



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

***“Análisis Jurídico del Delito de Tráfico Ilegal de Migrantes en el Código Penal
Ecuatoriano”***

**Trabajo de graduación previo a la obtención del Título de Abogada de los
Tribunales de la República del Ecuador**

AUTORA: MARÍA DE LOURDES TAMARIZ AGUILAR

DIRECTOR: DR. JORGE MALDONADO AGUILAR

**Cuenca, Ecuador
2006**

DEDICATORIA

Esta Monografía la dedico a mi abuelo el Doctor Carlos Aguilar Maldonado, profesional del Derecho, quien con su vida de trabajo, estudio, dedicación y honorabilidad, ha sido mi guía y mi ejemplo a seguir, pues gracias a sus sabios consejos, su justicia, su recto obrar y su manera de enfrentar la vida, me ha inculcado y demostrado que en el servicio a los demás y en la vida diaria, debe primar el buen proceder y que la decisión, honestidad, rectitud y justicia tienen que constituir siempre pautas y normas del correcto comportamiento de toda persona que quiere ser alguien en la vida. Para él mi cariño y admiración infinita.

AGRADECIMIENTO

Quiero dejar constancia de mi más sincera gratitud y reconocimiento a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay y a través de ella a todos y cada uno de mis profesores, quienes a lo largo de los cinco años de mi carrera, supieron con dedicación y entrega absoluta brindarme sus valiosos conocimientos. De manera especial a mi profesor y Director de esta Monografía, Doctor Jorge Maldonado Aguilar, quien con sabiduría, paciencia, dedicación y entrega desinteresada, estuvo siempre dispuesto con sus consejos y asesoría permanente, a que este estudio pueda llegar a feliz término.

Tengo que decir gracias infinitas a mis padres quienes a lo largo de mi vida y de mi carrera, siempre estuvieron a mi lado y me apoyaron y me siguen apoyando con sus consejos y presencia diaria.

RESUMEN

Esta monografía tiene como finalidad el Análisis Jurídico del delito del Tráfico Ilegal de Migrantes dentro de la Legislación Ecuatoriana, de sus elementos constitutivos, su verbo rector, la diferencia con el delito de estafa y otras defraudaciones, la institución jurídica de la conversión, la competencia de los jueces y el análisis de algunos fallos de jurisprudencia dictados por Tribunales Penales del Azuay. También, por su vinculación directa con el fenómeno de la migración, se hace una breve referencia a sus causas y consecuencias, pero sólo para entender el por qué el legislador se vio obligado a la creación de este delito en el año 2000, debido a que la migración alcanzó índices alarmantes y produjo la intervención de terceras personas conocidas como coyotes, quienes valiéndose y abusando de la gente más indigente y desprotegida, llevan a cabo una serie de actos delictivos y se benefician y alcanzan elevados réditos económicos en base de un delito.

ABSTRACT

This monography has as a goal the juridical analysis of the misdemeanor of Illegal emigrant traffic in the Ecuadorian Legislation, of its constitutive elements, the difference between the swindle misdemeanor and other defraudations, the conversion Juridical Institution, the judges competition and the analysis of some verdicts of jurisprudence dictated by the Penal Court of Justice of Azuay. Moreover, for its causes and consequences is made, but only to understand better why the legislators found themselves constrained to create laws for this crime in the year 2000, for the fact that migration reached alarming levels and produced the intervention of other people known as “dingos”, who taking advantage of the most unprotected people cause series of crimes, received benefits. And achieved high economic revenues based on a misdemeanor.

Índice de Contenidos

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Índice de contenidos.....	iv
Resumen.....	v
Abstract.....	vi
Introducción.....	1
Capítulo 1: Breve Reseña Histórica sobre la Migración	4
Introducción.....	4
1.1. Consideraciones generales.....	4
1.2. El Problema social ecuatoriano.....	6
1.3. Causas de la Migración.....	9
1.4. Consecuencias de la Migración.....	10
Conclusiones.....	12
Capítulo 2: Terminología.....	14
Introducción.....	14
2.1. Voces y vocablos existentes.....	14
2.2. Exclusión expresa de la llamada emigración golondrina	16
2.3. Conceptos y análisis de migración, emigración, coyotes, Emigrantes nacionales y extranjeros	23
Conclusiones.....	24

Capítulo 3: La tipicidad del delito. Sus marcos delictivos.....	25
Introducción.....	25
3.1. Análisis de los artículos del Código Penal que versan sobre el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes.....	25
3.2. Disertación de lo que constituyen los elementos de una infracción y el llamado verbo rector en el delito del Tráfico Ilegal de Migrantes.....	30
3.3. Breve análisis sobre la Ley de Extranjería y el Protocolo contra el Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.....	37
Conclusiones	40
Capítulo 4: El fuero competente.....	41
Introducción.....	41
4.1. La competencia del Juez en el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes.....	41
4.2. La Institución legal del Código de Procedimiento Penal y la competencia.....	42
4.3. Casos que pueden darse para aplicar esas normas al Delito de Tráfico Ilegal de Migrantes.....	44
Conclusiones.....	45
Capítulo 5: La punición en el delito tratado.....	47
Introducción.....	47
5.1 La punición contemplada en el Código de Procedimiento Penal y su relación con el delito estudiado. Coyotes y migrantes responsables del delito en sus correspondientes grados.....	47
Conclusiones.....	55
Capítulo 6: El inter criminis.....	57

Introducción.....	57
6.1.La concurrencia de infracciones y la penas acumuladas.....	57
6.2.Formas de operar las redes de coyoterismo.....	58
6.3.Los delitos fines y los delitos medios.....	61
6.4.Los delitos fines absorben a los delitos medios: la gravedad de unos y otros y sus represiones legales.....	61
Conclusiones.....	64
Capítulo 7: Estafa, Defraudación y Tráfico Ilegal de Migrantes.....	65
Introducción.....	65
7.1. Confusión entre los delitos de tráfico ilegal de migrantes y las defraudaciones o estafas.....	65
7.2. Legislación comparada: la forma de incriminación del acto punible en estudio.....	67
7.3. La conversión.....	72
Conclusiones.....	74
Capítulo 8: Apuntaciones sobre jurisprudencia del Azuay.....	76
Introducción.....	76
8.1. Archivos legales: análisis y observaciones sobre a fallos jurisprudenciales.....	76
Conclusiones.....	85
Conclusiones.....	86
Bibliografía.....	89

INTRODUCCIÓN

Cuando se trata de emprender en los estudios y meditaciones de la Legislación Ecuatoriana, brota un sentido que se justifica por sí mismo, llevar a cabo todo cuanto es necesario para que, lo nuestro merezca la meditación debida y esmerada, que lleve a conocer, más y mejor todo cuanto constituye el marco legal dentro de cuyos límites viven los ambientes jurídicos de nuestra Patria.

Se ha seleccionado el tema “Análisis Jurídico del delito de tráfico ilegal de migrantes dentro del Código Penal del Ecuador”, no solamente por aquello que se indicó en líneas anteriores, sino por estudiar un delito que tiene apenas cinco años de vida legal y que ha sido tipificado y sancionado por parte de la Función Judicial Ecuatoriana, por necesidades sociales imperativas dadas las circunstancias que han creado en el Ecuador problemas llamemos infinitos.

Nace la mentada ley a raíz de un problema social de inmensas proporciones que se viene sucediendo en el Ecuador. La migración no como hecho normal que sucede en todos los países del mundo, sino como fuente o motivo para la consumación de hechos inmorales, de plena tendencia y realidad delictiva, que obligan al Legislador ecuatoriano a crear la ley que sea represiva a aquellos actos, en el empeño de evitar que la inmoralidad siga tomando rumbos verdaderamente imposibles de tolerarse.

El análisis que se hace en esta monografía es un estudio legal que involucra el tratamiento jurídico, de todo cuanto sucede alrededor de la creación del delito del tráfico ilegal de migrantes, su forma y manera de represión. La delincuencia crea la necesidad de la ley que la controle, la combata y la castigue. Es lógico que el Estado ante su imperiosa necesidad de garantizar la vida de sus ciudadanos y habitantes, busque siempre, las medidas legales, como las más efectivas para detener el avance delincencial

Esta conducta antes de ahora no tenía en nuestra legislación penal, tipificación concreta sino estaba castigada la acción por otras normas, pero es tan grave lo que sucede y lo que acaba de detallarse, que obligó al legislador a crear, aumentando los artículos legales, el delito que sancione con severidad especial, a quienes llevan acabo el acto antisocial delictivo.

El tema no es amplio como cualquier otro, como son otros temas que suelen estudiarse para contar en ellos con doctrina suficiente que sustente y permita encausar toda exposición ya de tesis o monografía.

La migración, como fenómeno social, diríamos que tiene vida eterna, desde la aparición del hombre sobre la tierra, pues el acto migratorio nació con el hombre, pues los primeros seres humanos que habitaron en el planeta, tenían en su incipiente iniciación el nomadismo como forma de vida, al no tener una residencia fija, ni establecerse por un tiempo largo en un determinado lugar. Sólo cuando avanza la civilización formando los núcleos familiares, esta forma de vivir de los hombres, pasa a otra etapa que es el sedentarismo, en la que los seres humanos, gracias a la agricultura, se establecen permanentemente en un lugar.

Las leyes dentro del campo de su interpretación por parte de quienes la respaldan, la amplían y la interpretan, siempre dan lugar a una serie de criterios, ni se diga al tratarse de infracciones nuevas y de creación reciente. Considero que en delitos nuevos el objetivo es más provechoso, pues cuando se da inicios a la legislación y sus aspectos estructurales, nunca dejará de ser plenamente útil aquellos criterios, estudios y sugerencias que se obtengan, para ir delimitando los marcos interpretativos de la Ley

En medio de ese campo esencialmente interpretativo, que permite determinar criterios aplicables, que forma aquello que en medio de lo legal, se llama la hermenéutica (manera de interpretar la ley en un caso concreto), hay que tener presente que el debido tratamiento de una figura penal, se hace partiendo del texto legal, de su redacción, de las fuentes del Derecho tanto nacionales como extranjeras, de las doctrinas jurídicas con sus mentalizados y de la jurisprudencia.

Quiero pues, alcanzar este objetivo, buscando todos los datos relacionados con el delito de tráfico ilegal de migrantes, que haga posible tener con plena claridad, el campo jurídico de estudio esencial, para evitar la aplicación equivocada de la Ley. Para ello se analizará todo cuanto tiene soporte a lo esencial del delito en sí, comenzando por los inicios de la ley, su motivación, trascendencia, su aplicación en medida que sigue pronunciándose la jurisprudencia y tratar de clarificar la confusión que a veces existe entre el delito de tráfico ilegal de migrantes y las defraudaciones y estafas comunes, como a su vez, indicar los aspectos de lo que sucede con la llamada conversión, Institución Procesal creada, también en el Código de Procedimiento Penal de actual vigencia.

En el presente estudio los métodos lógicos deductivo e inductivo permitirán análisis generales y particulares: así el deductivo para la terminología legal y el inductivo para la hermenéutica o interpretación de la ley, aplicando, incluso, la respectiva jurisprudencia existente. El método histórico - comparado servirá como referencia con lo que sucede en la legislación de otros países, para ver cuáles son las corrientes teóricas inspirativas del sistema legal. Finalmente se empleará el método bibliográfico por cuanto se recurrirá a todo material escrito sobre el tema, que sea de utilidad para llegar a mi finalidad propuesta.

CAPÍTULO 1

BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA MIGRACIÓN

Introducción:

En este capítulo se hace una síntesis del problema migratorio a lo largo de la Historia de la Humanidad y se concentra su estudio, también en forma resumida, sobre el problema social ecuatoriano, señalando además las posibles causas y consecuencias que motivan el fenómeno migratorio.

1.1. Consideraciones generales

Como las normas legales positivas sobre el delito de tráfico ilegal de migrantes, resultan del empuje de todos los problemas sociales nacidos sobre la realidad de la migración, degenerada en sus motivos, medios y sistemas por la conducta delictual de los hombres, no se puede abstraer de dar, siquiera sea de manera lo más reducida, comentarios sobre lo que hay escrito frente a la migración.

Antiguamente, hasta hace poco tiempo de nuestras épocas, la migración era un asunto llamemos civil y social, pero no ingresaba en el campo y en el área punitiva penal.

El aumento de la migración a elevadísimos niveles, dio como resultado que esa migración, de campo abierto, sea propicia para la conducta antisocial e incline a los delincuentes a llevar a cabo todo cuanto existe de doloso, para lograr que, la necesidad migrante, sea una fuente inmoral e ilegal de provecho y explotación inmisericorde, a tal punto que la lacra social que se llega a comprobar, motive a que la Legislatura tome en cuenta la necesidad de reprimir, de manera drástica y severa, a los delincuentes que llegan a hacer de la migración motivo de sus desvergonzantes actividades, a tal punto, como se dijera, hacen de ella un motivo

de "industria" con todo lo raro que resulta usar el término, que parece sumamente inadecuado.

La historia nos ayuda a referir lo necesario, estrictamente conveniente y circunscrito, para no desviar el motivo de este estudio, que va al tratamiento de la migración penal.

Se remonta la migración a los tiempos más antiguos (prehistoria) y no ha cesado de existir hasta nuestros días. Cabalmente la distribución y repartición de los hombres sobre la superficie de la tierra resulta ser producto de las migraciones.

Según Max Derruau "se llama migración o movimiento migratorio a todo desplazamiento que lleva consigo el cambio de residencia desde un lugar de origen (lugar de partida) a un lugar de destino (lugar de llegada), que a su vez pueden ser temporales y definitivas, interiores, dentro de los límites de un Estado y exteriores. (Derrau, Max. "Tratado de Geografía Humana".-1999. pág. 125) Otra definición afirma que migración es: "el desplazamiento (duradero o permanente) de personas entre un lugar de origen de partida y un lugar de destino (ALER y otros-2002. pág. 69).

La emigración, movimiento de salida, consiste en dejar el Estado en el que se ha estado viviendo desde el nacimiento o durante mucho tiempo, para dirigirse a otro con la intención de establecerse en el de forma duradera, temporal o definitiva.

Como se indicó, en todas las épocas históricas, han existido migraciones. Así la Diáspora judía es un ejemplo que se remonta a épocas lejanas. Pero, las más importantes tuvieron lugar durante la segunda mitad del siglo XIX. Llegaron a afectar antes de 1914 la vida de 50 millones de personas. Fue, ante todo, un movimiento de salida fuera de Europa, pero grandes contingentes de seres humanos abandonaron también el extremo Oriente. Con exageración se ha dicho, que si desde 1914 a 1918, la migración hubiese continuado al mismo ritmo que en épocas pasadas, que eran períodos de paz, las pérdidas que hubieran ocasionado a Europa, hubiesen sido mucho mayores que las defunciones debidas a la guerra.

La situación de las Américas en esos años es distinta, sobre todo el caso de los Estados Unidos y en escala infinitamente menor Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, que se convierten en países receptores de personas esperanzadas en encontrar un destino mejor. Así Estados Unidos acogió 27 millones de migrantes desde 1850 hasta aproximadamente 1929, inmigración que ha contribuido a convertirles en la mayor potencia económica del mundo y que se mantiene, en el mismo auge, hasta hoy día.

1.2. El problema social ecuatoriano

En el caso concreto del Ecuador el fenómeno migratorio hacia el exterior, comienza a partir de la década de los años sesenta del siglo XX, en forma incipiente, para agudizarse y convertirse en un verdadero problema social en las décadas del 80 y 90 del siglo pasado, incrementándose substancialmente en 1998, año en el que se agudizó la crisis económica, política y social del país, continuando sin variantes hasta nuestros días, por lo que es un hecho indiscutible, que en los últimos años la emigración de los ecuatorianos al exterior, tanto a los Estados Unidos como a Europa (España- Italia) ha sido considerado un fenómeno de creciente magnitud, un delito que a partir del año 2000 está tipificado en el Código Penal y publicado en el Registro Oficial del Ecuador, en donde se asocian, por un lado efectos económicos positivos por las remesas de dinero que vienen hacia el país y por otro las graves consecuencias de índole social, jurídico y económico, que afectan por igual a las familias e individuos.

Sin embargo es necesario recalcar que en el Ecuador se crea el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, no porque se quiera suprimir la migración ecuatoriana, sino porque la delincuencia, comete delitos bárbaros para dar la facilidad de salir al extranjero.

Volviendo pues al punto, son cabalmente las provincias ecuatorianas sureñas (Cañar- Azuay-Loja) las que exhiben los más altos índices migratorios, siendo la gran mayoría de índole ilegal, no registrados en ninguna parte, pero que se evidencian cuando se hacen las comparaciones intercensales de los años 1980, 1990 y 2001 que demuestran que poblaciones rurales y muchos pueblos y aldeas,

se convierten en “pueblos fantasmas” que acogen en sus senos niños, pocas mujeres y ancianos que viven a diario el problema migratorio.

Desde 1998 la migración de los ecuatorianos hacia el exterior se hace notoria tanto desde la perspectiva económica como desde la social, prueba de ello son los montos registrados como ingresos al Ecuador por motivo de remesas enviadas a las familias de los migrantes. La salida es masiva en 1999 año en el que el país vive la más grande crisis bancaria de ese siglo y el posterior proceso de dolarización. Sin embargo con las crisis económicas y posterior dolarización en el país, ya no resultaba conveniente migrar hacia los Estados Unidos, apareciendo como primera opción la Comunidad Europea y dentro de ella los países de España e Italia respectivamente, especialmente en el 2001 cuando la cotización del euro era más alta que la del dólar.

La dolarización afectó directamente a la clase más desposeída de la sociedad provocando como afirma Oswaldo Hurtado el crecimiento de los niveles de pobreza e indigencia en el país, pues disminuyó el poder adquisitivo de la moneda, la economía se contrajo, se incrementó el desempleo, aumentaron los índices de subempleo y el ingreso familiar no podía cubrir los costos de la canasta familiar básica. Por lo que la migración aparece como la panacea, optando los ecuatorianos por ofertar su fuerza de trabajo en el extranjero, al alcanzar niveles de remuneración sensiblemente más altos que en el Ecuador y a su vez los países receptores (Estados Unidos, España, Italia) captaban esta fuerza laboral y la destinaban a realizar trabajos pesados.(HURTADO, Oswaldo. 2001. Deuda y Desarrollo en el Ecuador Contemporáneo, pág 76).

Nuestros migrantes ante la imposibilidad de conseguir visas legales optan por la migración ilegal, endeudándose para viajar, arriesgando lo poco que tenían con la finalidad de alcanzar mayores ingresos económicos, que les permitan cubrir las necesidades básicas de la familia y obtener una mejor remuneración que les ayude a mejorar su nivel de vida y la de sus hijos.

Los emigrantes son preferentemente jóvenes, en su mayoría hijos de familia, pues el mercado globalizado demanda mano de obra joven, cumpliendo los hijos entre

18 y 23 años un rol importante como fuerza de trabajo para enfrentar la crisis económica familiar. En cuanto al sexo, existía al comienzo un predominio del masculino, pero a partir de este siglo dichas diferencias se han equilibrado, incluso según datos de la FLACSO el 67.4% de la población ecuatoriana con residencia y visas de trabajo válidas en España eran mujeres.

Las provincias de Azuay y Cañar, en los últimos tiempos, han exhibido los más altos porcentajes de migración hacia el exterior en relación a su población por problemas de pobreza, desempleo, subempleo, erosión de suelos, poca productividad, muchas de estas causas comunes también a otras provincias del país. Para corroborar lo anterior se presenta el siguiente cuadro.

