



DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Tratamiento penal del Tráfico Ilícito de Migrantes en el Perú: **Avances, desafíos y retos**



Tratamiento penal del Tráfico
Ilícito de Migrantes en el Perú:
avances, desafíos y retos



Defensoría del Pueblo
Jr. Ucayali N° 394-388
Lima 1, Perú
Teléfono. (511) 311-0300
E-mail: consulta@defensoria.gob.pe
Web: www.defensoria.gob.pe
Facebook: Defensoría del Pueblo - Oficial
Twitter: @Defensoria_Peru
Línea gratuita: 0800-15170

Editado por: Defensoría del Pueblo
Corrección de estilo: Jorge Alania Vera

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-04314.
Primera edición: abril 2019
500 ejemplares

Se terminó de imprimir en abril del 2019 en:
Voreno E.I.R.L.
Jirón Puerta del Sol, Mz. T5, lote 4, N° 202
La Molina

El presente informe ha sido elaborado por la consultora Gisella Vignolo Huamaní. La revisión y corrección del informe estuvo a cargo de Sonia Guadalupe Cavalié Apac, Jefa de Área, de Percy Castillo Torres, Adjunto (e) para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo; y Priscilla Silva, punto focal del programa de lucha contra la trata de personas de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

Se expresa un especial agradecimiento a la colaboración de Magaly Díaz Arias y a los/ las comisionados/as, de las oficinas defensoriales de Tumbes, Madre de Dios, Cajamarca, Piura, Callao, Puno y Tacna por su colaboración en el levantamiento de la información.

La elaboración y publicación de este Informe ha sido posible gracias a la asistencia de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el organismo de las Naciones Unidas para la migración.

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
PRESENTACIÓN	9
CAPÍTULO I	
MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES	13
1. NORMAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES	13
1.1 LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (LA CONVENCIÓN).	14
1.2 EL PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE (EL PROTOCOLO.	15
2. LEY MODELO DE LA OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES	25
2.1 NO SE REQUIERE TRANSNACIONALIDAD O LA EXISTENCIA DE UNA DELINCUENCIA ORGANIZADA	25
2.2 EL BENEFICIO FINANCIERO U OTRO BENEFICIO DE ORDEN MATERIAL	27
2.3 PRECISIÓN DE CONDUCTAS A SER PENALIZADAS	29
2.4 TRATAMIENTO DE INMIGRANTES	30
2.5 AGRAVIANTES	30
3. LEGISLACIÓN COMPARADA EN LA REGIÓN: ARGENTINA, COLOMBIA Y CHILE	33
4. DIFERENCIAS ENTRE LOS DELITOS DE TRATA DE PERSONAS Y TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES	49
CAPÍTULO II	
ANÁLISIS DE LAS CARPETAS FISCALES Y EXPEDIENTES JUDICIALES SOBRE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES, MATERIA DEL ESTUDI	53
1. INFORMACIÓN ESTADÍSTICA. ASPECTOS GENERALES	53
1.1 DETERMINACIÓN DE LA MUESTRA DE ESTUDIO	54
1.2 DIFICULTADES PARA LA UBICACIÓN Y ACCESO A LAS CARPETAS FISCALES Y EXPEDIENTES JUDICIALES	56
1.3. PERFIL DE LAS PERSONAS OBJETO DE TRÁFICO	61
1.4. PERFIL DE LAS PERSONAS INVESTIGADAS/CONDENADAS	67
1.5. ALGUNOS PATRONES IDENTIFICADOS EN LAS REGIONES	74
1.6 EL PERÚ COMO PAÍS DE TRÁNSITO	78

