Adar.

Francisco Rodolfo Bertrand Galindo,
Ministro del Interior y Ministro de Seguridad
Pública y Justicia (Ad-honorem).