DESTINO	CUENCA	QUITO	GUAYAQUIL
EE.UU	12.494	10.598	13.561
ESPAÑA	1.415	26.957	23.689
ITALIA	134	2.217	7.808
OTROS	1.244	5.843	8.586
TOTAL	15.286	45.615	53.644

Fuente: Encuesta del Mercado Laboral Ecuatoriano, FLACSO, 2003

Según estudios realizados por el Programa de Población y Desarrollo Local Sustentable (PYDLOS) del 2004 se desprende que alrededor de 116.474 azuayos se encuentran hasta el momento en el exterior, que constituyen el 19.43% de la población total según el IV Censo de Población y V de Vivienda. Igualmente en dicho estudio se señala que el 70% de los migrantes se hallan en calidad de indocumentados en los diferentes países de destino, lo cual quiere decir que de los 116.474 migrantes 81.532 son ilegales. Dentro de esta población de cada 10 migrantes 3 son mujeres, que equivaldrían a 31.215 mujeres en edades comprendidas entre los 19 y 20 años. Es mayor el número de población masculina migrante en Cuenca por ser una migración mayoritaria a Estados Unidos, que emplea canales muy peligrosos en su travesía, en cambio que en Quito y Guayaquil hay una muy fuerte migración femenina a España. (PYDLOS 2004).

Según la estimación de Munford que hace referencia al posible número de migrantes ilegales procedentes de la provincia del Azuay, en relación al Censo de 1990, realizado por la Oficina Estatal de Censos de los Estados Unidos de América, se estableció que alrededor de 8.279 personas se encontraban en el país en calidad de indocumentados. Para el 2001 la cifra de indocumentados subió a 82.240, lo cual significa que en un lapso de 10 años la migración ilegal de nuestra provincia aumentó en un 893.36%.

Realmente se hablan en distintos estudios que el número de compatriotas fuera del territorio patrio, debe alcanzar cifras entre los dos o tres millones de personas, dentro de las cuales los mayores porcentajes son de indocumentados, lo que demuestra cabalmente el trauma y el problema social que ha ocasionado y ocasiona en nuestra sociedad la migración y dentro de ella naturalmente la ilegal.

La migración y dentro de ella la emigración si se siguen los cánones legales de los países de origen, nunca puede ser considerada como delito, pero en los países subdesarrollados, producto de las crisis económicas, sociales y políticas en las que se viven, este problema ha rebasado los límites, llegando a convertirse en delitos, por cuanto entran en juego otros individuos ya delincuentes, los llamados, coyotes o intermediarios, que a base de engaño, acciones dolosas y cobro de ingentes sumas de dinero engañan a individuos ávidos por salir de nuestro país, en busca de mejores días.

La migración es pues un fenómeno social, con resultados negativos, en muchas y repetidas ocasiones.

1.3. Causas de la migración

En todo el mundo y en cualquier época el hombre ha salido de su lugar de origen para dirigirse a otros ya sea por razones psicológicas, como materiales o por persecución. Así las primeras migraciones, como fueron las rurales, se produjeron por los mejores salarios y el espejismo urbano producto de una mayor y mejor industrialización y tecnificación.

Suele decirse que en todo proceso migratorio intervienen dos tipos de presiones contrapuestas: la una de expulsión y la otra de atracción: la primera incide en la decisión individual de abandonar un determinado lugar, que generalmente son áreas rurales o deprimidas, de una escasa productividad agrícola y las de atracción, centros urbanos, que presentan mayores posibilidades y opciones de trabajo, salarios, educación, recreación, etc.

Las causas y motivaciones migratorias son de lo más variadas, ya que la gente sale definitivamente con el fin de obtener prestigio, reconocimiento social y sobre todo mejor remuneración económica. Pero considero que las causas, podrían quedar reducidas a dos únicas: el hambre y la ansia de tener una vida mejor. Los pobres quieren salir para abandonar el infierno desesperante de no tener el pan de cada día y la gente de manera total, anhela conseguir la esperanza de todo ser humano, encontrar un futuro digno y mejor remunerado para él y su familia

En la convención realizada en la Universidad Andina Simón Bolívar, en la ciudad de Quito, como refiere Garby Susy, se tratan todos los problemas de posible observación, que, con motivo de la migración, llegan a tener realidad social, sabiendo que, de manera definitiva, se señala que es la pobreza del medio ecuatoriano y, por ende, de nuestros compatriotas la causa primordial para lo que se ha venido a constituir en el problema merecedor de enérgicas y urgentes medidas, que controlen la salida de los habitantes ecuatorianos a otros países (GARBY,Susy. 2003. pág.17). Indiscutiblemente que la pobreza se ha agudizado producto de la crisis social y política que vivió y vive el país y que en el siglo pasado ocasionó un colapso económico y el cambio de nuestra moneda

1.3.2. Consecuencias de las migraciones:

Son sumamente variadas y afectan desigualmente tanto a los países de partida como a los de llegada. Para los segundos es una acumulación de hombres así las ciudades crecen desorbitadamente, espontánea o irregularmente; las tierras desabitadas se transforman en campos habitados. En las primeras la situación es contraria, el número de hombres disminuye año a año e incluso mes a mes, las ciudades pequeñas pierden su importancia local o regional, los campos antes

cultivados son abandonados, los caminos al no usarse se deterioran, no existe la suficiente producción, etc..

Es quizás el desequilibrio de los sexos y la estructura por edades uno de los hechos más notorios. Así las áreas de partida de los migrantes se empobrecen de hombres y aumenta el número de mujeres célibes, sucediendo lo contrario en las zonas de llegada. Esto tiene un impacto evidente sobre la natalidad. Así en las regiones de llegada existe mucha población joven, menores de 30 años, ansiosas de trabajo, diversiones y educación y en las de origen han quedado los viejos y los niños que partirán cuando crezcan: los viejos morirán y la aldea o pueblo perderá cada vez su importancia.

Las regiones de origen pierden no solamente hombres y mujeres jóvenes en plena potencia reproductiva y de trabajo, sino una inversión económica enorme que es el gasto que ha demandado la crianza y la educación de cada hombre o mujer que emigra, las regiones de llegada ganan gente joven con gran espíritu de trabajo, como también gente formada con salud y en ciertos casos con un adecuado nivel de instrucción, que son hombres y mujeres que les resulta gratis, porque no han invertido nada en ellos.

También hay repercusiones económicas y financieras por el capital que el emigrante, en contadas ocasiones, lleva consigo, pero sobre todo por el capital y la riqueza que ellos generan y que luego envían al país de origen, ya que el migrante, muchas veces, no se olvida de su familia, a quien envía cantidades de dinero que se cruzan en última instancia en una dirección y otra y tonifican, en algunos casos, en forma considerable a aquellas ciudades o campos que han quedado sin hombres.

Hay otros problemas como la calidad del migrante, uno venido de un país industrializado y otro de un país económico pobre. Los migrantes de “calidad” que se instalan en un país poco evolucionado económicamente valorizan al país, crean riquezas, explotan los recursos existentes, pero pueden ocasionar desequilibrios peligrosos como enriquecimiento ilícito, desprecio por el habitante nativo, reforzamiento de la burguesía dominante con la cual pueden unirse a

través de lazos económicos, matrimoniales, financieros, políticos dando incluso apoyo a las dictaduras que les permite trabajar con paz y en casos extremos hasta creando minorías raciales.

Que decir de los problemas familiares al abandonar uno o los dos padres a sus hijos y dejarlos al cuidado de un familiar ocasionando traumas y desequilibrios emocionales, que según algunos estudiosos puede encontrarse aquí una explicación para el aumento de la drogadicción, prostitución y demás actos delictivos.

Conclusiones:

La migración ha existido desde que el hombre habitó en la tierra. Los primitivos habitantes fueron nómadas, no tenían residencia fija, siendo el poblamiento del mundo en buena medida, producto de movimientos migratorios.

En el Ecuador el fenómeno migratorio hacia el exterior, comienza, en forma incipiente, en la década de los años sesenta del siglo XX, y se agudiza en las décadas del 80 y 90 del siglo pasado, incrementándose substancialmente en 1998, año en el que se agudizó la crisis económica, política y social del país, continuando sin variantes hasta nuestros días, por lo que es un hecho indiscutible, que en los últimos años la emigración de los ecuatorianos al exterior, tanto a los Estados Unidos como a Europa (España- Italia) ha sido considerada un fenómeno de creciente magnitud, un delito que a partir del año 2000 está tipificado en el Código Penal y publicado en el Registro Oficial del Ecuador,

Son las provincias ecuatorianas sureñas (Cañar- Azuay-Loja) las que exhiben los más altos índices migratorios, la gran mayoría son de índole ilegal, no registrados en ninguna parte, pero que se evidencian cuando se hacen las comparaciones intercensales de los últimos años, que demuestran que poblaciones rurales y muchos pueblos y aldeas, se convierten en “pueblos fantasmas” que acogen en sus senos niños, pocas mujeres y ancianos que viven a diario el problema migratorio.

Hasta antes del año 2000 la migración era un asunto llamemos civil y social, pero no ingresaba en el campo y en el área punitiva penal.

CAPÍTULO 2

TERMINOLOGÍA

Introducción:

Capítulo en el que se señalan algunas voces y vocablos existentes sobre la migración, junto con un análisis de la llamada emigración golondrina, para concluir el mismo con conceptos sobre migración, emigración, coyotes y emigrantes nacionales y extranjeros.

2.1. Voces y vocablos existentes

Antes de que en la República del Ecuador (año 2000) se dé la tipificación expresa del delito de tráfico ilegal de migrantes, existían distintas maneras de enfocar este fenómeno social, que vienen a ser como los pasos previos o los antecedentes que motivarán la necesidad de la creación del delito concreto dada la proliferación de delincuentes que se han aprovechado de la gente ingenua, para explotar y perjudicar sin límites, haciendo de los manejos fraudulentos un modo de vida a base del dolor ajeno.

Por eso es necesario dejar escrito el presente capítulo que versa sobre el punto atinente a ver cómo y de qué manera se veía la migración dentro del campo general no delictivo, sino como otro de los aspectos sociales que inquieta la vida de los pueblos.

En la obra Diccionario de Derecho Usual del Doctor Guillermo Cabanellas, Tomo II, Página 36, se lee al respecto lo siguiente:

“Emigración. Fenómeno social, económico y político a la vez, consistente en el abandono voluntario que uno o muchos individuos hacen de su patria para ir a establecerse en otro estado con el objeto de aprovechar facilidades de trabajo, oportunidades de negocios y a veces la simple tranquilidad. Entre los motivos determinantes de la emigración figura, en primer término el deseo de mejora salarial por las iniciativas industriales o mercantiles; pero existen también impulsos meramente negativos cuando la emigración pretende librarse de persecuciones políticas, de adversidades económicas (privadas y nacionales), de ciertas sanciones penales, e inclusive para evadir el sistema militar obligatorio, causa esta última que años atrás era peculiar en la juventud inculta temerosa y nada patriota de algunos pueblos latinoamericanos.

La importancia que en las naciones Americanas se concede a la emigración entre los países limítrofes, se revela patente hasta en los textos constitucionales. En tal sentido el preámbulo de la Constitución Argentina de 1949 que reproduce con ligeros retoques, formula un exacto llamamiento “para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, abierto a ellos. El derecho de emigrar ejercido rarísima vez por el argentino nativo, está reconocido en el artículo 26, donde se admite el derecho de todos los habitantes de la Nación para salir del territorio argentino. Esta facultad estatal de dirigir y hasta prohibir la emigración se funda en factores como la falta o exceso de población y la de mano de obra. Por lo general, las trabas opuestas a la misma terminan burlándose por procedimientos más o menos hábiles o clandestinos”.

Lo citado anteriormente enfoca una forma de mirar el problema en el Ecuador y así mismo, ya se dice aquello de procedimientos clandestinos y hábiles para hacer que la migración se consuma.

En esos procedimientos indudablemente dolosos, delictivos, tuvo que basarse el Ecuador, para crear el delito de tráfico ilegal de migrantes, como uno de los medios de combatir lo que no tiene respaldo en la ley y en las buenas y sanas costumbres.

2.2. Exclusión expresa de la llamada emigración golondrina dentro de los conceptos argentinos, aplicables al Ecuador.

“Emigración Golondrina. Aquella en la cual los migrantes no tienen el propósito de establecerse permanentemente en otro país, sino el de cumplir ciertos trabajos y regresar luego a su patria. En España son características, por la frontera pirenaica, la de los españoles que acuden a las Vendimias francesas, y la de los portugueses que pasan a cosechar el trigo y otros cereales, a las regiones históricas limítrofes para ellos.

Emigrante. Abandonar la patria para residir en el extranjero”. (Diccionario de Derecho Usual del Doctor Guillermo Cabanellas).

Se nota que para tiempos de la reseña hecha lo referente a la emigración conllevaba necesariamente, el salir de un país a otro, pero siempre, con fines de cambiar la residencia y domicilio. No comprendía aquellos que solo circunstancialmente salían para retornar en lapsos pequeños. Si acaso cabe una observación se podría decir que en general, al tratarse de aspectos turísticos, la emigración nunca se daba.

El mismo autor completa sus criterios con otros:

“Migración. Paso de un pueblo de un territorio a otro para establecerse en él. Aun cuando pueda emplearse como sinónimo de emigración (v. e. v.), expresa el fenómeno colectivo e histórico de gran trascendencia, conforme a su plan, guiado por un propósito y movido por un impulso de mejora o ambición. Como formas principales que adopta se mencionan: la invasión, la conquista, la colonización y la inmigración. (v.e.v.).

Cuando ya se tiene que ingresar en el área típica del derecho sancionador, todos estos aspectos quedan como historia de tiempos pasados, pues la figura típica se conforma con caracteres punitivos que es lo que interesa rescatar.

Don Joaquín Escriche, en su “Diccionario Razonado” nos enseña asuntos que en lo medular, son transcritos a continuación:

“Emigración. En sentido lato es el abandono que una persona o familia hace de su país para pasar a otro y se aplica más específicamente a la salida de un español fuera de su patria para establecerse en el extranjero.

El que renuncia para siempre a su patria, dice un filósofo, le hace todavía más daño que el que se quita a él mismo la vida; porque éste le deja todo a su país y aquel le priva de su persona y de una parte de sus bienes. Y, por qué se ha de castigar la emigración como si fuera un crimen?. Cómo puede ser justo erigir en delito el acto de un hombre que deja un país donde se hallaba, para pasar a otro donde espera pasarse bien?.

Mientras esto no sea así, lejos de merecer castigo, es digna de compasión la desgraciada suerte de aquellos hombres que se ven forzados a abandonar el suelo natal privándose de las dulzuras que acarrea el trato de los suyos, y lanzándose en la incertidumbre de un porvenir oscuro y desconsolador, porque seguramente nadie hace estos sacrificios tan penosos, sino poniéndose en guerra abierta con sus sentimientos más naturales. Así es que la ley de Felipe IV, que prohibía la salida del reino con casa y familia, no está en observación, y puede por lo tanto repudiarse caduca.”.

En la “Enciclopedia Jurídica Omeba”, se encuentran datos referentes a la migración, que vale la pena transcribirlos, para que este fenómeno social, que tiene tipo universal, quede debidamente enmarcado, ni se diga en todo cuanto puede aplicarse a la República del Ecuador.

Algunos de sus aspectos primordiales son:

“La historia de la humanidad sobre el planeta es quizá la historia de sus migraciones: a veces bajo el imperativo de la aventura, de la búsqueda de nuevos horizontes, a veces empujados por el hambre y la crueldad del medio físico; otras, arrastradas por el empuje violento de la guerra y de la conquista. No hay noticia de que un continente se haya quedado estático por varias generaciones.”

“Llámesese a este “libertad de movimientos, derecho natural o derecho innato, según se hallan divididas las escuelas filosóficas y sociológicas, es evidente que

en todos los tiempos se ha consagrado, sin más que algunas limitaciones, el derecho a abandonar el solar y desplazarse por este mundo ancho de Dios.”.

“Y esta circunstancia de que las emigraciones son constantes y se tornan cada día más efectivas, ha creado un fenómeno social-político de basta trascendencia, que los especialistas han intitulado cosmopolismo.” (Enciclopedia Jurídica Omeba).

Queda escrito aquello fundamental que comprende al Ecuador en sus tiempos contemporáneos. El fenómeno de migrar existe. Da lugar a que se trate el problema dentro, incluso, de especialidad y lo que atañe a nuestro criterio, motiva la existencia del tráfico ilegal de migrantes, que típicamente puntualizado es hoy ley del país.

Dentro de lo que se puede leer de la obra mencionada, existe algo que es de sumo interés: la afirmación y demostración de que, en los países que se citan, por igual, todos tienen legislación debida para orientar y controlar la llegada de migrantes, pero siempre dejando a la soberanía de todos los estados, su derecho propio, infranqueable, para legislar, lo que cree oportuno, haciendo respetar su soberanía, pero respetando en forma concreta, la soberanía de las otras naciones. Y, lo apuntado mira a la forma y manera de afrontar los graves problemas que la emigración llega a producir.

Vale la pena en esta ocasión recordar estos pasajes que mucho dicen de los problemas eternos de la migración. Lo que es, así mismo, digno de acotarse es que, jamás se pensó que la migración iba en un tiempo a convertirse en un problema social, que llega a imponer a los legisladores, la creación del Tráfico Ilegal de Migrantes.

Han cambiado los tiempos. Han cambiado las leyes, incluso, porque el fenómeno social de la migración toma alarmantes dimensiones, existe literatura que trata de enfocar los aspectos que llevan a las debidas meditaciones. No es del caso fijar muchos de los trabajos, pero tratando de cumplir mejor esta tarea, haré una pequeña reseña de aquello que considero de importancia.

En la colección de obras llamada “Antología de las Ciencias Sociales”, se publica el libro denominado “Población, Migración y Empleo en el Ecuador”, cuya autoría corresponde al señor Santiago Escobar, reuniendo la labor de trece escritores, entre los que contamos a César Cisneros, David A. Preston, Hernán Ibarra, Luciano Marines y nueve escritores más.

En cuanto a la migración se dice:

“La perspectiva de este artículo es analizar la migración como un fenómeno ligado al desarrollo de las actividades mercantiles que marcarían el paso hacia profundas transformaciones... en las economías domésticas. Sin desconocer que la migración pueda ser examinada como una estrategia de sobrevivencia e inclusive de resistencia de los grupos campesinos frente al avance de las relaciones de producción capitalista, es preciso ampliar su discusión hacia los impactos económico-sociales en las formas de reproducción de la familia campesina”.

“Así pues la migración ha llevado a una reestructuración de las estrategias tradicionales de las comunidades sobre todo en cuanto se refiere al uso de la mano de obra. El capitalismo ha instaurado una modalidad de transformación lenta de las relaciones de producción, descargando todo el peso de la reproducción de la mano de obra en la economía campesina. Cada vez, con mayor intensidad, el capitalismo deja un mayor espacio para la producción campesina reduciendo la posibilidad de autosubsistencia de los productores”. (ESCOBAR, Santiago, MARTINEZ, Lautaro y otros “Población, Migración y Empleo en el Ecuador”, pág.72).

Es una visión socio-económica de la migración, con resultados y estudio de fuentes. Es un problema nacional en el que, por desgracia, el Tráfico Ilegal de Migrantes, que es como se denomina el delito en estudio, explota, precisamente, a la gente más desposeída del país, principalmente al campesino, a puntos extraños de imposible tolerancia.