2. DIFICULTADES ADVERTIDAS EN LA INVESTIGACIÓN, JUZGAMIENTO Y	
SANCIÓN DE LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES	79
2.1 ESTADO GENERAL DE LOS PROCESOS	80
2.2 DESARROLLO DE LAS INVESTIGACIONES	81
2.2.1 INVESTIGACIONES POLICIALES	81
2.2.2 INVESTIGACIONES FISCALES	86
2.3 CRITERIOS JUDICIALES PARA DETERMINAR LA PENA Y LA	
REPARACIÓN CIVIL	96
2.3.1 DETERMINACIÓN DE LA PENA	96
2.3.2 DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL	99
2.4 ALGUNOS CRITERIOS DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA	101
2.4.1 ACTIVIDAD DE LOS TRANSPORTISTAS LUEGO DE	
CRUZADA LA FRONTERA	101
2.4.2 CRUCE DE FRONTERA DE UN PADRE / MADRE CON	
SU HIJO/A	102
2.4.3 ALBERGUE DE MIGRANTES PREVIO CRUCE DE LA	
FRONTERA	103
2.4.4 EL AFÁN DE LUCRO COMO PARTE DEL TIPO	
SUBJETIVO	104
2.5 ACTUACIÓN DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA	104
2.6 ACTUACIÓN DE LA PRODURADURÍA DEL ESTADO	105
3. ACCIONES EN MATERIA DE ASISTENCIA Y PROTECCIÓN A LAS PERSONAS	
OBJETO DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES	106
3.1 NORMATIVA NACIONAL ESPECÍFICA EN MATERIA DE ASISTENCIA	
Y PROTECCIÓN	103
3.2 INFORMACIÓN RECOPIADA DE LOS SECTORES SOBRE SUS	
AVANCES Y DESAFÍOS	111
CONCLUSIONES	127
RECOMENDACIONES	135

PRÓLOGO

En septiembre del 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), con una agenda hacia el año 2030, que consta básicamente de 17 objetivos dentro de los cuales se encuentra el ODS 10 referido a la reducción de las desigualdades, en su meta 7 busca salvar esas desigualdades facilitando una migración y movilidad segura de las personas. Así también, el pasado mes de diciembre del 2018, el Perú firmó, en el marco de las Naciones Unidas, el Pacto Global para la Migración, a través del cual se incluyen diversos mecanismos y recomendaciones que, entre otros, plantean una posición frontal para combatir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, delitos que se incorporan en las dinámicas migratorias transnacionales.

En el Perú, la Organización Internacional para las Migraciones, (OIM), que es la agencia de las NNUU para la Migración, destaca los avances del Estado y sus esfuerzos de articulación para la implementación de políticas públicas y legislación que permita, entre otros, la persecución de mafias involucradas en el tráfico ilícito de migrantes; sin embargo, el incremento y complejidad de los flujos migratorios y el hecho de que algunas normas se encuentran, incluso, fuera de contexto y necesidades actuales, exigen mayores retos al marco normativo e institucional. Así, resulta necesario redoblar y apoyar los esfuerzos encaminados al fortalecimiento de

acciones del Estado, a fin de asegurar una gobernanza migratoria eficaz e inclusiva, que tenga como centro a las personas migrantes, atendiendo sus condiciones y necesidades particulares.

En este contexto, la OIM se congratula en presentar el estudio titulado “Tratamiento penal del Tráfico Ilícito de Migrantes en el Perú: avances, desafíos y retos”, el cual constituye un insumo importante para abordar un tema poco explorado en el contexto actual. El objetivo de este estudio es brindar un diagnóstico sobre los casos tipificados como tráfico ilícito de migrantes, entre el 2012 y 2017 en 8 regiones del país, basándose en el análisis de las carpetas penales del Ministerio Público y Poder Judicial correspondientes a cada jurisdicción.

Esta publicación es un esfuerzo conjunto de la Defensoría del Pueblo, con la cual la OIM sostiene una importante alianza desde el año 2012, a fin para generar conocimiento, fortalecer los esfuerzos del Estado y facilitar la implementación de la política migratoria nacional integral, para que ésta se convierta en un instrumento para el desarrollo del país, el bienestar de las y los migrantes y la defensa de sus derechos fundamentales.

José Iván Dávalos
Jefe de Misión
Organismo de la Naciones Unidas para la Migración (OIM)
Misión en el Perú

PRESENTACIÓN

El Perú no es ajeno a la cambiante dinámica migratoria en el mundo, y ha sido país de origen, destino y tránsito, en diferentes momentos de su historia, habiendo recibido a miles de migrantes, especialmente europeos y asiáticos. Además, tiene cerca de tres millones de connacionales residiendo en el exterior y, recientemente se ha convertido en el país de destino para miles de venezolanos que huyen de la grave crisis humanitaria, social y política que vive su país.