Así mismo pensamos necesario acudir al libro del doctor Luis Carpio Amoroso, titulado “Migrantes” del que se extrae lo siguiente:

“Migración Externa. Este fenómeno se ha constituido en uno de los problemas principales que actualmente afronta el país, en las provincias del Cañar y Azuay. Es el tema que más tiempo consume en su enfoque y tratamiento; el que más reuniones ha convocado y producido, desde grupos de amigos y familiares, personalidades propias y extrañas, instituciones representativas, etc., hasta los diversos estamentos estatales, nacionales y extranjeros. El tópico ha consumido más chorros de tinta de periódico, cintas de grabadoras y videos que cualquier otro. Hablar de migración, desde el Ecuador es referirse a la actual estructura como nación; quizás su futuro y destino dependa de su nuevo quehacer, de la necesidad impostergable de afrontar con la seriedad y convicción mundial, más aún de país, lo que viene siendo noticia diaria en el contexto internacional.

Las constantes transformaciones negativas que el Ecuador ha experimentado, sus incansables etapas de crisis institucional, moral, económica, política y de otra índole, han acarreado situaciones inhumanas que rayan en la más absoluta miseria de la gran mayoría. El desempleo, los salarios de hambre, la corrupción galopante, la caducidad de las leyes, la falta de apoyo a los agricultores, ganaderos, artesanos e industriales, la ausencia de desarrollo empresarial, etc., han dado lugar al inicio y crecimiento de una verdadera y ya casi incontenible oleada migratoria de la población hacia otros países, fenómeno que empezó a notarse, especialmente, en los últimos cincuenta años. Primero fueron pequeños grupos de migrantes, quienes encontraron su nuevo destino al salir al exterior; lo hicieron de preferencia y por varios años a Venezuela. De igual manera se dio otra corriente migratoria de ecuatorianos hacia el Canadá y, con mayor fuerza, hacia Estados Unidos de Norteamérica, ruta que tiene un enfoque peculiar”. (CARPIO, Luis, pág 89).

Lo citado es amplio, pero lo que interesa es saber que el problema de la migración abunda en datos, pero hasta hace poco, como ya se tiene dicho, no determinó - como sucede después - la creación de la delincuencia típica del Tráfico Ilegal de Migrantes, que es lo tratado y lo que contiene este estudio.

Sólo para agregar un dato más, se encuentra que, en los últimos tiempos se ha intentado señalar el número de migrantes ecuatorianos en el exterior, que afirman sobrepasan los tres millones de personas cifra la misma que es monstruosa atendiendo la poca densidad poblacional que el Ecuador tiene, pues saber los que se han ido equivale a confirmar el grave problema que tiene el aspecto.

Y, sobre esa gravedad social, viene todavía el actuar delictivo, a puntos tan álgidos que obligan a la Función Legislativa, a crear el delito para que las víctimas de él, tengan alguna protección del Estado, pues siendo en gran porcentaje, de pequeñísima capacidad, abusan de ella los coyoteros y los traficantes migratorios, para vivir, cómodamente y crear hasta fortunas elevadas, a base de su proceder delictual.

La reseña llevada a cabo es suficiente. Queda visto, siquiera sea en forma sintética el problema de la migración como problema agudo en la sociedad ecuatoriana.

En la tesis (inédita) de Gabriela Eljuri titulada “Migrantes de Azuay y Cañar en el Gran Nueva York: Cultura e Identidad”, se encuentra ya algo muy adecuado al delito del Tráfico Ilegal de Migrantes, en cuanto refiere y estudia el aspecto referente a las formas y los modos de llevar a cabo el mismo por parte de los infractores de la Ley.

Aquí la transcripción del texto:

“Los coyotes constituyen una pieza clave de la migración, su trabajo es el de ayudar al migrante indocumentado a cruzar las fronteras, pero “esa ayuda” consiste en un negocio muy lucrativo a costa del deseo de las personas de llegar a un país con mejores condiciones económicas.

Hoy en día el coyoterismo se ha convertido en toda una industria, ya no son personas individuales, sino se trata de redes de personas, estas redes no sólo tienen un carácter familiar, es decir familias donde varios miembros trabajan en este negocio, sino además se trata de redes internacionales, redes organizadas que cuentan con personas o contactos no sólo a ambos lados de la frontera México-

Estados Unidos, sino en los otros países que conforman la ruta de los migrantes, como Colombia, Honduras, Nicaragua, Salvador y Guatemala.

Estas redes tienen contactos para diversos servicios, desde el momento mismo del trato hay coyotes involucrados con los chulqueros que son quienes facilitan el dinero a cambio de intereses e hipotecas muy altas, además hay quienes se encargan de falsificación de los documentos, de la adquisición de los boletos aéreos, quienes solucionan los problemas de hospedaje, contactos con ciertas autoridades o tramitadores en las diferentes fronteras que permiten el paso de los indocumentados, los baiseros en la frontera Guatemala -México. Hay además coyotes que pagan a los intermediarios conocidos como “polleros”, guías de indocumentados o “gancheros”, para que hagan el trabajo y a la vez ellos librarse de cualquier pena legal, en fin los contactos y miembros de esta red son muchos. Cabe también señalar la relación de ciertos coyotes inescrupulosos con los “asaltapollos” o “bajadores” que son los delincuentes que despojan a los migrantes de su dinero y pertenencias.

El coyoterismo constituye toda una industria muy bien organizada que agrupa una gran red de actores, hay quienes hoy en día hablan de coyote inc., como un negocio en todo el sentido de la palabra y, definitivamente la industria del coyoterismo es muy rentable...”. (ELJURI, Gabriela, pág. 62).

He aquí unas cuantas líneas que se refieren a la industria del fenómeno de la migración, que se califica ya como una “industria”. Así como ayer se hablaba del turismo como la industria sin humo, hoy el Tráfico Ilegal de Migrantes y el Coyoterismo se dice, tiene ya nombre de industria.

Parece espantoso que grupos de delincuentes puedan considerarse industriales en lo referente al desenvolvimiento de una infracción penal.

No se llega con los trabajos enunciados al punto legal que interesa, pero sirve para saber modos y formas, que adopta el tráfico ilegal que es la base integral del delito que nace de la migración de los ecuatorianos, pues tenemos ya forma positiva, tipo legal, que busca castigar el delito (industria dicen) que se ha vuelto forma ilícita en la que pululan los delincuentes.

2.3 Conceptos y análisis de migración, emigración, coyotes, emigrantes nacionales y extranjeros

Pero así mismo, mencionaré dentro de esta capitulación, algo que merece cita textual. Me refiero a algunos términos académicos constantes en el Diccionario de la Lengua Española, que se refieren a la tipificación, historia, modalidades y más aspectos de la infracción estudiada, pues por lo regular, habiendo desde luego excepciones, los términos legales de la norma jurídica utilizan las palabras en el mismo sentido y en el mismo significado, que tienen en la Real Academia.

“coyote.-Persona que se encarga oficiosamente especialmente para los emigrantes que no tienen los papeles en regla mediante una remuneración”

“emigración. 2. Conjunto de habitantes de un país que trasladan su domicilio a otro por tiempo ilimitado, o en ocasiones temporalmente. Golondrina.- f. Aquella en que el emigrante no va a establecerse en otro país, sino a realizar en él ciertos trabajos y después volver a su patria.”

“emigrante. Que emigra. 2. Dicho de una persona que se traslada de su propio país a otro generalmente con el fin de trabajar en él de manera estable o temporal.”

“defraudación. Acción y efecto de defraudar”

“Defraudar. Privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que toca de derecho. 2. Frustrar desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o en algo.”

“estafa 1. Delito consistente en provocar un perjuicio patrimonial a alguien mediante engaño y con ánimo de lucro.”

“ilegal. Que es contra la ley”

“ilegalidad. Falta de legalidad”

“hermenéutico, ca. 2 f. Arte de interpretar textos y especialmente de interpretar textos sagrados.”

“comercio. Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercaderías.”

“tráfico. 3. Hacer negocios no lícitos.”

Lo transcrito será útil para que se sepa el por qué del uso de los vocablos en mención, en exacta forma de usarlos dentro de las exposiciones que tienen por finalidad estudiar el tráfico ilegal de migrantes, como delito específico de nuestro sistema jurídico- penal.

Conclusiones:

La migración implica el deseo de salir definitivamente de un país a otro, en cambio la emigración golondrina es aquella que mueve a la gente a salir para volver en lapsos pequeños, no es propiamente problema migratorio sino que entraría dentro de salidas y viajes turísticos. Este tipo de migración no implica acto doloso, es una migración legal, pero la mayoría de las corrientes migratorias que actualmente se dan en el Ecuador, que son ilegales, requieren de una serie de procedimientos clandestinos, hábiles, delictivos y dolosos para hacer que ésta se consuma y realice.

La migración en la sociedad ecuatoriana constituye un problema agudo y es el que ha impulsado el establecimiento del delito de tráfico ilegal de migrantes.

Dentro de la migración constituyen piezas claves los coyotes, personas que tienen contactos y redes nacionales e internacionales debidamente organizadas. Son los encargados de la falsificación de documentos, adquisición de boletos de viaje, contactos con ciertas autoridades o tramitadores que se aprovechan del ansia de determinados grupos sociales por migrar en busca de días mejores

CAPÍTULO 3

LA TIPICIDAD DEL DELITO. SUS MARCOS DELICTIVOS

Introducción:

Dentro de este capítulo se realiza un análisis de los artículos del Código Penal que versan sobre el delito del Tráfico Ilegal de Migrantes, a más de los elementos que constituyen una infracción y del llamado verbo rector, para concluir con un breve análisis de la Ley de Extranjería y el Protocolo contra el Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

3.1. Análisis de los artículos del Código Penal que versan sobre el Tráfico Ilegal de Migrantes

Toda estudio no solo dentro del campo de materias penales, sino incluso en otras áreas diferentes, tiene, en sí mismo una justificación: tratar los problemas sociales dentro de cuyos linderos vive una nacionalidad, un Estado.

En los últimos lustros el Ecuador a través de la problemática de la migración, ha visto como la actividad delictual ha tomado cuerpo y poco a poco, ha ido elevándose a tal punto, que no queda otro camino que no sea tratar de eliminar, por medio de la ley todo cuanto perturba la paz social y a la vez garantiza derechos obligatorios a todos los hombres que necesitan vivir bajo los cuidados del Estado, como ente de derecho real.

Los medios de comunicación social, las entidades ciudadanas, los grupos ciudadanos, es decir todos cuantos formamos una nación, nos hacemos presentes frente al problema jurídico y moral, que nace de la llamada migración, que dejó que los antisociales hagan de la suya, cometiendo actos delictivos imponderables.

Por eso es que el Congreso de la República del Ecuador, acogiendo todo lo indicado, dictó las reformas debidas al Código Penal con lo que instaló en el Ecuador el Delito de Tráfico Ilegal de Migrantes.

Por elementales criterios formales, es necesario y es indispensable que, en este estudio, se comience por transcribir la ley creativa de ese tipo legal, en cuanto en tanto consta ya en el Código Penal vigente, dentro de la legislación codificada, por parte de la Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizada hasta el mes de Agosto del año 2005; transcripción que resulta ser la que se lee en la página 85 de ese libro, que en su texto literal dice:

“Capítulo XII.

DEL TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES.

Art. 440-A (440.1).- (Tráfico ilegal de migrantes).- El que por medios ilegales facilitare la migración de personas nacionales o extranjeras hacia otros países, siempre que ella no constituya infracción más grave será reprimido con la pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años.

Art.- 440- B (440.2).- (Sanción por lesiones previsibles).- Si a consecuencia de los actos de ejecución del Tráfico ilegal de migrantes sufrieren lesiones previsibles de aquellas contempladas en los Artículos 465,466 y 467 de este Código, se impondrá a quienes hayan facilitado las migraciones ilegales, una pena de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, según la gravedad de la lesión y en caso de muerte la pena será de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.”

El último artículo de los transcritos, ampara los derechos de las personas, en lo atinente a lesiones o muerte, se refieren, como puede comprobarse en esa fuente legal, a los casos siguientes, en su orden de cita:

Lesiones con enfermedad o incapacidad que no excedan de noventa días (si los golpes o heridas han causado una enfermedad o incapacidad para el trabajo, que pase de treinta días y no exceda de noventa.)

Lesión con incapacidad superior a noventa días, enfermedad grave o pérdida de órgano no principal. (si los golpes o heridas han causado una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, que pase de noventa días, o una incapacidad permanente para los trabajos a que hasta entonces se había dedicado habitualmente el ofendido, o una enfermedad grave, o la pérdida de un órgano no principal.)

Lesión con enfermedad incurable, incapacidad permanente o mutilaciones. (si de golpes o heridas ha resultado una enfermedad cierta o probablemente incurable, o una incapacidad permanente para el trabajo, o una mutilación grave o la pérdida o inutilización de un órgano principal.)

Hay una circunstancia que es digna de anotarse dentro del campo de la interpretación de la ley, conocer los considerandos previos a la redacción de una norma jurídica, que la legislatura escribe motivando y diciendo siempre el por qué del articulado que viene.

Por eso haré la transcripción de las reformas que son motivo de este estudio, pero con los debidos considerandos legislativos, que orientan a la hermenéutica a la que se llegará en su momento.

“El Congreso Nacional, Considerando:

Que la Constitución Política de la República en su Artículo 23, numeral 4, prohíbe el tráfico de seres humanos en todas sus formas;

Que la difícil situación económica por la que atraviesa el país, así como los altos índices del desempleo, han hecho que muchos ecuatorianos busquen salir al extranjero, pretendiendo encontrar mejores condiciones de subsistencia y trabajo, para alcanzar un nivel de vida digno para ellos y sus familias;

Que dicha situación ha llevado a que personas desaprensivas lucren de la necesidad de quienes buscan salir del país creando una verdadera industria de tráfico ilegal de migrantes;

Que este tráfico ilegal de migrantes atenta contra la vida, la integridad y la dignidad de las personas, a más del perjuicio económico que se les ocasiona, creando en muchos casos falsas expectativas de encontrar mejores condiciones de vida;

Que es necesario incorporar en la legislación ecuatoriana, normas que sancionen de manera drástica este tipo de prácticas, que tanto daño han causado a muchos ecuatorianos, tanto en lo económico, como en lo personal y familiar; y

En ejercicio de la atribución que confiere el numeral 5 del Art. 140 de la Constitución Política de la República , expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

Art.1.- En el Título IV del libro II del Código Penal, a continuación del artículo 440 añádase lo siguiente:

CAPÍTULO XIII DEL TRAFICO ILEGAL DE MIGRANTES.

Art. 440-A (440.1).- (Tráfico ilegal de migrantes).- El que por medios ilegales facilitare la migración de personas nacionales o extranjeras hacia otros países, siempre que ella no constituya infracción más grave será reprimido con la pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años.

De igual manera es menester que quede escrito y transcrito en lo necesario, los considerandos y los textos que se refieren al acto legislativo que motivó la reforma constante del Art.440-B, como precisó otras circunstancias atinentes a la forma como el Estado Ecuatoriano trató el fenómeno social de la llamada migración.

R.O. No. 716, de 2 de Diciembre del 2002.

“Congreso Nacional. Considerando:

Que la referida ley Reformatoria, establece como tipo penal la acción de “facilitar por medios ilegales el tráfico ilegal de personas hacia otros países;

Que dicha norma, es insuficiente para combatir y sancionar este tipo de prácticas de tráfico ilegal de personas, pues no contempla sanciones para acciones concretas que posibilitan el tráfico ilegal de migrantes, como son la falsificación de pasaportes y documentos de viaje;

Que la reforma no establece responsabilidad alguna, cuando a causa del tráfico ilegal de migrantes, se produce lesiones o la muerte de los mismos, situación que se produce de manera muy frecuente, y,

En el ejercicio de la atribución conferida en el numeral 5 del artículo 130 de la Constitución Política de la República, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

Art.1.- Sustitúyase el artículo 343 del Código Penal por el siguiente:

Art.343.- El que hubiere imitado o falsificado un pasaporte o cualquier otro documento público de viaje, nacional o extranjero, o hubiese hecho uso doloso de los referidos documentos, será reprimido con la pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años.

No tendrá responsabilidad alguna quien haya inducido a utilizar tales documentos, cuando sea víctima del tráfico ilegal de migrantes.”

Art.- 440- B (440.2).- (Sanción por lesiones previsibles).- Si a consecuencia de los actos de ejecución del Tráfico ilegal de migrantes sufrieren lesiones previsibles de aquellas contempladas en los Artículos 465, 466 y 467 de este Código, se impondrá a quienes hayan facilitado las migraciones ilegales, una pena de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, según la gravedad de la lesión y en caso de muerte la pena será de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.”

3.2. Disertación de lo que constituyen los elementos de una infracción y el llamado verbo rector en el delito de tráfico ilegal de migrantes.

La hermenéutica legal como el acto de saber deducir lo que la norma jurídica expresa y significa, tiene para el caso del Tráfico Ilegal de Migrantes algo que es absolutamente necesario precisar.

Los elementos constitutivos de la figura penal se deducen casi siempre de lo que está escrito en la norma que incrimina y sanciona una infracción punible. Pero, a veces, se tiene que recurrir, para saber deducir estos elementos, a la ubicación que, en la formación de todo Código, se encuentra determinando dentro del libro, el capítulo, el párrafo entre de cuyos aspectos está el artículo que se trata de interpretar.

En la casi generalidad de los casos la norma es suficiente para obtener su interpretación, su sentido, su significado. Pero existen muchas excepciones en las cuales se tiene que recurrir al método expositivo del Código, para poder encontrar los elementos constitutivos o integrantes de una figura jurídico-penal.

Se afirma esto porque en el delito de tráfico ilegal de migrantes, hay que recurrir a lo que estamos sugiriendo.

El texto mismo del Art. 440-A del Código Penal Patrio, define el delito en mientes, pero es indispensable saber que cuando se señala en el libro II, Título V, Capítulo XII, habla claramente del Tráfico Ilegal de Migrantes, dentro de los delitos que tutelan la seguridad Pública, que significa saber que el tráfico ilegal de migrantes, tiene, en sus elementos, que fijar el acto punible sancionado, cuando este acto ataca la seguridad pública, por medio del tráfico ilegal de migrantes.

Se dice lo señalado por cuanto, el texto mismo del Art. 440-A, no dice nada sobre el tráfico ilegal de migrantes, sino que habla de medios ilegales, de manera genérica, cuando en rigor de verdad es el comercio ilegal, el elemento constitutivo del delito en estudio. Sobra decir que hay diferencia entre las dos expresiones típicas, pues los medios ilegales no son lo mismo que los actos de tráfico ilegal.

En lo uno, medios es algo general, y en lo otro, el tráfico ilegal es el comercio doloso, que tiene valor calificante cuando el acto antisocial ingresa dentro de la actividad comercial, lucrativa y productiva, al llevar a cabo lo necesario para que se produzca la salida del país de los migrantes.

Por eso es que a base de todo lo indicado concluyo que los elementos constitutivos de la infracción de tráfico ilegal de migrantes, vienen a ser los siguientes:

- 1.- Tráfico o medio ilegal facilitando la migración de nacionales ecuatorianos o extranjeros.
- 2.- Conseguir la salida, migración desde el Ecuador a otros países; y
- 3.- Que la acción delictiva no constituya delito más grave.

Cumplidos todos estos requisitos formales se habría dado el delito de tráfico ilegal de migrantes.

Por lo mismo es necesario estudiar los aspectos sugerentes a cada uno de los elementos cualificantes de la infracción específica dada.

1.- Tráfico o medio ilegal facilitando la migración de ecuatorianos nacionales o extranjeros.

Sin que se llene a plenitud este requisito llamémoslo inicial, el delito no se conforma, no tiene vida.