Si bien la política migratoria peruana se ha enfocado en la atención a sus connacionales que residen en el exterior, no podemos perder de vista que en los últimos años, a partir del alto flujo de ciudadanos haitianos que cruzaron diversos países para llegar a Brasil, los mecanismos de la delincuencia transnacional como la trata de personas y el tráfico de migrantes, han ido en aumento en nuestra región. Más aún, cuando muchos Estados adoptaron medidas que limitaban el ingreso de estas personas, lo que lamentablemente propició que éstos optaran por recurrir a traficantes.

La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, aunque son conductas ilícitas distintas se encuentran vinculadas, en vista que ambas tienen nefastas consecuencias en la vida, la dignidad, la integridad y la libertad de las personas; delitos que por su complejidad, naturaleza y dimensión requieren la cooperación internacional.

Precisamente, a propósito de la situación de las personas haitianas, la Defensoría del Pueblo tomó conocimiento de algunas dificultades respecto a la comprensión y el abordaje de esta problemática en nuestro país, en particular, entre los operadores de la administración de justicia. En esa medida, con el apoyo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), se consideró necesario realizar un análisis a partir de una muestra representativa de casos, que permitiera conocer cómo se viene enfrentando este delito, para evitar su impunidad que se ve favorecida en contextos como los actuales de alta demanda y flujos migratorios.

En esa línea, el Informe de Adjuntía N° 001-019-DP/ADHPD, constituye un aporte para la construcción de un diagnóstico de la situación actual del tratamiento penal del delito de Tráfico Ilícito de Migrantes. En tal sentido, pretende ser una herramienta a ser utilizada en la toma de decisiones de los diferentes sectores del gobierno, vinculados a la prevención, atención y protección a las personas objeto de tráfico.

En el primer capítulo, se desarrolla el marco normativo internacional y nacional sobre este delito, la actuación de las entidades competentes para su persecución, investigación y sanción, así como las acciones de protección a las personas objeto de tráfico, cuando tienen la calidad de víctimas. El capítulo segundo da cuenta del análisis de expedientes judiciales y carpetas fiscales de Tumbes, Madre de Dios, Cajamarca, Piura, Callao, Puno, Tacna y Lima Centro, correspondientes al período 2012 – 2017. Así, en el documento se formula un conjunto de recomendaciones destinadas a mejorar el tipo penal y la organización estatal para atender de manera eficiente e integral esta problemática.

No quisiera finalizar estas líneas, sin agradecer a los/las funcionarios/as de distintos sectores del Estado, miembros de organizaciones internacionales y de la sociedad civil, así como a destacados especialistas y profesionales que participaron en las mesas de trabajo llevadas a cabo el

27 de setiembre del 2018, aportando con su experiencia en los contenidos de este documento.

Lima, marzo de 2019.
Walter Gutiérrez Camacho
Defensor del Pueblo

CAPÍTULO I

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

Si bien el presente estudio se centra en analizar la forma cómo la justicia peruana aborda los casos de tráfico ilícito de migrantes¹, es necesario realizar una aproximación dogmática a la regulación de esta conducta en la legislación internacional, lo que nos permitirá advertir si nuestra normativa interna presenta vacíos o se ajusta a los estándares mínimos que establecen estos instrumentos.

1. Normas Internacionales en materia de Tráfico Ilícito de Migrantes

La migración dinamiza las economías y, en general, trae consigo efectos positivos. Sin embargo, cuando el cruce de fronteras se convierte en una necesidad (por razones económicas, sociales o humanitarias), ante las restricciones impuestas por algunos países debido a los flujos masivos

¹ Es importante mencionar que cuando se habla de migrante que puede ser objeto de tráfico, se hace referencia a toda persona en situación de movilidad, por ejemplo, personas refugiadas, solicitantes de refugio, trabajadores fronterizos, solicitantes de asilo. Véase: Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Tráfico Ilícito de Migrantes: Gestión Fronteriza Integral en la Subregión Andina. Módulo V. Lima, agosto de 2013, p. 31.

de migrantes, se crean mecanismos ilegales para facilitar el tránsito y vulnerar los controles migratorios de diversa manera.