La conducta del delincuente tiene que constituirse con el acto penal consistente en el tráfico ilegal, es decir con el comercio en el que se hace negocios, pero no lícitos.

El acto humano tiene que ser esencialmente doloso, pues es imposible, en el caso que se estudia que se haga negocio fraudulento culposo. No cabe negligencia. Cabe solamente afán de causar daño, que es el que engendra el dolo ya que el tráfico se hace engañando, abusando de la confianza ajena, aprovechando la inocencia del engañado, es decir llevando a cabo todo cuanto es posible para

alcanzar el rédito económico que existe en todo comercio, en todo tráfico, al que dedica su actividad el delincuente en medio del género de este delito.

Sobra decir que lo ilegal, lo contrario a las normas jurídicas, a que recurre el traficante al cometer su delito, está siempre, en contra de la ley por la misma naturaleza del acto comisor. Los modos de quebrantar la ley pueden ser y son totalmente diversos, pero todos ellos tienen, como base, la malicia y la mala fe, propios de toda acción delincencial.

Siempre se repite y se asegura que todo delito, sea de la naturaleza que fuere y todo articulado que prevé el delito y su sanción condigna, tiene, en su texto el llamado verbo rector.

El verbo rector o el verbo, simplemente, que se usa en la tipificación de un delito es, pues la base para su debida interpretación y aplicación a la conducta humana reprimida.

En el caso del elemento descrito el verbo rector será el de traficar, comerciar, con medios ilegales, para que allí pueda cumplirse el mandato legislativo constante en la ley creada dentro del repertorio penal correspondiente, en este caso el Código Penal del Ecuador.

Si se llegara a precisar las formas conocidas del verbo traficar, ilegalmente desde luego, hay que decir que dentro de nuestro país, el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, ha dado vida a una verdadera empresa delictual, que se dijo en su tiempo, constituye una verdadera industria.

Existen coyoteros organizados nacional e internacionalmente. Trabajan en equipo. Con malicia totalmente meditada. Son los engañadores al servicio del delito en plena explotación de ecuatorianos o extranjeros, que no pueden salir, emigrar del país por medios legítimos y encargan la gestión al coyote que es quien realiza todas las gestiones indebidas hasta sacar del país al interesado.

Es, así mismo, de diaria comprobación como el coyote, el traficante ilegal, para alcanzar la finalidad del migrante falsifica pasaportes, cédulas de identidad,

papeles oficiales, autorizaciones para salir de las fronteras, teniendo hoteles a su mano, gente que, en forma dañina, colabora con ese fin ilícito.

Para ello los honorarios que se fijan son altísimos. Cantidades que para reunirlos, obligan a los interesados viajeros, a préstamos alcanzados de los que son otra lacra social y que se denominan usureros, cuyos préstamos nunca bajan del 5, 6 y hasta el 10 por ciento mensual, haciendo que los interesados o sus parientes les hipotequen sus terrenos y den pactos de retro venta de sus tierras, sabiendo que si acaso la aventura de la migración no rinde los frutos económicos esperados –que es de mucha constancia- llegan a los remates de las propiedades comprometidas y quedan en la miseria quienes ofrecieron la garantía de sus bienes

De tal manera que un delito como el tráfico ilegal de migrantes, que tenga verdadera resonancia social, con problemas inmensos, es precisamente éste, que vive unido al delito de usura, que, también, tiene ley y tipo penal especial, pero que no redime con su aplicación los daños mismos que sufren los migrantes y sus familias por múltiples y diversas causas, que llevan a la impunidad en que viven los delincuentes.

Por razones que dentro del tratamiento del asunto se harán, es menester indicar que los traficantes de la migración, actúan en diversos lugares del país, en distintas ciudades y cantones y tienen actividad según sea la mejor forma de engañar los controles de migración. Puesta la meta en Norte América, España, Italia, Canadá, etc., los coyotes buscan sistemas dolosos para salir, muchas veces por vía marítima, del Ecuador, llegando a naciones que son de paso, para arribar a la nación destino final, creando de tal modo problemas agudísimos, de muy difícil solución.

Embarcaciones clandestinas inapropiadas para los viajes de alta mar, por solo ganar precios elevados, se aventuran a llevar a los migrantes por gestión de los coyoteros, para sufrir, ya la experiencia nos ha dado muestras, naufragios de resultados catastróficos.

Uno de los últimos que conoció el Ecuador entero, consistió en el hundimiento de un barco pirata, dejando en el misterio de las profundidades del mar, más de ciento diez ecuatorianos, que de seguro, murieron ahogados. Jamás sus cuerpos fueron encontrados y los pocos, muy pocos, que se salvaron ni siquiera pudieron dar narración verdadera de lo ocurrido. Hasta tanto vidas ecuatorianas se constató que fueron sacrificadas por el delito de tráfico de migrantes de tipo ilegal.

Por la propia naturaleza y motivación legislativa de este delito, no puede confundirse con otro, antes existente y que tiene la denominación genérica de estafa o defraudación, cuyos elementos típicos quedaron excluidos con la creación de esta nueva infracción penal. Ya habrá oportunidad de tocar con mayor esmero este problema que se volvió jurídico, cuando comenzó a regir el nuevo delito a fuerza de las espantosas circunstancias sociales, nacidas de la migración.

2.- Conseguir la salida, migración, desde el Ecuador a otros países.

La migración, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, consiste en la acción y efecto de pasar de un país a otro y residir en él, esto quiere decir que para que se produzca el delito de tráfico ilegal de migrantes debe observarse que un individuo haya abandonado el país o que por lo menos se haya acercado a alguna embajada o aeropuerto para tratar de migrar.

Base de la incriminación penal específica es el hecho que se produce cuando se lleva a cabo la migración, es decir la salida desde el Ecuador a cualquier otro país.

Pero para existir el delito de migración tiene que consumarse. No importa que se hayan dado los pasos necesarios para conseguir ese fin. Si importa en cambio, que se salga del Ecuador. El inter crímines. Los pasos que da la conducta delictual para cometer el delito, puede permitir muchos actos, ya de tendencia penal, delictivos, pero si acaso no se consuma el acto migratorio, el delito del artículo 440-A del Código Penal no tiene vida.

Salir del país usando los medios ilegítimos debidamente comprobados que entrañen tráfico o medios ilegales, para llegar a la migración, es, pues, otro de los elementos constitutivos del delito.

Se indica que tienen los actos de tráfico ilegal que ser incuestionables, por mucho que la norma últimamente citada, no se exprese así. Si acaso solo nos fijamos en la ley escrita hay que indicar, al describir la figura penal en trato, que el delito existe cuando se dan, “medios ilegales” para lograr la migración.

Es cierto que, en materias penales, no cabe ni la interpretación analógica, ni la extensiva, que, siempre rige el texto de la ley. Pero precisamente por esto aquí vemos que el Art.440-A del Código Penal está dentro del rubro de los delitos de tráfico ilegal de migrantes y ese tráfico es el aspecto monitor para interpretar la norma y deducir sin dubitación alguna, que los medios ilegales quedarán demostrados y existentes cuando se refieren al tráfico ilegal, como dice el capítulo III, que preside la norma.

En lo que hemos de insistir terminantemente es en aquello de que la migración implica la salida del país. Nunca el solo prepararse a salir. Siempre efectuar la salida, por medio del tráfico ilegal.

Pueden haber muchos actos previos a tal ausencia a otros destinos, que solo llegan a determinar el delito, cuando se dejan las fronteras Patrias.

Como se dijo en capítulos anteriores, existe, indiscutiblemente en el país la llamada migración interna. Es decir la salida de poblaciones ecuatorianas a las grandes ciudades del Ecuador. Del campo a las cabeceras cantonales.

Sobra decir que hay coyoteros nacionales que, así mismo, explotan y engañan a quienes quieren cambiar de un domicilio a otro, dentro de los límites ecuatorianos. A esto llaman la migración interna.

Pero el delito como está hoy redactado, no acepta esa hipótesis, porque el término migración se consagra y se consuma cuando la salida es fuera del país, no dentro de él.

Por fin, quede dicho que el elemento constitutivo tratado, corre tanto para los ecuatorianos o extranjeros, pues unos y otros, pueden y son agentes pasivos del delito, en cuanto, en tanto son las víctimas de los coyoteros y de los delincuentes dedicados a la faena del engaño.

3.- Que la acción delictiva no constituya delito más grave.

Cuando la meta es facilitar la salida, por tráfico ilegal de los migrantes, es necesario que se den muchos pasos, todos delictivos, para culminar ese afán del que se obtienen pingues réditos.

Pero la ley prevé el caso de que lo que se hace, en lo que se delinque, el paso que se da rumbo a la migración puede ser que constituya un delito más grave del delito de tráfico ilegal de migrantes.

Para el caso se ha prevenido en forma típica, la circunstancia de que los medios delictivos que se consuman, no sean infracciones más graves que los que incrimina y castiga la norma estudiada del Art. 440-A del Código Penal.

No se puede hablar sobre la mayor o menor gravedad de una infracción sino considerando las penas impuestas por la ley, por la sencilla razón de que, el ordenamiento jurídico de los códigos, ya determina mayores y más graves represores, cuando la acción delictual se estima más dolosa, más grave, más escandalosa, más reprensible.

Por eso es que será siempre aconsejable mirar las penas impuestas a los actos delictivos, para sólo de esa manera resolver qué delito es más grave que otro; y, en cuanto hay reunión de infracciones, concurrencia como llama la ley, meditar en las puniciones, para saber así determinar qué acto es más grave que otro, en cuanto ambos son delitos.

Ya indicamos que el tráfico ilegal de migrantes, tiene eslabones, que unidos nos llevan a ver cómo se conforma el delito. Si acaso existen, en su camino, infracciones que se han consumado previamente, atendiendo a las penas de cada uno de esos delitos, se sabrá cuál es más grave que otro.

3.4. Breve análisis sobre la Ley de Extranjería y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire.

Cuando la migración era un asunto normal y plenamente lícito, en el Ecuador, según consta en el Decreto Supremo No. 1899, publicado en el Registro Oficial del 30 de Diciembre del año de 1971, se llegó a dictar la LEY DE MIGRACION.

Su estructura es enteramente clara al tratar de regular obligaciones y deberes, como derechos y atribuciones, que están en torno de los migrantes ecuatorianos e incluso extranjeros, en su caso.

El Ministerio de Gobierno y policía y las entidades de esa parte de las Fuerzas Armadas del Ecuador, tienen a su cargo todo cuanto se refiere al tema de la migración. No es la ley de tipo punitivo penal. Es mejor una norma reglamentaria para que la gente ajuste su conducta a lo que el Ecuador impone para controlar la fase migratoria imperante. De suerte que si bien merece citarse esta ley, no cabe estudiarla en todos sus pasajes, en todos sus aspectos, porque no corresponden al tema motivo de estudio: el delito de tráfico ilegal de migrantes.

Cuando se quebrantan las disposiciones de la ley citada, se encuentra eso sí, solo un artículo que señala como delito el quebrantamiento de la formación legal, pero jamás como delito de Tráfico Ilegal de Migrantes. Esa norma será en su oportunidad, transcrita y analizada en el capítulo correspondiente a la punición.

Pero existe un asunto más de imposible prescindencia, me refiero al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (SIC), Convención de la cual es signatario el Ecuador.

No se puede dejar de transcribir algunos artículos escritos en ese documento y que tienen mucho que ver con lo que al Ecuador se refiere en lo que mira al aspecto penal.

Así: “3. Los delitos tipificados con arreglo al Artículo 6 del presente protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la convención.

Artículo 2.

Finalidad.

El propósito del presente Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.

Artículo 3.

Definiciones.

Para los fines del presente Protocolo:

- a).- Por tráfico ilícito de migrantes se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual, dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.
- b).- Por entrada ilegal se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor;
- c).- Por documento de identidad o de viaje falso se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad;

Artículo 4

Ámbito de aplicación

A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así

como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos.

Artículo 5

Responsabilidad Penal de Migrante.

Los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.

Artículo 6

Penalización

1.- Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

- a).-El tráfico ilícito de migrantes.
- b).- Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes;
 - i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;
 - ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento.

2.- Cada Estado parte adoptará así mismo las medidas legislativas de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

4.- Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.”

En el afán de precisar más hay que señalar que, lo transcrito por ser el Ecuador un país signatario, está obligado a cumplir con el convenio, pero respetando lo que su soberanía y su poder legislativo resuelva sobre el tráfico ilegal de migrantes, que como se mira está usado en el convenio transcrito en parte, sabiendo que su fisonomía, tiene aplicación de tipo internacional, pero que no influye en lo que el Ecuador con sus normas ha establecido, incluyendo al Código Penal Ecuatoriano.

Así mismo hay que decir algo que se deduce al leer el Protocolo transcrito en parte, que consiste en indicar que todo lo allí escrito incluyendo el tráfico ilegal de migrantes, se refiere a los países receptores de la migración, no de los migrantes que salen de sus fronteras patrias por medios ilícitos, en donde cada soberanía nacional, impone a sus ciudadanos normas de proceder, actos de cumplimiento, de castigo y de represión cuando existe el tráfico de migrantes como dice la ley que fuera motivo de nuestros anteriores comentarios.

Conclusiones:

En los últimos lustros el Ecuador ha visto como la problemática de la migración ha tomado cuerpo y se ha convertido en actividad delictual y es por eso que el Congreso de la República del Ecuador, dictó las formas debidas al Código Penal con lo que instaló en el Ecuador el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, que consta en el Capítulo XII Arts. 440-A (440.1) y 440-B (440.2) que hacen referencia al tráfico ilegal de migrantes y a la sanción por lesiones previsibles respectivamente.

Los elementos constitutivos de la figura penal se deducen casi siempre de lo que está escrito en la norma que incrimina y sanciona una infracción punible. Pero a veces se tiene que recurrir a la ubicación que, en la formación de todo Código, se encuentra determinado dentro del libro, el capítulo, el párrafo entre de cuyos aspectos está el artículo que se trata de interpretar.

El verbo rector que se usa en la tipificación de un delito es pues la base para su interpretación debida y aplicación a la conducta humana y en el caso del delito estudiado, el verbo rector es hacer emigrar y ejercitar actos ilegales con fin comercial

La Ley de Extranjería y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes vincula a los países en el empeño de regular la vida migrante, pero respetando la soberanía de cada país en el tratamiento del delito en estudio.

CAPÍTULO 4

EL FUERO COMPETENTE

Introducción:

Capítulo en el que se aborda la competencia del Juez dentro del delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, la institución legal del Código de Procesamiento Penal y la competencia, para concluir con algunos casos que pueden darse para aplicar esas normas al delito motivo de análisis y estudio.

4.1. La competencia del juez, en el delito de tráfico ilegal de migrantes

Dentro de las actividades delictivas de los coyotes, que son quienes cometen la infracción, existe una manera conocida y un medio y forma de hacer las cosas necesarias para lograr la migración ilegal.

Como trabajan en equipo, muy raros son los casos en los que una sola persona se encarga de todo lo necesario, hasta llegar a obtener la salida del migrante; pero incluso cuando es un solo individuo el traficante, siguen pasos iguales y necesarios que cuando trabajan en grupo y ambos se podría decir están asociados a través del delito.

Los llamados clientes de los coyoteritos, ya sea por su propia voluntad, ya porque son buscados por los estafadores, viven a todo lo ancho del país. Y, por ende, no son solamente aquellos que están en las ciudades del territorio ecuatoriano, cercanos a sus fronteras los que violan las leyes saliendo del Ecuador hacia países extraños.

Tal cual entonces suceden los hechos es necesario referirse al fenómeno procesal que se refiere a la competencia de los jueces que tienen que juzgar el delito.

En consecuencia, hay que indicar que los actos punibles se ejecutan en varias zonas territoriales. Pagan los estafados en un lugar dado, cuando llevan a cabo los contratos que fijan el precio de las gestiones que siempre es elevadísimo. El coyote entonces viaja a los lugares en los que tiene que falsificar documentos, cohechar funcionarios, adecuar pasaportes, hurtar cédulas de identidad, etc., incluyendo desde luego, la adquisición también fraudulenta, de pasajes para la salida del migrante, por los puertos terrestres, marítimos y aéreos, unas veces entregando todo cuanto es necesario para migrar y otras veces, dando instrucciones y recomendaciones precisas para que, la víctima del delito, sea quien colabore, saliendo desde su domicilio para llegar a tierras ajenas al lugar de su vivienda.

Descubierto el delito de tráfico ilegal de migrantes, se tiene que proceder a su juzgamiento y es ahí cuando asoman los problemas de competencia. ¿Qué juez actúa?. ¿El juez del contrato hecho, atendiendo el lugar del pago o el acuerdo bilateral?. ¿El juez del puerto de salida del migrante hacia el exterior?. ¿Tal vez son varias las competencias y la prevención de las mismas asegura la competencia?. Estas y otras interrogaciones caben hacerse dada la modalidad de inter crímenes del delito en mientes.

4.2. La Institución legal del Código de Procedimiento Penal y la competencia

Es necesario recurrir al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano para obtener de él los preceptos que son aplicables, para solucionar el punto cuestionado. En ese Código encontramos:

“Capítulo II. La competencia.

Art.19.- Legalidad. La competencia en materia penal nace de la Ley.

Art. 21.- Reglas de la competencia territorial. En cuanto a la competencia de los jueces y de los tribunales penales, se observan las reglas siguientes:

1.- Hay competencia de un Juez o de un tribunal penal cuando se ha cometido la infracción en la sección territorial en la que ese juez o tribunal ejerce sus funciones. Si hubiere varios de tales jueces la competencia se asignará por sorteo, de acuerdo con el reglamento respectivo.

3.- Cuando una persona hubiere cometido infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un proceso penal por cada una de las infracciones, y serán competentes los jueces del lugar que prevengan en el conocimiento de las causas.

5.- Cuando la infracción se hubiere cometido en el límite de dos secciones territoriales será competente el juez que prevenga en el conocimiento de la causa.

6.- Cuando entre varios imputados de una infracción hubiere alguno que goce de fuero de Corte, la Corte respectiva juzgará a todos los imputados.

7.- Cuando el lugar en que se cometió la infracción fuere desconocido, será competente el juez o tribunal en cuyo territorio hubiese sido aprehendido el infractor, a menos que hubiera prevenido el juez de la residencia del imputado. Si posteriormente se descubriere el lugar del delito, todo actuado será remitido al juez o tribunal de este último lugar para que prosiga el enjuiciamiento, sin anular lo actuado.

8.- Cuando la infracción hubiere sido preparada o comenzada en un lugar y consumada en otro, el conocimiento de la causa corresponderá al juez de este último”.

Por eso es que, en cuanto se refiere al delito del Tráfico Ilegal de Migrantes, la forma y modo como esta infracción se prepara y consume, se ve envuelta en los párrafos que quedan transcritos.

4.3 Casos que pueden darse para aplicar esas normas al delito de tráfico ilegal de migrantes

El coyote actúa en varias ciudades y en varios cantones. Dentro de Derecho se sabe que la infracción fin subsume a la infracción medio. Pues no se puede castigar a esas dos fases de la infracción.

Es elemental que el delito o la infracción se consuma, luego de los actos preparatorios, cuando la víctima sale del país. Si acaso no sale no hay ese delito y se seguirán las reglas del caso para ver lo referente al juzgamiento de los delitos que fueron medios para la migración y que de no producirse ésta, quedarían para el estudio de la competencia, en cada delito medio de que se trate: lugar donde falsificó el documento, el pasaporte, cobró el honorario usurero a la víctima, suplantó personas en los carnets y en las cédulas del caso, etc., etc.

Pero lo que interesa es que naciendo la competencia de la Ley, ésta prescribe que es juez competente el del lugar del cometimiento de la infracción. Siendo cierto lo dicho la situación de las víctimas de la migración delictiva, se vuelve más grave, pues tienen que acudir al juez donde se consumó la migración delictiva, dejando su domicilio propio, por mucho que en éste se consumó la estafa.

Así mismo si acaso el inculpado cometió infracciones conexas que debía ejecutarlas, para alcanzar el delito, el juez deberá en su caso, levantar procesamiento por cada infracción cometida, para que luego se acumulen fallos, pero hasta tanto la víctima del delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, sigue desprotegida al máximo, porque tiene que seguir esta norma, en distintos lugares, saliendo del suyo, para reclamar y lograr la sanción condigna del infractor.

Solamente en el caso de infracción en regiones fronterizas de límites provinciales o cantonales, la prevención en el conocimiento de la causa asienta y obliga la competencia, que es algo que tiene beneficio para los denunciados víctimas del delito.

En lo que mira a la competencia especial, caso de Corte Superior o Corte Suprema de Justicia, tenemos garantías mejores, sobre competencia para quienes son el objeto del espantoso delito de la migración ilegal.

La consumación del delito radica la competencia del juez del lugar donde esa infracción se produjo.

Para la forma y modo como dentro del Ecuador el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, se comete y se realiza, en su totalidad, debería aplicarse la regla del juez del territorio de la consumación delictual lo que, así mismo constituye una forma incómoda para juzgar a los delincuentes, frente al afán de reprenderlos por parte del Estado o de los perjudicados.

Conclusiones:

Es elemental que el delito se consuma luego de los actos preparativos cuando la víctima sale del país; si acaso no sale no hay ese delito y se seguirán las reglas del caso para ver lo referente al juzgamiento de los delitos, que fueron medios para la migración y que de no producirse ésta, quedarían para el estudio de la competencia, en cada delito medio de que se trate: lugar donde falsificó el documento, el pasaporte, cobró el honorario usurero a la víctima, suplantó personas en las cédulas, etc., etc.

La consumación del delito radica la competencia del juez del lugar donde esa infracción se produjo.

Lo que interesa es que naciendo la competencia de la Ley, ésta prescribe que es juez competente, el del lugar del cometimiento de la infracción. Siendo cierto lo dicho la situación de las víctimas de la migración delictiva, se vuelve más grave, pues tienen que acudir al juez donde se consumó la migración delictiva, dejando su domicilio propio, por mucho que en éste se consumó la estafa.

Cuando el inculpado comete infracciones conexas para alcanzar el delito, el juez deberá en su caso, levantar procesamiento por cada infracción cometida, para que

luego se acumulen fallos, pero hasta tanto la víctima del delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, sigue desprotegida al máximo, porque tiene que seguir esta norma, en distintos lugares, saliendo del suyo, para reclamar y lograr la sanción condigna del infractor.

CAPÍTULO 5

LA PUNICIÓN EN EL DELITO TRATADO

Introducción:

Capítulo en el que se realiza el análisis de la punición contemplada en el Código de Procesamiento Penal respecto al delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, junto con el estudio de los responsables del delito en sus correspondientes grados: coyotes y migrantes.

5.1 La punición contemplada en el Código de Procedimiento Penal y su relación con el delito estudiado

No es, precisamente, característica de prolijidad ni de sistema, la que orienta y se realiza en la escrituración de las leyes ecuatorianas. La reforma inusitada, la creación de un tipo penal, la codificación del sistema penal, caen, en muchas ocasiones, en indebidas actitudes que producen, en la práctica, serias dificultades.

Algo de esto ocurre en lo referente al delito de Tráfico Ilegal de Migrantes. En lo que mira a la punición, a la pena por imponerse cuando se consuma ese delito. Respecto a esto me permito señalar que en el Art. 440-A del Código Penal Ecuatoriano, (440.1) siempre y cuando no constituya infracción más grave, se sanciona con “la pena de reclusión menor ordinaria de 3 a 6 años.”

Dada esa ley, el legislador agregó otra reforma constante ya en el artículo 440-B (440.2) cuando a consecuencia del delito de tráfico ilegal de migrantes “las víctimas sufrieren lesiones previsibles de aquellas contempladas en los artículos 465, 466 y 467 de este código”, sabiendo que para esos casos la pena se señala de “seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, según la gravedad de la lesión y

en caso de muerte, la pena será de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años”.

De suerte que este artículo, que amplía el anterior en cuanto a la punición, no desfigura el tipo penal creado, sino solamente agrava el castigo atendiendo al resultado, que el Tráfico Ilegal de Migrantes, llega a producir. A mayor daño mayor pena, en síntesis.

Pero no se puede dejar de señalar lo que en las penas reseñadas, tiene escrito el mismo Código Penal, para que se deduzca las intenciones legislativas al definir esta figura legal nueva. Para ello hay que agregar que en el artículo 51, sobre la clasificación de las penas se escribe:

“Las penas aplicables a las infracciones son las siguientes:

Penas peculiares del delito.

- 1.- Reclusión mayor;
- 2.- Reclusión menor;
- 3.- Prisión de 8 días a 5 años;”

Y, luego para lo que interesa se ve que la reclusión, como pena tiene las siguientes clasificaciones:

“Art. 53.- (Tipos de reclusión mayor).- La reclusión mayor que se cumplirá en los centros de rehabilitación social del Estado, se dividen en:

- a).- Ordinaria de 4 a 8 años y de 8 a 12 años;
- b).- Extraordinaria de 12 a 16 años, y
- c).- Especial de 16 a 25 años.

Art. 54.- (Tipos de reclusión menor).- La reclusión menor que se cumplirá en los establecimientos precitados, se divide en ordinaria de 3 a 6 años y de 6 a 9 años, y en extraordinaria de 9 a 12 años.”

En la Legislación Penal anterior, el Código que regía en el país después de la codificación llevada a cabo, en el año de 1938, se encuentra que, las penas, tienen dicha clasificación, teniendo, en lo más importante, la división de reclusión y de prisión. Así mismo la manera y forma de cumplir las condenas, según sea reclusión o prisión, eran distintas, ya por el modo de privación de la libertad, ya por las adecuaciones de las cárceles.

Modernamente, habiendo nuestras leyes sufrido cambios, al ritmo de las épocas, ya propiamente no se habla de reclusión, ni de prisión, sino se indica privación de la libertad, para que se sometan a los establecimientos estatales de rehabilitación social. Este fue el camino y uno de los motivos desde mi punto de vista para que se haya dado el Código de Ejecución de Penas.

Por lo mismo debemos pensar en que hay aspectos discordantes entre los señalamientos de la pena, su forma de cumplir y sus nombres. No hay pues razón valedera que conserve las clasificaciones indicadas antes.

El legislador en el empeño de castigar la migración fraudulenta, no solamente que dicta los artículos 440-A y 440-B que se han transcrito en su oportunidad, sino que dicta una reforma al art. 563 del Código Penal, que incrimina la estafa, delito que se verá en otro capítulo. Se ha confundido cuando se juzga a los delincuentes incurso en esas circunstancias y en el Tráfico Ilegal de Migrantes y bien puede quedar referido sólo así por ahora:

“El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiese hecho entregar fondos, muebles, obligaciones...etc...empleando manejos fraudulentos... será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiere en casos de migraciones ilegales “.

Se deduce, entonces, algo curioso: Se sabe que todo Tráfico Ilegal de Migrantes se consuma con la estafa a los que salen del país y que cometido el delito, tiene

una pena, que es reclusión menor ordinaria de 3 a 6 años, cuando no existen resultados graves como consecuencia. Y, existe esa misma pena en las defraudaciones en contra de los migrantes, con lo que en el mismo Código en dos delitos, se consagra una misma pena, que si obramos con lógica no debería ser así pues cada delito que describe la Ley lo tipifica y determina la sanción. Aquí defraudación y migración ilegal, delitos distintos, con pena igual, ya se castigue por dos delitos o por uno de ellos independientemente, atendiendo aquello de delito fin y delito medio.

Pero hay que agregar algo más solamente para que quede justificada la afirmación hecha de que por causa de la improvisación en las reformas, sin seguir un método programado y bien orientado, se llega a dictar la reforma del Art. 343 del Código Penal, que tipifica y castiga las falsificaciones y el uso de pasaportes falsos, que es el medio del que se valen, por lo regular los coyoteros, engañando a sus víctimas, los migrantes que salen de manera desorbitada sin tomar precaución alguna.

5.2 Coyotes y migrantes responsables del delito en sus correspondientes grados

La reforma referida dice en su texto:

“No tendrá responsabilidad alguna quien haya sido inducido a utilizar tales documentos, cuando sea víctima del tráfico ilegal de migrantes.”

Es decir que crea un eximente del acto penal que destroza la idea sancionadora de la Ley, para defender, en el fondo, al migrante- delincuente, que en el afán enloquecido de salir, no hace otra cosa que cometer el delito de falsificación de pasaportes y otros documentos, sólo porque ha sido engañado por el coyote. Elemental resulta el comentario de que ese engaño no es sólo del coyotero. Se engaña a sí mismo el migrante que sabe que el pasaporte u otro documento, son falsos y que accionar delictivamente para tener en sus manos la documentación necesaria para abandonar el país, es un delito grave. Están de acuerdo coyotes y sus emisarios y migrantes en el delito mismo y la reforma exime de responsabilidad al migrante, por la única razón de ser migrante.

Cuando se termina la punición se habla de que, si los resultados del tráfico ilegal de migrantes, causan lesiones o muerte del migrante, la pena se agrava.

Aquí sólo toca decir que aquello de “lesiones previsibles”, que enuncia el Art. 440-B, del Código Penal, es elemento claro en su enunciación. El coyote, el delincuente en el tráfico ilegal de migrantes, responde con pena más grave, pero cuando estuvo él en el caso de prever las lesiones o la muerte del o de los migrantes, pues si acaso esos resultados más graves se producen desvinculados de esa previsibilidad en la mente del coyote, no cabe la agravante punitiva, porque no estuvo en ellos llegar a preverlo.

Ni se diga cuando los resultados consecuentes de la migración son fruto de la fuerza mayor o del caso fortuito, en cuya posibilidad no cabe castigo alguno, porque eximen de responsabilidad penal, por mandato legal imperativo, que consta en el Código Penal.

Dura labor será para los juzgadores estudiar, con serenidad, sapiencia y justicia, los hechos mismos, para poder imputar al responsable penal del delito de migración ilegal, los resultados, muchas veces inciertos, que tienen las acciones humanas.

Si se estudia y analiza la casuística contemporánea, se podría indicar que, un naufragio sucedido en alta mar, cerca de un país hermano, en que se hundió el barco, con el resultado espantoso de la desaparición de más de cien ecuatorianos, podría imputarse al o a los coyotos, si acaso supieron que no habían garantías suficientes de seguridad en el transporte marítimo y obligaron a navegar a un barco sin seguridad alguna.

Pero todo esto está en las pruebas que se receptan para no llegar a condenas misteriosas y graves, sólo por el escándalo que se produce, nunca por el sentido de justicia que al aplicar la Ley tiene que primar.

Ciertamente que resultan complejos muchos de los pasajes que sugieren las leyes aplicables a la migración ilegal. Analizaré otro punto de indudable importancia.

En el Ecuador está vigente la Ley de Migración. En esa Ley se señalan las obligaciones y deberes a que tienen que sujetarse los que quieren hacer uso del derecho de emigrar del país. Y, como no puede ser de otra manera, quienes se apartan de su debido cumplimiento, caen como infractores penales de esas normas y tienen que ser debidamente sancionados o reprimidos.

Por eso está escrito el tenor del Art. 37 de la ley de Migración cuyo texto se transcribe:

“Art. 37.- En la forma en que se ejerce la acción penal para las infracciones que constituyen delitos comunes, serán reprimidos con prisión de 6 meses a 3 años y multa de dos mil a veinte mil sucres.”

IV.- Quienes por si o por interpuesta persona, proporcionaren documentación de viaje a favor de ecuatorianos que pretendan permanecer o trabajar en otro país, con fraude u omitiendo la autorización específica de salida del país que con dicho objeto concede el Servicio de Migración de la Policía Nacional, serán reprimidos con reclusión menor ordinaria de tres a seis años, siempre que dicha conducta no constituya el delito de falsificación u otro mayor, en cuyo caso se estará a lo dispuesto para el efecto en el Capítulo III del Título IV del Código Penal. Los valores que se hubieren entregado por dicho concepto deberán ser restituidos y las obligaciones contraídas serán nulas, sin perjuicio de la acción por daños y perjuicios a que hubiere lugar”.

Dicho artículo en sus literales determina los diversos casos de quebrantamiento legal, en donde se describen los actos de la falta de autorización estatal para salir del país, obtención de documentos maliciosamente observados por las autoridades migratorias que proporcionan documentos falsos, etc.

Entonces no falta quien argumente que, como todo imputado tiene el derecho a que se le juzgue con la ley menos rigurosa y más benigna, puede pedir a los jueces

aplicar la norma transcrita desoyendo las leyes y reformas estudiadas, ni se diga los Arts. 440-A y 440-B del Código Penal.

Parece indudable que la punición prevista en la ley de Extranjería es para casos referentes a ilegalidades regulando las relaciones migratorias entre países, pero que cuando se da el caso de Tráfico Ilegal de Migrantes, esta figura legal es la imperativamente obligatoria, pues está escrita de manera independiente de la Ley de migración, que tiene un sentido antes que penal, meramente administrativo, bajo control de la Policía.

Sostener que el artículo transcrito regiría para los delitos de Tráfico Ilegal de Migrantes, sería tanto como aceptar que las reformas se han dado sin motivo, con el resultado curioso de que, estando vigentes, no tienen aplicación, pese a que se escriben para el campo penal sancionador, en donde impera el Código Penal y nunca una ley secundaria creada con otros fines y para distintas circunstancias.

Así mismo es indispensable acotar la agravación de la pena cuando por resultados del delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, se produce lesiones o muerte.

Vemos como los Arts. 440-A y 440-B del Código Penal, se relacionan con los Arts.465, 466 y 467 del Código Penal, es decir atendiendo a la gravedad de las lesiones y al final, a la muerte.

En todos los delitos de lesiones para sancionar en graduación de menos a más, se considera aquello de: “El que hiciere o golpear” a otro causando una enfermedad o una incapacidad para el trabajo, que pase de treinta días y no exceda de noventa; de noventa días hasta la incapacidad permanente para el trabajo y por fin cuando la lesión que se produce es una enfermedad incurable, incapacidad permanente o mutilaciones graves, aspectos todos éstos que se llama por mandato legal a considerar para aumentar más y más una pena.

Es, pues, lo dicho lo normado en la punición del delito de Tráfico de Migrantes de manera legal y como se indicó, al producirse la muerte del migrante, la punición alcanza márgenes mayores de castigo.

Como se señaló anteriormente existen dificultades para la aplicación de la sanción correcta. Es así como en crónicas publicadas en uno de los periódicos concretamente el Diario el Universo de la ciudad de Guayaquil del 28 de agosto de 2005 se habla de los vacíos que existen en la Ley y que son los que complican su aplicación. Así afirman que los abogados que defienden a familias de migrantes perjudicados por los chulqueros y los coyotes encuentran dificultades para rescatar sus bienes inmuebles hipotecados o vendidos, pues lo que consta en escritura Pública da fe contra los otorgantes no pudiendo deshacerse al no haber habido ninguna presión para llevar a cabo la transacción como lo afirma uno de los abogados defensores.

Igualmente dicen los involucrados que los juristas recurren a varias alternativas para declarar la nulidad de los documentos. Una de ellas es solicitar la confesión judicial del supuesto chulquero y/o coyotero para que declare haber recibido los pagos, otra es el reconocimiento de la caligrafía y la tinta utilizadas para completar las letras de cambio “firmadas en blanco por el deudor”. Esto último afirma el abogado que tenía éxito cuando los documentos eran llenados con dos colores distintos de tinta, pero hoy en día los coyotes se cuidan de cometer este error.

También suelen utilizar la figura legal conocida como prescripción por posesión, a través de ella una tercera persona, generalmente, algún familiar declara habitar en la propiedad por más de quince años, que es el plazo que fija la Ley para demandar la prescripción adquisitiva.

El defensor del pueblo del Azuay Dr. Luís Urgilés señala que la legislación vigente contra el delito de coyoterismo no establece sanciones para toda la cadena de delitos: traficantes, chulqueros, enganchadores (los que reclutan potenciales clientes) e incluso a los notarios y registradores de la propiedad que avalan las transacciones. Dos notarios de Cuenca que prefirieron mantener sus nombres en reserva señalan que no hay forma de saber de que naturaleza son las transacciones registradas en sus despachos, muchas de las cuales llegan certificadas por juristas, aunque si existen sospechas de coyotaje pueden negarse a tramitarlas.

El Abogado Andrés Vásquez especialista en Leyes Migratorias explica que la Ley Notarial obliga a los notarios a leer en viva voz el acta. “Tiene que estar completamente seguro que las partes comprenden plenamente de que se trata el contrato; y verificar que gozan de las facultades legales para hacerlo”, señala. Así mismo continúa, “los registradores de la propiedad sólo inscriben documentalmente la historia de los bienes de un cantón. Para ellos es más difícil conocer los casos en los que los prestamistas se aprovechan de sus deudores.

Conclusiones:

La punición en el delito de tráfico ilegal de migrantes se aumenta cuando los resultados en el migrante dejan lesiones y hasta la muerte pero es elemento típico que esos resultados tengan la calidad de previsibles lo cual es de muy difícil comprobación.

Hoy en día las leyes ecuatorianas han sufrido cambios, acordes al ritmo de las épocas, ya no se habla de reclusión, ni de prisión, sino de privación de la libertad, para que se sometan a los establecimientos estatales de rehabilitación social. Este fue el camino y uno de los motivos para que se haya dado el Código de Ejecución de Penas.

Todo Tráfico Ilegal de Migrantes se consuma con la estafa a los que salen del país y cometido el delito, existe la pena de reclusión menor ordinaria de 3 a 6 años, cuando no existen resultados graves como consecuencia. Y, existe esa misma pena en las defraudaciones en contra de los migrantes, con lo que en el mismo Código en dos delitos, se consagra una misma pena, que si obramos con lógica no debería ser así, pues cada delito que describe la Ley lo tipifica y determina la sanción. Aquí defraudación y migración ilegal, delitos distintos, con pena igual, ya se castigue por dos delitos o por uno de ellos independientemente, atendiendo aquello de delito fin y delito medio.

Es grave que en la Legislación ecuatoriana se haya eliminado la pena al explotado, cuando éste ha cometido delitos graves como el de falsificación de

documentos, cédulas, sellos, etc., que deben castigarse en bien de la moral y de la sociedad.

El coyote responde con pena más grave, pero cuando estuvo él en el caso de prever las lesiones o la muerte del o de los migrantes, pues si acaso esos resultados más graves se producen desvinculados de esa previsibilidad en la mente del coyote, no cabe la agravante punitiva, porque no estuvo en ellos llegar a preverlo.

CAPÍTULO 6

EL INTER CRIMINIS

Introducción:

En este capítulo se aborda la concurrencia de las infracciones y las penas acumuladas, al igual que las redes y formas de operar del coyoterismo, destacando cuáles son los delitos fines y los medios, analizando cómo los delitos fines absorben a los delitos medios, señalando la gravedad de unos y otros, junto con sus repercusiones legales.