El tráfico ilícito de migrantes constituye en la actualidad una preocupación a nivel mundial, porque afecta a un gran número de países, estén considerados como puntos de origen, tránsito o destino. Combatirlo es una tarea compleja debido a su naturaleza clandestina, a las dificultades para determinar esta conducta, aunado ello a una dura realidad debido a que muchas personas están dispuestas a poner en peligro su vida, por alcanzar un futuro mejor para ellas y sus familias. Esa situación de vulnerabilidad es aprovechada por los traficantes, que son conscientes de las limitaciones que existen para perseguirlos y sancionarlos.

La primera referencia al tráfico ilícito de migrantes, se encuentra en el Convenio N° 143, de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidad y de trato de los trabajadores migrantes (Ginebra 1975). En dicho Convenio, se exhorta a que los Estados ejerzan su poder punitivo para procesar judicialmente a los integrantes de las redes de traficantes de mano de obra. Con ello se busca defender y proteger los derechos de las personas trabajadoras migrantes.

1.1 La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (La Convención)

Atendiendo a la importancia de este tema, en el año 2000, los países miembros de Naciones Unidas suscribieron la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, como uno de los primeros instrumentos de aplicación internacional que tenía como propósito promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir el delito.

La Convención regula la prevención, investigación y enjuiciamiento de las conductas ilícitas cometidas por organizaciones criminales que traspasen fronteras, considerando punibles las conductas destinadas a la participación de estas organizaciones, el lavado de activos, la corrupción y la realización o ejecución de medios que obstaculizan la justicia.

Asimismo, señala la importancia de compartir los métodos empleados durante las investigaciones internas, rutas y técnicas utilizadas para la facilitación del delito, como también los mecanismos para la obtención y vigilancia de las pruebas. Igualmente, establece que los Estados deben brindar asistencia y protección a las víctimas. En tal sentido, deben adoptar medidas apropiadas para dicho fin, en especial en los casos de represalia o intimidación, permitiéndoles a quienes fueron agraviados con la conducta ilícita, que participen durante el proceso de investigación y enjuiciamiento, para lograr la satisfacción de sus intereses y la protección plena de sus derechos fundamentales.

En lo que respecta a la cooperación internacional para la adopción de medidas de prevención e investigación, la Convención señala que podrán realizarse a través del intercambio de información, capacitaciones y asistencia técnica en delitos transnacionales, que deben dirigirse en particular, a los órganos y operadores de justicia, tales como jueces, fiscales, personal de migraciones y policía.

1.2 El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (El Protocolo)².

Como se ha señalado anteriormente, la Convención buscó convertirse en un mecanismo uniforme que sirviera a los Estados para la prevención, investigación y enjuiciamiento del crimen organizado transnacional; no obstante, este documento que en líneas generales establece directrices de actuación, necesitaba también de una norma que pudiera complementarlo

² En el caso peruano el Protocolo fue ratificado el 23 de enero de 2002.

en su accionar frente a delitos específicos, como es el caso del tráfico ilícito de migrantes, adoptándose el “Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire”, que se aplica en los países parte de forma conjunta con la Convención.

Como reconoce Eduardo Geronimi, el Protocolo se generó ante la ausencia de un instrumento jurídico internacional de carácter universal, que dada la variedad de definiciones, tipificaciones penales, falta de armonización y tratamiento en los ordenamientos jurídicos internos y lagunas jurídicas, eran espacios vacíos que aprovechaban los traficantes al momento de establecer rutas del tráfico y de la trata. Para dicho autor, la Convención y sus protocolos, establecen normas mínimas que servirán de marco a los Estados partes, en la elaboración de una legislación interna coherente con las necesidades nacionales e internacionales, mediante los acuerdos bilaterales o multilaterales con cada Estado partícipe³.