6.1. La concurrencia de infracciones y las penas acumuladas

La acción humana cuando se la estudia en medio de la actividad criminal, tiene aspectos que son definitivos. Cuando se incrimina el acto y se señala la represión del mismo, se tiene que encontrar, necesariamente, los mismos pasos que, en lo normal, se dan para que un acto humano tenga vigor.

La concepción de un acontecer, la reflexión sobre el acto por llevar a cabo, la decisión de ejecutarlo y el accionar positivo, son varios de los pasos que, el hombre concibe, para dar vida a aquello de llevar a cabo algo que, por conciencia y por voluntad, llega a constituirse en el accionar humano, sea o no sea la finalidad buscada legal o ilegal.

Ese camino que se sigue, esos pasos que se dan cuando se ha decidido una acción, tiene, dentro de los criterios del Derecho Penal, una denominación llamada “Inter Críminis”.

En el diccionario de Derecho Usual, del tratadista Guillermo Cabanellas, se encuentran estos conceptos sobre lo anotado:

“INTER CRIMINIS”. Loc. Lat. Empleada en el Derecho Penal y que quiere decir camino al crimen. Comprende todo el proceso psicológico de incubación del propósito delictivo hasta la perpetración del delito, con la consideración jurídica y social, en cada etapa de punibilidad y peligrosidad de la actitud y del sujeto. Sus diversas fases comprenden: la inspiración o nacimiento de la idea, su aceptación, la preparación mental de la acción, todo ello aspecto interno y no punible según la escuela clásica, aun conocido y confesado el proyecto. A continuación el individuo da comienzo a los actos exteriores preparatorios: adquisición del arma, observación del lugar o de la víctima, etc.; posteriormente emprende la ejecución directa, el ataque que puede quedar en tentativa, frustrarse, consumarse o agotarse. Los actos preparatorios por lo general quedan impunes, salvo, la compra de un arma, si su comercio o tenencia está prohibida; o la posesión de llaves falsas, etc.”

En la observación del delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, se encuentra que para llegar a cumplir la finalidad delictiva, se tienen que dar pasos previos, a veces muchos, a veces pocos, que son siempre evidentes, por la sencilla razón de que, para evadir el cumplimiento de la Ley y las obligaciones que tienen que cumplir los aspirantes a la migración, es indispensable que se consuman ciertos actos previos que sustenten el engaño que se hace a lo dispuesto en la Ley.

Por eso se verá que la falsificación de pasaportes, instrumentos públicos y privados, sobornos y cohechos, alteraciones de cédulas de identidad, sustituciones de personas, etc., tienen que llevarse a cabo para el paso de las fronteras que separan dos países, en el afán de ausentarse definitivamente de un país a otro.

6.5. Forma de operar las redes de coyoterismo

1.- Contacto con el coyote. Los migrantes generalmente se contactan con él a través de familiares o amigos para luego directamente con ellos acordar los detalles y el costo del viaje.

2.- Garantía y préstamo. El coyote le oferta al migrante el precio del viaje que oscila entre ocho a doce mil dólares americanos, el migrante a su vez ofrece en garantía sus terrenos, casas o propiedades e incluso de algún familiar cercano, amigo o vecino, garantía que debe ser afianzada por el migrante y/o sus familiares firmando una hipoteca o en otras ocasiones les hacen firmar contratos de compra-venta y además letras de cambio en blanco.

3.- Inicio del viaje.- El coyote señala al migrante la hora, día y lugar en que será recogido por un bus que lo llevará a un hotel de alguna ciudad costera. A veces suele pedirle que llegue por sus propios medios. Al punto de encuentro llegan varios buses de diferentes ciudades y provincias del país. Entre algunos de los lugares de partida de los barcos se pueden señalar: Puerto Balao, Muisne, Cojimíes, (Esmeraldas); Punta Pedernales, San Clemente, San Jacinto, Manta, Punta San José y Puerto López (Manabí); Punta Carnero (Guayas).

4.- Lanchas de traslado. En los hoteles los migrantes esperarán la señal para correr a la playa y abordar las lanchas que los llevarán hasta el barco. Las lanchas afirman que llevan grupos aproximadamente entre 15 y 20 personas. Este traslado se hace en horas de la madrugada y el trayecto por lo general dura una hora y media.

5.- El barco.- Los dueños de los pesqueros ya no quieren arriesgar sus naves y por ello muchos las han vendido a los coyotes. Son embarcaciones con capacidad aproximadamente para 15 tripulantes, pero la realidad es que el número de ocupantes, terriblemente, sobrepasan más de las 150 personas, que se acomodan en las bodegas, camarotes, bodeguilla.

6.- La tripulación. Normalmente contratan a nueve personas a las que las pagan en la forma siguiente: el capitán US\$ 8.000 dólares; a los 4 navegantes US\$ 2.000 dólares a cada uno; cocineros (2), maquinista y ayudante US\$ 800 dólares a cada uno.

7.- Llegada a Guatemala u otro país centroamericano o México. Al llegar a Ocosingo (Guatemala) el barco se detiene a 60 millas de la costa y espera a las ocho lanchas que llevarán el cargamento humano hasta la orilla. El trayecto hasta la playa dura

aproximadamente unas tres horas. En cada lancha viajan unas veinte personas. En la playa hombres armados acarrear a los migrantes hasta camiones bananeros para llevarlos a Tecún Umán, a 40 minutos de viaje.

8.- Casa de espera. En Tecún Umán son hospedados en una casa propiedad de un coyote guatemalteco durante ocho días hasta que los coyotes ecuatorianos autoricen su salida para que continúen el viaje. En esta etapa el migrante llama por celular a su familia a Ecuador para que se comiencen a firmar las hipotecas o contratos de compra-venta de las propiedades. Al hacerlo los coyotes de Ecuador pagan de US\$ 2.000 a 3.000 dólares vía Western Union a los coyotes guatemaltecos, autorizando así la salida del migrante hasta la siguiente etapa de su travesía. Dentro de la casa los migrantes pueden llegar a permanecer hasta unos tres meses, con incomodidades bárbaras y sin poder asomarse o salir, esperando la autorización de salida, es una propiedad a medio construir y que da idea de estar abandonada.

9.- Cruce de frontera. Los coyoteros locales contratan a campesinos del lugar a quienes les pagan en moneda local para que guíen a los migrantes a través de la frontera con México.

10.- Cruce por el desierto. Los migrantes en esta etapa arriban a otra casa de espera desde donde, luego del segundo pago, que generalmente es de US\$ 4.000 o 5.000 dólares, serán guiados a través del desierto y cruzar a suelo estadounidense.

11.- Llegada. Al arribar por lo general a la ciudad americana de los Ángeles llegan a una nueva casa de espera hasta que el coyote reciba el resto de su paga y les permita salir desde allí hasta la ciudad a la que el migrante va a dirigirse, siendo esta última etapa por cuenta propia. (Testimonio de migrantes, Defensoría del Pueblo del Azuay, Diario Universo).

6.3. Los delitos fines y los delitos medios

En todo caso hay algo que interesa precisar de manera concreta: el delito citado y que se analiza, tiene dentro del accionar del delincuente, la finalidad de sacar del país al migrante y para llegar a ese fin y consumar el delito se dan una serie de pasos delictivos (actos preparatorios) penados por la Ley en otras secciones, que son los delitos medios, que adecúan, la conducta delictiva para llegar a lo buscado.

Es decir existe en la infracción que se encuadra en el artículo 440-A del Código Penal Patrio, la posibilidad o la evidencia, según sea el caso, de si se consigue o no la migración, que vendría a ser el delito fin, único o si únicamente se llevan a cabo los delitos medios que se consuman para buscar la realización delictiva de la migración.

6.4. Los delitos fines absorben a los delitos medios: la gravedad de unos y otros y sus represiones legales.

Todo lo dicho nos lleva a concluir en algo que es materia del presente capítulo: el delito fin se castiga, pero el o los delitos medios ejecutados para llegar a ese hecho, no tienen punición, porque están dentro del inter críminis y se subsumen dentro del acto delictivo final, que declara su existencia; pero en el supuesto en que no se llegara a consumar el delito fin (tráfico), estos delitos no quedarán en la impunidad ya que deberán ser sancionados según el Código Penal de acuerdo al tipo específico que corresponda en cada caso, ya sea estafa, falsificación de documentos, falsificación de firmas, etc, etc.

Los actos delictivos medios están en el inter críminis, por lo que se aplica aquello que es conocido en materias penales, en el sentido de que las ideas no se castigan; y si los actos medios son ideas que quieren el fin buscado, son ideas pero no delitos punibles.

Es necesario recalcar que hay delito fin y delito medio para alcanzar ese fin.

Es interesante lo que la Corte Suprema de Justicia tiene escrito sobre el aspecto que se acota. Consta lo aplicable a estas consideraciones en el fallo constante de la G.J. referida en el “prontuario de resoluciones de la Corte Suprema de Justicia”

“P.89.050.No hay concurrencia de infracciones cuando se comete irregularidades para conseguir el “delito fin”. Al fundamentar su recurso el máximo representante del Ministerio Público expresa “la falsificación de firmas fue un delito medio para el delito fin o sea tal falsificación tendía a la perpetración del peculado. Es decir hay concurrencia de infracciones. Ahora como el artículo 257 sanciona el peculado con reclusión mayor ordinaria de 8 a 12 años y el artículo 337 a la falsificación con reclusión menor extraordinaria de 9 a 12 años, nos enfrentamos a la regla 3 del art. 81 que dispone que “cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión se impondrá la pena mayor”.”

“si bien cometió falsificación y otras irregularidades en el desempeño de sus funciones, lo hizo para conseguir el “delito fin”, que en este caso es el de peculado, es decir, que haya concurrencia de infracciones en el caso que se juzga”. (Juicio penal que por peculado se sigue contra Jaime Gaete Chiriboga. Quinta sala, Julio 26 de 1989).

Del fallo en cita interesa lo medular: hay delito fin y delito o delitos medios, que están en el inter críminis, citado ya.

Existe en el Código respectivo, lo referente a la concurrencia de infracciones y está escrito que se aplicará en esa concurrencia, la pena del delito más grave, aplicando aquel principio doctrinario de que el delito mayor absorbe al menor.

Dentro de lo que llamemos la casuística del delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, los actos preparatorios que son delitos medios, para llegar a sacar por medios fraudulentos al migrante a otro país, conlleva una actividad delictual, que es, en la mayoría de los casos ejecutada por las redes de coyoterismo tales como:

- Falsifica pasaportes
- Hurta cédulas ajenas,
- Suplanta retratos del dueño de una cédula con la del migrante,
- Hurta pasaportes y cédulas de identidad,
- Engaña mostrando documentos para la supuesta salida legal,
- Falsifica firmas,
- Cohecha funcionarios,
- Falsifica sellos de embajadas extrañas al del país,
- Forja documentos mandados por la Ley de Extranjería, etc. etc.

Pero todos estos actos delictivos, que son infracciones punibles, tienen un solo fin delictivo: llegar al delito fin de consumir la migración en pleno tráfico ilícito. Todo esto tiene, pues, una culminación: obtener la salida del migrante del Ecuador hacia otro país.

Los delitos medios no se castigan dice la doctrina y dice la jurisprudencia recientemente transcrita.

Resulta incómodo, por decir lo menos, que si se llega al delito fin (Tráfico Ilegal de Migrantes), tantas infracciones medias, queden impunes, por cuanto son punibles, pero no existe el castigo de rigor, porque el delito fin absorbe al delito medio.

Sin embargo si acaso la migración no se consuma, fracasa, queda en preparación, no hay razón alguna para que esos actos delictivos medios, no merezcan enjuiciamiento debido y sanción a los responsables, pues si bien no llegó al delito fin, si se cometieron delitos medios, que al no darse la migración, tienen que ser sancionados de acuerdo al tipo penal que corresponda según el Código Penal, sólo así se defiende el Derecho del Estado para sancionar los delitos; y sólo así el antisocial, el delincuente, no queda en la impunidad, solamente porque la ambición final de migrar no se ha consumado.

Piénsese por ejemplo, que quien falsificó un instrumento público, un pasaporte, una cédula de identidad, no sea castigado, sólo porque el coyote no obtuvo el fin

pensado de sacar del país al migrante, con medios alcanzados por la suma de varios delitos previos.

En todo caso será siempre la moral estatal la que ampare a todos los ciudadanos y se sujete, con o sin razón aceptable a los principios que rigen los delitos fin y los delitos medios cometidos para ese fin.

Conclusiones:

En el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, se encuentra que para llegar a cumplir la finalidad delictiva, se tienen que dar pasos previos que son siempre evidentes, por la sencilla razón de que, para evadir el cumplimiento de la Ley y las obligaciones que tienen que cumplir los aspirantes a la migración, es indispensable que se consuman ciertos actos previos que sustenten el engaño que se hace a lo dispuesto en la Ley., esto es lo que se podría considerar como el inter críminis es decir el camino al crimen. Todos estos actos delictivos, que son infracciones punibles, tienen un solo fin delictivo: llegar al delito fin de consumir la migración en pleno tráfico ilícito. Todo esto tiene, pues, una culminación: obtener la salida del migrante del Ecuador hacia otro país.

El delito fin subsume al delito medio. No pueden castigarse los dos. Solamente cuando la migración no se consume se tiene que investigar y condenar a los delitos medios, que por si son delitos, pero cuando se refieren a la migración, pierden su punibilidad porque se castiga el resultado.

Sin embargo si acaso la migración no se consuma, fracasa, queda en preparación, no hay razón alguna para que esos actos delictivos medios, no merezcan enjuiciamiento debido y sanción a los responsables, pues si bien no llegó al delito fin, si se cometieron delitos medios, que al no darse la migración, tienen que ser sancionados de acuerdo al tipo penal que corresponda según el Código Penal.

CAPÍTULO 7

ESTAFA, DEFRAUDACIÓN, TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES.

Introducción:

Capítulo en el que se analiza la confusión existente entre los delitos de tráfico ilegal de migrantes y las defraudaciones o estafas, junto con un estudio de la conversión, la legislación comparada y la forma de incriminación del acto punible motivo de estudio.

7.1. Confusión entre los delitos de tráfico ilegal de migrantes y las defraudaciones o estafas

Es más allá de evidente que tanto en nuestra legislación cuanto en legislaciones penales de otros países, la Estafa o Defraudación y ahora el Tráfico Ilegal de Migrantes, han tenido una vinculación estrecha.

Lo que hoy, en el Ecuador toma la denominación típica de tráfico ilegal de migrantes, está extraída de la estafa o la defraudación, para tomar independencia y personalidad típicamente consagrada, siendo ahora, un delito independiente y singular. Brota de una misma semilla que castiga los grandes o pequeños daños que se producen en las víctimas, que son los sujetos pasivos del delito.

Usando la terminología de la doctrina penal, el nuevo delito que es materia del presente estudio, tiene ya linaje y por ende, ya no puede ser confundido con otros, por mucho que los elementos constitutivos de la infracción sean iguales o similares a los del delito de estafa o defraudación.

Resulta indispensable acudir a la legislación comparada y al texto mismo del artículo de la ley ecuatoriana, para que la afirmación que se hace, merezca la demostración del caso.

Así el Art. 560 del Código Penal Ecuatoriano en su texto literal expresa:

“Capítulo V. De las Estafas y otras defraudaciones .

Art. 560.- (Abuso de Confianza).- El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contenga obligación o descargo, y que le hubiesen sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de 8 a 16 dólares de los Estados Unidos.”.

Pero sigamos en la cita:

“Art. 563.- (Estafa).- El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de 6 meses a 5 años, y multa de 8 a 156 dólares de los Estados Unidos de Norte América. La pena será de reclusión menor ordinaria de 3 a 6 años si la defraudación se cometiere en caso de migraciones ilegales.”.

Como se ve el delito de estafa sinónimo de defraudación y sinónimo de tráfico ilegal de migrantes, antes de su creación como delito independiente, era la forma ecuatoriana de enfocar el problema.

Pero lo escrito da lugar a otra afirmación más. La pena en caso de fraude o estafa para llevar migrantes, se vuelve más grave y adopta sistema de reclusión y no de prisión, sabiendo que, el límite máximo aumenta también.

Solo hay que señalar que, actualmente, con la independencia del delito de tráfico ilegal de migrantes, no caben aplicaciones de sistemas de castigo, sino para cada delito: el uno defraudación y el otro tráfico ilegal de migrantes, pues para algo llegó a tener independencia la infracción de última cita.

En el campo práctico se ve que la defensa de los coyotes busca que se confunda su delito específico con el de defraudación o estafa precisamente para evitar penas mayores o lograr sacar adelante al inculpado.

Es por esto que la defraudación se encuentra regulada, en el sistema penal, en el libro III, Título X, De los Delitos contra la Propiedad, cuando el delito de tráfico ilegal de migrantes, se halla dentro de los capítulos referentes a la seguridad pública, sin ser confundible con aquellos que sólo amparan a la propiedad particular de los ciudadanos.

7.2 Legislación comparada: la forma de incriminación del acto punible en estudio

Lo demostrado en el Ecuador pasa también en otras legislaciones. Podríamos citar varias legislaciones penales, pero considero que vale hacerlo sólo con pocos ejemplos, en los cuales sin existir el delito de tráfico ilegal de migrantes, como especial, encasilla la conducta penal de los coyotes en la estafa o en la defraudación, que son una misma cosa.

Veamos por ejemplo el Código Penal español, de última data (año 2000), en donde se lee el texto del artículo 248, del Capítulo VI, que dice:

“De las defraudaciones. SECCIÓN PRIMERA. De las Estafas.

Cometen estafa los que, con ánimo de lucro utilizando engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informativa o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.”

Una redacción legal simple pero clara, que deja a la interpretación del juez, mayores ambientes para ejercer debidamente su cargo. Allí podría pues estar inmiscuido el delito de tráfico ilegal de migrantes.

Siguiendo como guía el libro llamado “Códigos Penales Iberoamericanos”, se podría hacer las siguientes citas:

En el código Penal Mexicano, en el grupo de delitos que amparan a las personas, encontramos el texto en el Art. 382, que indica:

“Se aplicarán prisión de tres días a seis años y multa de cinco a dos mil pesos, al que, con perjuicio de terceros, disponga para sí o para otro de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco, o en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquiera otra cosa mueble, de la cual se haya transferido la tenencia y no el dominio.”

Llama el Código delito de abuso de confianza y tiene la referencia de los actos ilegales para consumir el perjuicio ajeno.

En la regulación legal del Código Penal Uruguayo, se encuentra que los aspectos de que estamos tratando entorno a que las estafas y defraudaciones se incriminen también. Así vemos que en al Art.347 (dice Estafa), se escribe:

“Art.347. (estafa).- El que con estrategias o engaños artificiosos, indujeren en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.”.

Cuando se produce el tráfico ilegal de migrantes, este delito en el país, ya pasa a un rubro penal mucho más importante, como es aquel de ser infracción que tutela la seguridad del Estado y no solamente la seguridad individual.

La doctrina que, así mismo, citamos luego en pocos casos para no ser muy reiterativos, enfoca el asunto como lo hacen los Códigos Penales. Revisemos.

Para el doctor Eugenio Coello Calón en su “Derecho Penal”, los criterios dignos de cita son:

“I. Doctrina General. Con arreglo a nuestro Derecho puede definirse la Estafa, como el perjuicio patrimonial realizado con ánimo de lucro mediante engaño.”

“II. Son elementos generales de la Estafa:

1º.- Un perjuicio patrimonial logrado o intentado. El perjuicio a de ser de naturaleza económica y valorable.”