Por su parte, la OIM destaca que la importancia del Protocolo radica en establecer una definición común de este delito, pues reconoce que la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes tenía como debilidad *“la ausencia de un acuerdo internacional que estableciera una definición común sobre su concepto y contenido. Esta situación dificultaba que los Estados pudieran armonizar sus legislaciones penales en la materia y luchar de manera coordinada contra este delito. En efecto, la variedad de definiciones y de tipificaciones penales, la aplicación subsidiaria de otras figuras para reprimir este delito, y los diferentes tratamientos que recibía por parte de algunas legislaciones nacionales, facilitaban su comisión por redes criminales”*⁴.

El Protocolo tiene cuatro grandes grupos de obligaciones para los Estados: la primera, vinculada a la prevención del delito; la segunda, a penalizar y

3 Geronimi, Eduardo. “Aspectos jurídicos del Tráfico y la Trata de Trabajadores Migrantes”. Programa de Migraciones Internacionales. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. Octubre 2002, p. 17.

4 Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Tráfico Ilícito de Migrantes: Gestión Fronteriza Integral en la Subregión Andina. Módulo V. Lima, agosto de 2013, p. 18.

sancionar el tráfico de migrantes, en su forma básica y agravada; la tercera, a la promoción de la cooperación internacional (intercambio de información entre países); y la última, a la protección de los derechos de las personas migrantes.

En cuanto a la conducta a penalizar, el artículo 3 del Protocolo define este delito como:

“(...) la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”

Por ende, esta sería la conducta que debe ser establecida en las normas penales nacionales. Adicionalmente, el artículo 6º literal c del Protocolo señala que los Estados partes deben adoptar medidas legislativas para tipificarlo también como delito de tráfico ilícito de migrantes:

“La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado (...)”. Subrayado nuestro.

En ese sentido, si bien los actos criminales constitutivos del tráfico ilícito de migrantes y la intencionalidad requerida para la comisión de los mismos varían según la legislación de cada país, de acuerdo al Protocolo, las conductas prohibidas que representan el “*tráfico ilegal de migrantes*” son⁵

5 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Manual sobre la lucha contra el Tráfico Ilícito de Migrantes. Módulo 1. Comprender el Tráfico Ilícito de Migrantes. Nueva York, 2011, p. 30.

La facilitación de la entrada ilegal	+	de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional	+	con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material
La habilitación de una persona para permanecer en un país	+	del cual dicha persona no sea residente legal o ciudadano sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente	+	con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material

Según UNODC⁶, aplicando como norma de interpretación el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁷, se entiende que facilitar implica el hacer fácil o posible la ejecución de algo.

La *facilitación* incluye –además- diversas modalidades⁸:

- La organización o la planificación de las actividades propias de todo el proceso del tráfico.
- La coordinación entre los diversos integrantes de la organización criminal o entre las personas que participan en el proceso de tráfico.
- El reclutamiento de las personas objetos de tráfico, lo que implica detectar a aquellas que deseen ingresar a un país, pero por diversos motivos no pueden hacerlo de manera legal.
- El transporte llevando a los objetos de tráfico de un país a otro y burlando los controles migratorios respectivos

6 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales. UNODC, Bogotá. 2008, p, 29

7 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

8 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales. UNODC, Bogotá. 2008, p, 29

- La entrega de documentos falsos, que constituye, en algunos casos, el medio para lograr superar de manera ilegal el control migratorio.
- El alojamiento ilegal de las personas migrantes dentro del proceso de tráfico.

De otro lado, el Protocolo, en su artículo 3, señala que constituye un documento de identidad o de viaje falso, cualquiera de estos tres supuestos:

Elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado;

- i. Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o
- ii. Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo;

Asimismo, como “entrada ilegal”, se debe entender el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor. Esta definición incluye dos supuestos⁹:

- El cruce de fronteras por pasos no autorizados en los que se evitan los controles de la autoridad competente, que es ejercida en los puestos de control establecidos, y
- El cruce de fronteras a través de los controles de la autoridad competente, pero con documentación falsa, robada o adulterada.

En resumen, el Protocolo establece lo que debemos entender como

9 Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Tráfico Ilícito de Migrantes: Gestión Fronteriza Integral en la Subregión Andina. Módulo V. Lima, agosto de 2013, p. 20.

delito de TIM, los medios que coadyuvan al proceso de tráfico, tales como la creación de documentos de viaje o de identidad falsos, así como la facilitación, provisión o la posesión de dichos documentos para el pase o la estadía ilegal en un país.

Elementos que integran el tipo penal del Tráfico Ilícito de Migrantes, según el Protocolo

- **Sujeto activo**

Es el “traficante”, que puede ser cualquier persona en tanto no existe cualificación de ninguna clase, siempre que esté involucrada directa o indirectamente con el delito. No obstante, en algunas legislaciones, como la peruana, la cualificación del sujeto activo puede constituirse en un agravante específico¹⁰.

- **Persona objeto de tráfico**

Se le considera a la persona no nacional de un Estado parte, que es asistida por el traficante para ingresar de forma ilegal a un país. En términos generales, no tiene la calidad de víctima, salvo que se vulneren sus derechos durante el traslado: *“Cuando exista una vulneración a los derechos fundamentales de las personas objeto de tráfico, surgirá para el Estado contratante del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, la obligación de adoptar medidas para proteger adecuadamente a los migrantes contra “toda violencia que puedan infligirles personas o grupos, por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas”¹¹.*

10 Como se analiza más adelante, en el tipo agravado regulado en el artículo 303-B incisos 1, 2 y 6 primer párrafo del Código Penal, se consideran agravantes las situaciones en las que el sujeto activo realiza el hecho abusando del ejercicio de la función pública; es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que se aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito; y, tiene una relación familiar con el migrante. Lo mismo sucede en la legislación chilena y argentina.

11 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales. UNODC, Bogotá. 2008, p. 66. El texto hace referencia al artículo 16 del Protocolo.

Para la OIM entre los principales motivos para que una persona objeto de tráfico sea considerada víctima, se encuentran:

- i. Que en el trayecto pueda caer en manos de una red de trata de personas.
- ii. Que sea sometida a vejámenes u obligada a delinquir para pagar el servicio.
- iii. Que en las condiciones del traslado se ponga en peligro su vida, su integridad, su salud, incluso si la persona conocía que el trayecto se iba a realizar en esas condiciones.

- **Elemento del tipo subjetivo**

La normativa señala la existencia de un elemento de tipo subjetivo, un propósito específico del traficante: *obtener un beneficio financiero o material*.

Ello sirve para no incluir como conducta delictiva a aquellas brindadas por alguna persona como “ayuda” o “apoyo” y que tuvieran una finalidad humanitaria o altruista. Es claro que dichas conductas, si bien pudieran implicar la afectación de la normativa migratoria, no deben ser abarcadas por la norma penal.

De igual forma, es absolutamente necesario recordar que el Protocolo no penaliza de modo alguno, la conducta del propio migrante por haber sido objeto de tráfico. Así lo señala en su artículo 5.¹² Es decir, no se puede sancionar a una persona por el hecho de haber sido objeto de este delito, incluso cuando haya dado su consentimiento para el traslado. Ello concuerda con el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre el

¹² Artículo 5.- “Responsabilidad penal de los migrantes. 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.”

Estatuto de los Refugiados, el cual estipula que los refugiados no deben ser penalizados, siempre que se cumplan ciertas condiciones:

Artículo 31. — Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio

1. Los Estados contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

Es claro que se favorece a la persona calificada como refugiada, quedando en duda la situación de aquellas que no cumplan con los requisitos para ser consideradas como tales. Al respecto, el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, define quiénes deben ser considerados así. En ese sentido, la intención del Protocolo es sancionar el tráfico ilícito realizado por organizaciones delictivas, y no la migración en sí misma¹³.

- **Contenido y necesidad del beneficio**

El “beneficio” debe ser interpretado de una manera extensa, de modo que se incluya cualquier “*tipo de pago, soborno, recompensa, ventaja, privilegio*” incluyendo formas de intercambio de propiedad y servicios sexuales¹⁴.