2º.- La existencia de un engaño. Este elemento exige una ilusión, es decir, consiste en utilizar el error provocado o mantenido por el agente en la persona engañada... es menester una exhibición de hechos falsos, o una desfiguración o una supresión de hechos verdaderos.”.

“.....existe, pues, delito, aun cuando el estafado se prometa obtener un lucro lícito...” “Respecto a la falsedad, especialmente la falsedad documental, tiene la Estafa de común la alteración de la verdad.”.

Por mucho que nos parezca extraño, pero lo que se lee del tratadista español, parece escrito para posibles comentarios sobre la Estafa, que, en el fondo mismo de su esencia, se encuentra en el tráfico ilegal de migrantes, delito nuevo en el País, que motiva una serie de meditaciones, pero que tiene sus bases en cuestiones básicas que entrañan las infracciones referentes a la estafa y a la defraudación, que son el elemento matriz de la nueva figura en estudio.

Ahora veamos otros pensamientos doctrinarios. Para el señor doctor Federico Puig Peña, en su libro de Derecho Penal, lo referente a la estafa y a la defraudación, son delitos bases para que se independice de él el tráfico ilegal de migrantes, tiene en cuando al dolo, al engaño, a la malicia, a la explotación, al abuso de confianza, varios pensamientos orientadores que dicho autor los define:

“En general los autores, al definir la estafa, ponen atención especial en la manera como el culpable se ha apropiado de los bienes. En este sentido, Giuliani, habla de una impostura apta para engañar; Pessina, de la insidia tendida a la buena fe ajena; Von Lszt del engaño astuto. Dominando, pues la doctrina la nota de insidia como el elemento determinante de la estafa, con lo que se indica que no basta cualquier fraude para integrar aquella sino va acompañado de algo que tenga el poder de engañar.

Los otros elementos del concepto de estafa se deducen de ser una infracción contra el derecho de propiedad, y dentro de éstas, de las pertenecientes al grupo de las que están determinados por el móvil del lucro que guía al delincuente, según la clásica distinción de Carrara.”

Como se ve no cabe duda que, en estas legislaciones si bien no hay tipo especial punible de tráfico ilegal de migrantes, la estafa sigue siendo su base y toma una raíz de plena independencia, dada la frecuencia con que los coyotes engañan y roban aprovechando la inocencia de sus víctimas.

Se contorna el delito nuevo atendiendo a la facilidad de salida de la víctima, en plena migración; y es lógico frente al aspecto hermenéutico de la ley, que mientras no se opere la migración, es decir la salida a otro país, el delito no tiene vigencia. Que la duración de esa salida sea corta o larga, padezca la víctima de expatriación de las otras naciones o que sea deportado. Esto es un aspecto que no altera el hecho mismo de comerciar ilegalmente de parte del coyote, que lo explote y le robe, le engañe y le cause daños económicos.

En el Código Penal Anotado, obra del doctor Mario A. Oderigo, encontramos algo que completa nuestros comentarios, sobre estafa- defraudación, como base del tráfico ilegal de migrantes. Citemos:

“(810) Defraudación es la obtención de un beneficio ilegítimo en perjuicio de otro, mediante los procedimientos delictuosos que la ley determina y su elemento

característico es la prestación voluntaria por parte del sujeto pasivo, cuya voluntad, al efecto, ha sido erróneamente desviada por el agente.”.

Como se ve en el nuevo articulado de nuestro Código Penal, Arts. 440-A y 440-B, lo que se hace es crear una norma más enérgica, en cuanto aumenta el tiempo de prisión para el caso de las condenas, pero a base de los mismos elementos de malicia, que agregan el tráfico ilegal de migrantes, cuestión que se adopta, a no dudarlo, por el problema social creado con motivo del ansia de abandonar el país para siempre en busca de mejores destinos.

Pero para terminar la revisión de citas, pensemos en lo que, incluso en la jurisprudencia española se tiene escrito en el tomo cuatro del doctrinario Rodríguez Navarro, en su obra llamada “Doctrina Penal del Tribunal Supremo”. Veamos:

“1º.- El que defraudare a otro usando nombre fingido atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante...., se tendrá por estafa”.

Son los mismos elementos dolosos que determinan el tráfico ilegal de migrantes, por lo que podremos llamarle estafado migrante. .

Cuantas veces pensamos necesario insistiremos en que la médula del delito de nuevo cuño, es la migración. Salida de un país, del Ecuador, a otro.

Así mismo no dejaremos de indicar que si acaso el agente pasivo del delito no llega a salir, pese a haber sido ya engañado, el delito en mientes, no se contorna, pues queda en sus fases preparatorias, pero como los delitos medios, son punibles, cuando no se produce el delito fin, el juzgamiento por esos delitos medios es de pleno rigor legal. Es así que éstos se juzgarán por el tipo especial ya sea de falsificación de documentos, utilización de pasaportes falsos, cohecho a funcionarios, entre otros y no por el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes. A su

vez si no se llega a consumir la salida del migrante el coyote deberá ser juzgado por estafa o defraudación

7.3 La Conversión

Cuando se llegó a dictar el Código de Procedimiento Penal en actual vigencia, causó graves resultados y conflictos dentro del ordenamiento legal que se mantenía en el país. Del antiguo sistema procesal se dieron cambios y modificaciones, que vino a producirse una confusión que muy pronto obligó a las reformas del Código de Procedimiento Penal

Pero, así mismo, ese Código reciente trajo consigo algunas instituciones nunca conocidas. No es del caso el señalar ahora. Se está dentro de otro campo de análisis y, por eso nos vamos a detener únicamente en la llamada conversión que en el Ecuador, nace solamente cuando entra en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal. Veamos que sucede entonces, en lo que puede tener relación al delito del Tráfico Ilegal de Migrantes.

Hay que recurrir a las transcripciones con el afán de conseguir claridad en todo cuanto se quiere subrayar. Así el texto del Código de Procedimiento Penal dice:

“ Art. 33.- Ejercicio. El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al fiscal.

Sin embargo, el ejercicio de la acción pública de instancia particular, procederá solamente previa denuncia del ofendido.

Lo dispuesto en el inciso anterior ha de entenderse sin perjuicio de los derechos del ofendido para acceder al órgano judicial competente, según lo previsto en este Código.

Art. 34.- Casos en que la Acción Pública es de Instancia Particular. La acción pública es de instancia particular en los siguientes delitos: (suprimidos literales a, c y e).

b) Revelación de secretos de fábrica;

d) Estafa y otras defraudaciones “.

Este nuevo sistema llega a tener, en la redacción del mismo Código, estos otros aspectos:

“Art. 37.- Conversión. Las acciones por delito de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido, en los casos siguientes:

- a).- En cualquier delito contra la propiedad. Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno haya presentado la acusación particular; y
- b).- En los delitos de instancia particular”.

Una simple observación parece que haría inútil lo señalado anteriormente. Pero es algo que llegó, no pocas veces, a suceder dentro de la práctica del juzgamiento de las infracciones comprendidas dentro del presente estudio.

La razón es simple. La estafa, la defraudación, el tráfico ilegal de migrantes, estaban confusos. Se pensaba que todos, ocupaban una situación legal similar. Quienes llegaban a las fronteras de investigación y castigo de estafa o daño económico, encontraban manera fácil de evitar los juzgamientos y las penas correspondientes, arreglando, económicamente, sus asuntos, volviendo sus ojos a la conversión como manera de volver un delito penal en aspecto civil. Esto no podía, pues durar por la anarquía que ello significa. No todo es dinero dentro de las relaciones sociales. El punto punitivo para las infracciones que el estado establece no puede desfigurarse so pretexto de creación de nuevos sistemas esencialmente económicos.

Como se ha dicho ha habido un afán de confundir el Tráfico Ilegal de Migrantes, que es un nuevo delito, con la estafa, abuso de confianza, defraudación que, siendo una base para el delito creado es diferente.

Por eso es que no cabe conversión en el Tráfico Ilegal de Migrantes desde cuando este tipo penal se encuentra dentro de los delitos contra la seguridad pública, no privada. Así que los ciudadanos como personas, pueden arreglar sus problemas, pero jamás pueden haciendo que los arreglos económicos tengan vida, derogar el tutelaje de la Ley, que ampara la armonía social.

Ya no es el Tráfico Ilegal de Migrantes, delito que interese a los amparos legales atendiendo la propiedad. Va mucho más allá y por eso está encasillado ahora en los delitos que amparan la seguridad pública.

Mírese como su nominación se encuentra dentro de normas que regulan la Seguridad Pública, similar a las asociaciones ilícitas, conservación indebida de explosivos, intimidación, vagos y mendigos, apología del delito, incendio, deterioro y daños, destrucción del patrimonio nacional, piratería y ataque a los medios de comunicación, protección de la salud pública, es decir el delito nuevo tomó una importancia superior a lo que fuera la estafa o la defraudación, por los resultados sociales de verdadera trascendencia que causa la migración ilegal. En síntesis se concluye que la conversión solamente tiene cabida si el delito cometido corresponde al tipo penal de la estafa, pues aquí prima el interés individual sobre el público, mientras que si el delito cometido está encasillado dentro del Tráfico Ilegal de Migrantes el interés público está sobre el individual o privado y no cabe la conversión.

Conclusiones:

La estafa, la defraudación y el tráfico de carácter ilegal en las migraciones tienen formas iguales o similares de consumar cada delito de los mencionados, pues todos amparan al estafado, solo que, cuando de migración se trata, las modalidades son de delito independiente.

La doctrina penal señala los elementos del delito de estafa de iguales contornos pero no tiene independientemente concretado el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes.

Base del delito de Tráfico Ilegal de Migrantes es el de estafa o defraudación. Fueron uno solo. Hoy son dos distintos.

Lo que sucede en el Ecuador pasa también en otras legislaciones y en las analizadas si bien el problema migratorio no es de las mismas proporciones que en el Ecuador, existe también el delito de tráfico ilegal de migrantes que encasilla la conducta penal de los facilitadores o coyotes en la estafa o defraudación que son una misma cosa.

Imposible hablar de conversión en el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes pues es norma de amparo a la Seguridad Pública. La conversión en la estafa existe y de hecho se da, pero no en el Tráfico Ilegal de Migrantes.

CAPÍTULO 8

APUNTACIONES SOBRE JURISPRUDENCIA DEL AZUAY

Introducción:

En este capítulo se pone a consideración algunos archivos legales de casos tramitados en la Provincia del Azuay, junto con el análisis y observaciones sobre los fallos jurisprudenciales.

8.1. Archivos legales

En el afán justificado de dar los datos referentes a la forma y modo como la justicia, en el Azuay, viene pronunciándose en medio de las materias y puntos tratados en la presente monografía, será útil señalar dos fallos, obtenidos en los Tribunales Penales del Azuay, en cuyos archivos reposa lo que piensan los respectivos jueces con respecto a los delitos de defraudación y tráfico ilegal de migrantes.

No se copiarán los fallos íntegros pues no considero necesario. Se transcribirán los pasajes de las sentencias que hagan posible las observaciones dignas de tomarse en cuenta.

Por eso nos referimos primero al fallo del Tercer Tribunal Penal del Azuay dictado con fecha 5 de marzo del año 2004, en el juicio penal N° 019-2003.

“.....La señora juez de lo penal del Azuay, tomando como fundamento todo lo constante en el juicio penal No. 019-2003 y en lo referido al dictamen emitido por el señor Agente Fiscal Dr. Blas Pachar, dicta el correspondiente auto de

llamamiento a juicio en contra de G. M. V. como presunto autor del delito de estafa. Art. 563 del Código Penal.....”

“.... Cometido en el ofrecimiento de darles visas legales y viaje legal a los Estados Unidos de Norteamérica a la hija de la señora M.I.A.F. y a la hija del señor J.L.F.C. los que debían pagar la suma de US\$ 9.500 dólares americanos por cada persona y pese a que se les ha entregado la cantidad de US\$ 7.000 dólares cada uno, esto es US\$ 14.000 dólares, no les cumplieron el ofrecimiento y habiéndose exigido la devolución del dinero no se les entrega el dinero en la forma honesta que entregaron los perjudicados”.

No hay para que detallar las pruebas existentes que motivaron el fallo comentado. Dada la finalidad que se busca basta saber que se dan los fundamentos del mismo y, para dictar sentencia en sus considerandos del caso, se deja constancia de lo siguiente:

“...habiéndose señalado día y hora para la Audiencia, se da curso legal a la petición de personas que deben concurrir a la Audiencia Pública, las mismas que no se han presentado por no haberse notificado en sus lugares de residencia, ya por la falta correcta de los domicilios ya que pertenecen al cantón Alausí, cantón Chunchi, de la provincia el Chimborazo, pero luego de varios despachos a esas autoridades se consiguió la notificación y los notificados comparecen a la audiencia...”

El señor Fiscal de actuación de su parte, afirma:

“Que al igual que todos los que tratan de viajar al exterior dada la situación económica que vivimos los ecuatorianos, este es un caso más de los robos y estafas que comenten los que han convertido en profesión ilegal el ofrecimiento de enviar a los Estados Unidos de Norteamérica a nuestros hermanos ecuatorianos, que por su educación no se dan cuenta que se les está estafando....”. Se indica que es en Cuenca, del Azuay en donde pagan parte del precio. Les trasladan a Guayaquil para entrevistarse con el Cónsul recibiendo mayor cantidad

de dólares. Que ante la denuncia devuelven una mínima parte de dinero por el “negocio” hecho.

“..... Estos campesinos que son personas de escasos recursos económicos y son víctimas de los usureros....”

“.....Viven en la zona de Compud del cantón Chunchi, provincia del Chimborazo....que le ofrecen tramitar legalmente la visa para su hija, esto ocurre en el año 2000 o 2001, ya que no recuerda bien....”.

“..... Han tenido que vender parte de sus terrenos (perjudicados) para pagar el capital y los intereses, que significan el 10%”.

“Todo este cuadro procesal ha demostrado con luz meridiana la existencia del delito y la responsabilidad de los enjuiciados..... Lo fundamental de este hecho doloso y criminal está justamente en el aprovechamiento que cometen los enjuiciados en las personas de los ofendidos.... Un par de ciudadanos que viven de su trabajo agrícola en la parroquia Compud del cantón Chunchi del Chimborazo se les engaña mintiendo que se les hará viajar a sus hijas a los Estados Unidos de Norteamérica, consiguiendo pasaportes y visas legales, sabiendo como saben los enjuiciados que una visa se la obtiene en la Embajada de los Estados Unidos o en el Consulado.... Se les engañó usando mentiras e insidias, abusando de la confianza de estas gentes dignas y nobles, se hacen entregar elevadas sumas de dinero que saben perfectamente que son adquiridas mediante el consabido préstamo usurero del 10 o 15 y hasta el 20 por ciento de intereses”.

“El Tribunal amparado en la razón, en la lógica, en el sentido común, en el conocimiento íntegro de la verdad procesal, en el conocimiento de las reglas que impone la sana crítica, arriba a la conclusión de que el indiciado F.E.V.G., ha cometido dolosamente el delito de autor de este inter críminis, por el cual ha sido llamado a juicio.... Actúa el principal, de jefe de esta banda.... El delito de estafa consta definido y se lo califica ser autor responsable del delito de estafa que

consta definido y sancionado en el artículo 563 del Código Penal”.....imponiendo la pena de 14 meses de prisión correccional, atendiendo atenuantes.

He allí el fallo. Para que sea acorde con todo lo que se ha escrito y sostenido en esta monografía, se señala lo siguiente:

1.- De manera indudable el auto de llamamiento a juicio se dicta indicando tratarse de un delito de defraudación, tipificado en el tenor del artículo 563 del Código Penal. Interesa en cambio, que los actos ejecutados por los procesados están vinculados, de manera especial a las prácticas que adoptan los coyotes, cuando cometen el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes que es conocido, se vinculan con la explotación económica, dolosa e insidiosa, que así llega a expresarse en el Tribunal Penal.

2.- Así mismo resulta entonces evidente que lo que se afirmó en el presente estudio en el sentido de que la estafa o la defraudación son tipos legales que se llevan de la mano por las formas y modos como se prepara el delito y también como llega a consumarse aquel.

3.- Consecuencia elemental resulta, así mismo, constatar que el ofrecimiento de visas legales para poder salir del país no llega a producir el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, pero quedan todos los actos penales que se ejecutan como susceptibles de castigo, por cuanto pueden darse los casos como el referido en el fallo, en donde so pretexto de dar facilidad para entregar visas y no cumplir esa finalidad, pese a cobrar precios inmorales, es punible y nunca puede dejar de castigarse aplicando la Ley.

4.- Se ha hecho constar de otro lado algo que se dijo en capítulos anteriores: los precios inmensos que se pagan por gente humilde para alcanzar las visas. Y, el Tribunal no evita afirmar, como lo hace, que la explotación busca perjudicar a gente humilde del campo que a duras penas se mantiene por su trabajo diario.

5.- Acótese que el fallo siendo condenatorio solamente considera el delito de estafa que lo juzga, pues no habla ni de lejos de delitos fin y medio que en materia

de la infracción de Tráfico Ilegal de Migrantes, evita el juzgamiento cuando el fin absorbe al medio. Como en el fallo se deja claramente dicho que no se logró migrar a quienes ofrecieron los sindicatos, lo que sucede es que se reprime por la estafa hecho independientemente extraño a la migración ilegal. Se dijo y se repite si acaso el migrante no llega a consumir su deseo de abandonar el país yendo a otro, el Tráfico Ilegal se sanciona, como infracción distinta de aquella que protege al migrante.

6.- Mírese como se enfrenta el problema de la competencia del Juez. Conoce el Tribunal del Azuay pese a que los engañados tienen domicilio en Chimborazo en donde en Compud, Chunchi entregan el dinero. Conoce en el Azuay el asunto por cuanto dentro del inter críminis se paga también en Cuenca parte del valor. Lo que se señalaba anteriormente sobre competencia tiene importancia digna de estudio.

7.- El fallo nos da la razón en los motivos del problema social que es el medio ecuatoriano, cuando afirma el anhelo de salvar la vida del migrante, buscando mejores medios y mejores destinos. Todo esto causó la necesidad de crear el nuevo delito señalado en el artículo 440- A del Código Penal y los jueces reconocen esa verdad-

8.- La “industria” del coyoterismo que viven incluso en bandas organizadas dentro del país, se toca como observaciones del Tribunal describiendo la gravedad del delito, tal cual se dijo en su oportunidad. Esas bandas existen y buscan cometer sus delitos, llegando a los domicilios de los ingenuos desesperados por mejorar la vida.

9.- Víctimas de los usureros son los migrantes. Apunta el fallo que los interesados en salir del país, pagan al usurero intereses monstruosos que llegan hasta el 20% mensual. Algo espantoso. Algo reconocido por los jueces en su experiencia diaria al juzgar a estos facinerosos.

10.- El problema de entrega de terrenos que se hipotecan, deudas que arrastran a la quiebra a migrantes y a toda su familia, se señala también en el fallo,

demostrando cuanto se dijo al tratarse de la problemática social ecuatoriana, que está alrededor del delito de la migración ilegal.

11.- Se habla de dolo, de insidias, etc., como base del actuar delictivo, sólo que pese a que el fallo llega a aplicar el artículo 563 del Código Penal, tiene la valoración que podría ser del delito de migrantes estafados, de que habla el artículo 440-A de la misma obra.

Hasta aquí un proceso enfocando la defraudación o la estafa genérica. Veamos ahora un caso en donde se falla estudiando el artículo 440-A que es el específicamente tratado dentro de los capítulos de la presente monografía.