13 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Manual sobre la lucha contra el Tráfico Ilícito de Migrantes. Módulo 1. Comprender el Tráfico Ilícito de Migrantes. Nueva York, 2011, p. 12.

14 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales. UNODC, Bogotá. 2008, p. 30.

En cuanto a la necesidad de la obtención de dicho beneficio para la configuración del tipo penal, se entiende que ello depende de cada legislación, de modo que es factible que no sea necesaria de verificar para la existencia de una conducta delictiva, y que su obtención se constituya en un agravante.

Al respecto, es necesario señalar que para la UNODC, estamos frente a un delito de *mera conducta*¹⁵, es decir que se entiende por cometido el delito con la existencia de un acuerdo entre el migrante y el traficante para facilitar la entrada o permanencia ilegal a cambio de algún beneficio, no requiriéndose que el ingreso o permanencia se realice ni que haya existido un efectivo beneficio. En efecto, *“(…) se debe tener claridad en torno a que la conducta es de mera conducta y como tal independiente de si se logra el cometido final, a saber: la “entrada” o “permanencia ilegal”, se consume el delito con la simple “facilitación”, acto que puede incluir, entre otros, (i) la organización, (ii) la coordinación, (iii) el reclutamiento, (iv) el transporte, (v) la entrega de documentos falsos y (vi) el alojamiento ilegal.”*¹⁶ De seguirse este criterio, se dificulta la configuración de la tentativa, conforme la doctrina lo señala para este tipo de delitos.¹⁷

- **Países involucrados**

El tráfico puede implicar que las personas se trasladen por diversos países hasta llegar al destino final. De este modo, se consideran a los países de origen (desde donde se inicia el recorrido de las personas migrantes), países de tránsito (aquellos que deben de atravesar en su recorrido) y países de destino (a los cuales llegan con la finalidad de quedarse).

15 Los delitos de mera conducta o mera actividad son aquellos que se perfeccionan con la sola conducta del agente sin que se requiera para ello la producción de un resultado material

16 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales. UNODC, Bogotá. 2008, p, 29.

17 El debate sobre los efectos de los delitos de mera actividad en relación a la tentativa, al respecto puede revisarse a Modolell González, Juan Luis. (2016). El tipo objetivo en los delitos de mera actividad. Política criminal, 11(22), 368-390. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200002>

El debate respecto a la comisión del delito, se da, entonces, en relación a si el pasar por un país de tránsito, constituye una conducta delictiva o la misma únicamente se da en caso de que la persona ingrese al país de destino final.

Al respecto, es relevante la afirmación que realiza la UNODC:

“Dada la complejidad que implica la lucha contra el fenómeno del tráfico ilícito de migrantes, principalmente por el carácter transnacional del delito, esta discusión se ha zanjado a favor de una mayor cobertura del tipo penal. Es por ello que se ha concluido que el protocolo reprocha penalmente no solo la facilitación de “entrada ilegal” al país receptor (país de destino), sino que incluye además la “entrada ilegal” del país de “tránsito” lo que además comprende una herramienta esencial en la lucha contra el crimen organizado, pues la desarticulación de las redes no solo se logra atacando a la organización desde la salida o llegada de los migrantes sino también identificando los puntos de tránsito entre uno y otro”.¹⁸

Esta interpretación del Protocolo es sumamente importante en tanto ayuda a establecer las conductas que deben ser abarcadas por las normas penales nacionales, así como la manera en que deben ser atendidas por parte de los operadores fiscales y judiciales.

¹⁸ 2Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales. UNODC, Bogotá. 2008, p. 30.

2. Ley Modelo de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, contra el Tráfico Ilícito de Migrantes

Si bien no es propiamente un instrumento internacional, Naciones Unidas ha elaborado una Ley Modelo para el Tráfico Ilícito de Migrantes, con la finalidad de que los Estados partes, incorporen en sus legislaciones nacionales, los aspectos esenciales que el Protocolo recomienda deben contener sobre esta materia.