En el Segundo Tribunal Penal del Azuay, con fecha 4 de mayo del año 2005, juicio No 069-2004 se dicta una sentencia cuyos párrafos necesarios para el estudio dicen:

“..... La primera Sala de lo Penal, según el ejecutorial de fs. 62, confirma el auto de llamamiento a juicio en contra de W.E.C.P dictado por la señora Jueza legalmente encargada del Juzgado Segundo de lo Penal del Azuay.... por presumir autor del delito tipificado y reprimido en el artículo 440-A de la Ley 2000-20 reformativa del Código Penal..... en la casa de habitación del ahora procesado..... ubicada en la avenida Cristóbal Colón y Loja, a donde concurrió previa cita y ofrecimiento de llevarle a Estados Unidos en tres días y en forma legal, para tal fin le pidió al señor T., la suma de US\$ 11.000 dólares habiéndole entregado como cuota inicial a W.C. la cantidad de US\$ 6.500 dólares quedando para cubrir el saldo cuanto llegue a los Estados Unidos; es así que el 29 de abril de 2003 desde Guayaquil abordó la línea aérea American Airlines, guiado por el ahora encausado, llegando a Miami en donde efectuó el trasbordo de la nave con rumbo a la isla Nassau, lugar desde el cual fue deportado a Guayaquil por portar documentos falsos; que ante el fracaso del viaje el señor W.C., le ha ofrecido a L.M.T. que le conseguiría visa legal para que viaje nuevamente a Estados Unidos, ofrecimiento que hasta ahora no ha cumplido ni tampoco le ha devuelto los US\$ 5.500 dólares por concepto de gastos de pasaje”.

Está en este párrafo una verdadera síntesis del hecho criminoso, en las facetas que interesan conocerse. Sobre ellas vienen otros aspectos de los cuales se extraen los siguientes:

“..... Una hoja volante conteniendo información para viajar a los Estados Unidos con documentos legales así como el domicilio y más datos para contactarse con el señor W.C. (sindicado), quien sin embargo luego de recibir el dinero nunca cumplió su oferta, por lo cual fue convocada a Guayaquil para una entrevista, se encontró con varias personas entre las cuales estuvo el señor L.M.T. (perjudicado) a quienes también el señor C. (procesado) les había dicho que en pocos días estará en los Estados Unidos; que permaneció alojada y encerrada en el hotel Queens, durante quince días, sin conseguir viaje alguno y así los mantuvo engañando hasta que suscribió letras de cambio por el valor recibido y, en su caso por la suma de US\$ 3.500 dólares para seguridad y tranquilidad de sus víctimas, pero que hasta ahora no ha devuelto el dinero ni ha cumplido el viaje convenido, antes por el contrario desapareció de Cuenca...”.

Declaran en la Audiencia de Juzgamiento otras víctimas más, que relatan igual procedimiento delictivo, siempre a base de honorarios elevados, oferta de visas y cumplimiento de los viajes ofertados.

“Que también otras personas, especialmente del cantón Paute han sido perjudicadas por C. con las mismas ofertas y mentiras...”.

Declaran en la Audiencia que el Sindicato fue “él, quien se ha comprometido llevarle con documentos legales a Estados Unidos a L.M.T., por la suma de US\$ 11.000 dólares de los cuales ha recibido US\$ 6.500 dólares y haciendo uso de la compañía American Airlines, vía Guayaquil-Miami-Nassau, desde donde fue deportado por las Autoridades de Migración por no tener visa legal; que pese al reclamo reiterado.... No cumplió su oferta ni tampoco ha devuelto el dinero....”.

“...Se llega a la certeza de que encaja el ilícito previsto y sancionado por el artículo 440-A del Código Penal que jurídicamente configura el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, por cuanto a través de medios ilegales.... ha facilitado la

migración... hacia Estados Unidos, cobrando la suma de US\$ 6.500 dólares sin que haya logrado su propósito, ni haya devuelto la cantidad de dólares americanos recibidos”.

Al momento de condenar al procesado el Tribunal Penal deja constancia de que no es reincidente el inculcado e impone la pena de seis años de reclusión menor ordinaria, pero que, por las atenuantes justificadas cambia la pena a tres años de prisión.

Así mismo el fallo referido permite llevar a cabo algunas consideraciones:

1.- El juzgamiento desde sus inicios hasta el fallo, ubica el delito cometido dentro del tipo penal de Tráfico Ilegal de Migrantes, descartando de plano todo cuanto pueda referirse a la estafa o a la defraudación, que eran los reductos de juzgamiento y punición, que antes se aplicaban por mandato del artículo 563 del Código Penal.

2.- Lo que si debe repararse es que hicieron radicar la competencia en los Juzgados del Azuay, pese a que la migración sucede en la ciudad y cantón de Guayaquil, pues allí fue el lugar de partida del perjudicado, que se embarcó a los Estados Unidos en esa ciudad. Si la regla de la competencia precisa que el juez que corresponde es el que está en donde se consuma el delito, resulta indudable que la migración fue consumada en el Guayas, nunca en el Azuay. Sin embargo esa circunstancia legal de puro derecho viene siendo incumplida, cuando cualquier otro juez como aquel que está en el territorio en donde se paga el precio de la migración, conoce y resuelve el caso más allá de seguro con la única finalidad de no dejar en la impunidad el delito. Sin embargo se anota lo dicho porque cuanto se trató de la competencia quedó demostrado que el juez competente es aquel en donde se consuma el delito. Son criterios se dirán que varían en el afán sancionador del Estado.

3.- Otra vez más se señalan los costos enormes y los sacrificios que en esta nueva jurisprudencia se ven y que llevan a la agonía económica a los estafados. El

problema social fue y es inmenso y por esa razón fue urgente la creación de los artículos 440-A y 440-B de nuestro Código Penal.

4.- No cabe duda: el perjudicado por el Tráfico Ilegal de Migrantes salió del país y con ello se configuró el elemento típico indispensable para que el mentado delito se contorne. Si no sale por cualquier razón no hay esa infracción y podrá haber cualquiera otra dependiendo al caso.

5.- Además el perjudicado fue deportado de los Estados Unidos a Ecuador porque sus papeles eran falsos. Significa lo dicho que en el inter críminis estuvo el delito de falsificación de documentos y el uso ilegal de los mismos. Sin embargo ni siquiera se menciona la posible acumulación de infracciones, pues se actúa de seguro por el principio de que el delito fin absorbe al o a los delitos medios, como se indicó en su oportunidad. Por eso pensamos que los jueces del fallo meditaron en todas estas circunstancias legales.

6.- Se hablaba de la industria de Tráfico Ilegal de Migrantes y ha habido el caso estudiado en la sentencia, en donde se ve que, para conseguir víctimas se tiene hasta propaganda escrita en hojas volantes para hacer la promoción del delito. Cosa insólita pero que tiene que relevarse para saber hasta donde llega la industria delictiva.

7.- Acorde con lo dicho en las transcripciones realizadas de la sentencia se mira como la ambición delictiva es un costal sin fondo. No es uno el caso del condenado en el fallo. Son varios los estafados y con los mismos insidiosos procedimientos llenos de dolo.

8.- No importa entonces que las víctimas tengan el domicilio que tengan y hayan sido engañadas en un punto concreto del territorio nacional. Los jueces actúan en donde hay algún indicio de que ahí también se consumaron los actos delictivos y por eso la competencia ya no es problema en claro afán de redimir a la sociedad de las lacras de los coyoteros, con toda su banda

9.- La pena que se impone es, primero de reclusión menor de seis años y por el juego de atenuantes probadas se convierte en prisión de tres años. Ciertamente el afán legislativo de castigar con rigor el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, fracasa mientras sigan vigentes para los coyotes las normas de modificación de penas, cuando existen una o más atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva de un delito.

La sentencia deja en claro que no ha habido devolución del dinero, en la consumación del Tráfico Ilegal de Migrantes pero, se sabe y esto es menester señalar que cuando hay el resarcimiento del daño esa circunstancia atenuante llega a tener calidad de extraordinaria para que los juzgadores, en todas las infracciones, sean generosos al rebajar las condenas.

Es la verdad que los Tribunales ya vienen depurando aquello de diferenciar estafa, defraudación y tráfico ilegal de migrantes, con cuyo cumplimiento los afanes de la justicia tienen alto mérito.

Conclusiones:

Los datos de jurisprudencia encontrados demuestran que los jueces están aplicando debidamente el delito creado.

Los Tribunales Penales sancionan por delito de Tráfico Ilegal de Migrantes si el perjudicado llega a salir del país pues este es el elemento típico indispensable para que el mentado delito se contorne. Pero si no sale por cualquier razón, no hay esa infracción y podrá haber delito de estafa si se dio la entrega del dinero o cualquier otro delito dependiendo al caso.

CONCLUSIONES

Al concluir este estudio sobre el delito del Tráfico Ilegal de Migrantes es necesario anotar las siguientes conclusiones

A lo largo de todos los capítulos escritos se han dejado señalados muchos aspectos y todos giran alrededor del delito de Tráfico Ilegal de Migrantes y por eso es que se intenta una sinopsis de aquello que fuera motivo de dichos análisis.

Siempre será de necesidad obligatoria seleccionar y delimitar los temas jurídicos, dedicados a meditar sobre las Leyes ecuatorianas. Resulta útil y conveniente, que las normas legales tengan tratamiento escrito para que su aplicación sea efectiva.

El delito estudiado tiene base en los graves y grandes problemas que conlleva la migración. Esta es eterna como el hombre. Nació con él y con él morirá. La migración ha existido desde que el hombre habitó en la tierra. Los primitivos habitantes fueron nómadas, no tenían residencia fija, siendo el poblamiento del mundo, en buena medida, producto de movimientos migratorios.

En el Ecuador el fenómeno migratorio hacia el exterior, comienza, en forma incipiente, en la década de los años sesenta del siglo XX, para agudizarse y convertirse en verdadero problema social en las décadas del 80 y 90 del siglo pasado, incrementándose substancialmente en 1998, año en el que se agudizó la crisis económica, política y social del país, continuando sin variantes hasta nuestros días. Es un problema de creciente magnitud, un delito que a partir del año 2000 está tipificado en el Código Penal y publicado en el Registro Oficial del Ecuador,

En los últimos lustros el Ecuador ha visto como la problemática de la migración ha tomado cuerpo y se ha convertido en actividad delictual y es por eso que el Congreso de la República del Ecuador, dictó las reformas debidas al Código Penal

con lo que instaló en el Ecuador el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, que consta en el Capítulo XII Art. 440-A (440.1), 440-B (440.2) que hacen referencia al tráfico ilegal de migrantes y a la sanción por lesiones previsibles respectivamente. Por eso la Ley reformativa del Código Penal en sus artículos 440-A y 440-B procuró y procura sancionar debidamente a estos delincuentes especiales que explotan la migración.

El delito de Tráfico Ilegal de Migrantes es un tipo penal independiente que tiene que llenar tres elementos: tráfico ilegal de migrantes saliendo del país, que el lugar de salida sea el Ecuador y que la acción delictiva consumada no constituya delito más grave.

El verbo rector del delito es “hacer emigrar” y ejecutar actos ilegales con fin comercial.

El delito fin subsume al delito medio no pueden castigarse los dos. Solamente cuando la migración no se consuma se tiene que investigar y condenar a los delitos medios, que por sí son delitos, pero, cuando consiguen la migración, pierden su punibilidad porque se castiga el resultado.

Si la migración no se consume no hay razón alguna para que los actos delictivos medios, no merezcan enjuiciamiento y sanción, pues si bien no llegó al delito fin, si se cometieron delitos medios, que al no darse la migración, tienen que ser sancionados de acuerdo al tipo penal que corresponda según el Código Penal.

Es grave que en la Legislación Ecuatoriana se haya eliminado la pena al explotado, cuando éste ha cometido delitos graves como el de falsificación de documentos, cédulas, sellos etc., pues todo esto puede y debe castigarse en defensa de la moral y de la sociedad.

La punición en el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes se aumenta cuando los resultados en el migrante deja lesiones y hasta la muerte pero es elemento típico que esos resultados tengan la calidad de previsibles lo cual es de muy difícil comprobación.

La Ley de Extranjería y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes vincula los países en el empeño de regular la vida migrante, pero respetando la soberanía de cada país en el tratamiento del delito en estudio.

La estafa, la defraudación y el tráfico de carácter ilegal en las migraciones tienen formas iguales o similares de consumar cada delito de los mencionados pues todos amparan al estafado, sólo que, cuando de migración se trata, las modalidades son de delito independiente.

Base del delito de Tráfico Ilegal de Migrantes es el de estafa o defraudación. Fueron uno solo. Hoy son distintos.

La doctrina penal señala los elementos del delito de estafa de iguales contornos, pero no tiene independientemente concretado el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes.

En cuanto a la competencia de los jueces se debe estar a la que corresponde tomando en cuenta la consumación del delito. En la migración deberían ser los jueces del lugar donde se consuma la migración, sin embargo la práctica diaria no se sujeta a lo mencionado.

Imposible hablar de conversión en los delitos de Tráfico Ilegal de Migrantes, pues es norma de amparo a la Seguridad Pública, lo que impide indicar que sea de posible solución por el simple acuerdo de las partes. La conversión en la estafa existe y de hecho se da, pero no en el Tráfico Ilegal de Migrantes.

Los datos de jurisprudencia encontrados demuestran que los jueces están aplicando debidamente el delito creado.

No se puede hablar de coautoría entre el traficante ilegal que produce la migración y sus víctimas que sufren en ella pues el acto de emigrar es legítimo y son los coyoteros los que le han vuelto delito; y mal pueden ser coautores la víctima y su victimario.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD, Ana. El Mercurio. “El Fenómeno de la Migración”. Cuenca, abril 26 2006 [en línea] <http://www.elmercurio.com.ec/> [Consulta 3 de marzo 2006]
- ALER y otros. “Migración Comunicación y Desarrollo”. Quito Ecuador, 2002
- ALTAMIRANO, Teófilo. “Los que se fueron”. Pontificia Universidad Católica, Lima, Perú, 1990.
- ASTUDILLO, Jaime y CORDERO Claudio. “Los Huairapamushas en Estados Unidos. Flujos Migratorios de la Región Centro Sur del Ecuador a Estados Unidos”. Estudios crónicas y relatos de nuestra tierra, tomo segundo.- Casa de la Cultura Ecuatoriana Núcleo del Azuay. 1996.
- BORRERO, Ana Luz. “Impacto de la Migración en el Azuay”. Universidad de Cuenca. 1996.
- CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual” tomo II. Editorial ARAYÚ, Buenos Aires, Argentina, 1954.
- CAAMAÑO, Eduardo y otros. “Ley de Migración”. Registrada bajo el N° 25.871. Argentina, s.a. [en línea] <http://www.gema.com.ar/ley25871.htm/> [Consulta 22 febrero 2006]
- CARPIO, AMOROSO LUIS. “Migrantes”. Edit. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Núcleo del Cañar, 2003
- CÓDIGO PENAL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, actualizado al 2005.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, actualizado a mayo del 2005.
- CUELLO CALON, Eugenio. “Derecho Penal”. Bosch casa editorial. Tercera edición, Barcelona, 1932.
- DE RAMIREZ GRONDA, Juan. “Diccionario Jurídico”, Editorial Claridad, Argentina, 1942.
- DERRUAU. Max. “Geografía Humana”.- Novena Edición.- Editorial Vives Vives, Barcelona España, 1999.

Diario Hoy. Blanco y Negro. Periodismo de Información. “Coyotaje Segundo Negocio Ilegal más Rentable. Quito, agosto 7 2004 [en línea] <http://www.hoy.com.ec/suplemen/blan304/byn.htm> [Consulta 19 de marzo]

DIARIO HOY. “Europa cierra sus puertas a los migrantes. Declarada la guerra contra la migración. Entre el miedo y la incertidumbre”. Quito, 2003 [en línea] <http://www.hoy.com.ec/especial/2003/emigrantes.htm> [consulta 15 de febrero 2006]

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, XII edición, impresión Mateu cromo, 2001.

ELJURI, Gabriela. “Migrantes de Azuay y Cañar en el Gran Nueva York: Cultura e Identidad”. UPS. Quito, 2003.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Lavalle 1316, 1067 y siguientes

ESCOBAR, Santiago, MARTINEZ, Lautaro y otros. “Población, Migración y Empleo en el Ecuador”. (s.a)

ESCRICHE, Joaquín. “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, Garnier Hermanos librereros editores.

GALLARDO, Natividad. “Migraciones. Vocablos”. Universidad de Alcalá, Madrid, España. 2003 [en línea] <http://www.eslee.org/migraciones.php?glosarios=migraciones> [Consulta 1 de marzo 2006]

GARBAY, Susy. “Análisis sobre Globalización, Migración y Derechos Humanos. Migración, Esclavitud y Tráfico de Personas. Revista Aportes Andinos. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito octubre 2003 [en línea] <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista7/articulos/susy%20garbay.htm> [Consulta 5 de marzo 2006]

HURTADO, Oswaldo. “El Poder Político en el Ecuador”. Universidad Católica, 1977

HURTADO, Oswaldo. 2001. Deuda y Desarrollo en el Ecuador Contemporáneo. Editorial Planeta, 2001

INEC (Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos) 1990 -2001.

JURISPRUDENCIA PROVINCIAL DEL AZUAY: Archivos

LEY DE MIGRACIÓN, Decreto Supremo No. 1899. RO/ 382 de 30 de Diciembre de 1971

LEY DE EXTRANJERIA Y MIGRACIÓN Y REGLAMENTO, septiembre, 1984.

ODERIGO, Mario. “Código Penal Anotado”, 2da Edición, Editorial Ideas, Buenos Aires, Argentina, 1946.

MARMORA, Lelio. “Las Políticas de Migraciones Internacionales”. Alianza Editora S.A., Buenos Aires.- 1997.

Migrantes en línea.”La nueva Ley de Migración en Ecuador está más cerca”. Quito, s.a. [en línea] <http://www.migrantesenlinea.org/migrantes.php?c=154> [Consulta 22 abril 2006]

Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador. “Ley de Migración”. Quito, s.a. [en línea]http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/ministerio/legislacion/leg_ley_migracion.htm [Consulta 6 de marzo 2006]

Ministerio de Gobierno del Ecuador. “Ley de Migraciones”. Codificación 2005-2006. Registro Oficial 563,12-IV. 2005 [en línea] http://www.mingobierno.gov.ec/ley_migratoria.htm [consulta 7 marzo 2006]

MOREIRA, María Elena. “Derechos Humanos de los Inmigrantes y Extranjeros en el Ecuador” 2004. [en línea] <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista7/instrumentos/protocolo.htm>. [Consulta 17 de febrero]

MOREIRA, María Elena. “Derechos Humanos de los Inmigrantes y Extranjeros en el Ecuador” 2004. [en línea] <http://www.humanrightsmoreira.com/articulos.htm#inmigrantes> [Consulta 31 de enero]

NAVARRO RODRIGUEZ. “Doctrina Penal del Tribunal Supremo”. Edición Aguilar, 1960, España Madrid.

PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Naciones Unidas 2000

PUIG PEÑA, Federico. “Derecho Penal”. Madrid, 1955.

RAMOS, Jorge. “La otra cara de América: Historia de los Migrantes Latino Americanos que están cambiando a Estados Unidos”.- Editorial Grijalva, México, 2002.

Revista Quito Digital. "Disposiciones Legales. Disposiciones Reglamentarias".
Quito junio 1998 [en línea]
[.http://www.sisepuede.com.ec/parte.php?c=4&s=78x=5](http://www.sisepuede.com.ec/parte.php?c=4&s=78x=5) [Consulta 11 febrero
2006]