Resulta innegable que las denominadas “Leyes modelo”, constituyen mecanismos importantes de adecuación normativa, a través de las cuales se busca armonizar la legislación de diversos países en torno a pautas relativamente homogéneas. Ello permite alcanzar un entendimiento recíproco entre países que participan activamente contra delitos transnacionales, como es el tráfico ilícito de migrantes.

En efecto, la Ley Modelo, establece precisiones sobre algunos aspectos de especial relevancia respecto a la regulación penal de este delito:

2.1 No se requiere de transnacionalidad o la existencia de una delincuencia organizada.

Pueden darse formas de delincuencia realizadas por una persona sin vínculo alguno con una organización ni coordinación internacional. En efecto:

“La Ley modelo no distingue entre disposiciones que exijan los elementos de transnacionalidad y delincuencia organizada y, disposiciones que no los exijan, a fin de asegurar el tratamiento en condiciones de igualdad por parte de las autoridades nacionales en todos los casos de tráfico ilícito de migrantes dentro de su territorio”.

Dicho artículo debe concordarse con el párrafo 2 del artículo 34 de la Convención, que establece lo siguiente:

“Los Estados Parte tipificarán en su derecho interno los delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado según la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención, salvo en la medida en que el artículo 5 de la presente Convención exija la participación de un grupo delictivo organizado”.

Según la Guía Legislativa para la aplicación del Protocolo, si se adopta el principio de *mutatis mutandis*¹⁹, debería interpretarse que el párrafo 2 del artículo 34 de la Convención es aplicable a cualquier delito regulado con arreglo a la Convención, incluidos los delitos tipificados conforme al artículo 6 del Protocolo²⁰. En consecuencia, el delito de tráfico ilícito de

19 Se puede traducir como “cambiando lo que deba cambiarse” y se aplica a casos similares cuya diversidad secundaria no se especifica por intrascendente o notoria.

20 Artículo 6: “Penalización

1. Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y 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.
 - c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.
2. Cada Estado parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:
 - a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;
 - b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del presente artículo; y

migrantes se configura incluso cuando:

- i. No haya carácter transnacional.
- ii. No haya participación de un grupo delictivo organizado.
- iii. Lo anterior no se pueda probar.

Por lo tanto, se trata de una conclusión especialmente relevante, en tanto permite abarcar penalmente muchas situaciones que, en caso contrario, podrían ser consideradas atípicas.

2.2 El beneficio financiero u otro beneficio de orden material

Se entiende por “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” a:

“cualquier tipo de incentivo financiero o no financiero, pago, soborno, recompensa, ventaja, privilegio o servicio (incluso los servicios sexuales o de otra índole)”²¹

De esta manera se considera que el beneficio puede asumir diversas modalidades, no necesariamente monetarias, como entregar objetos o propiedades, así como servicios que una persona pudiera brindar, que incluyen los sexuales u otros que generan un beneficio para el traficante.

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

3. Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que:

- a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o
- b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.

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.

21 Artículo 3 inciso c de la Ley Modelo.

La Ley Modelo cita algunos ejemplos²²:

- i. Un beneficio financiero u otro de orden material que incluye cualquier tipo de incentivo financiero o no financiero, pago, soborno, recompensa, ventaja o servicio²³.
- ii. Obtener un beneficio de orden material, en relación con la comisión de un acto, significa obtener, directa o indirectamente, cualquier clase de mercancías, dinero, ventaja pecuniaria, privilegio, bienes, u otra contraprestación valiosa de cualquier índole, que se otorga por cometer el ilícito (o hacer algo que forme parte de la comisión del acto)²⁴.
- iii. En el caso de Sudáfrica se utiliza el término “gratificación”, que incluye conceptos como la “liquidación de una deuda” y la “evitación de una pérdida o de responsabilidad”, los que pueden tener relevancia para la creación de una legislación penal²⁵.
- iv. La jurisprudencia de Bélgica señala que en los casos que no se pueda comprobar de manera efectiva el beneficio, pueden

22 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes. UNODC, Nueva York. Nueva York, 2010, p. 14-16.

23 Citando la Ley modelo sobre la penalización del tráfico ilícito de migrantes de Bali.

24 Citando la Sección 2 de la Ley Penal de 1961, núm. 43 (Nueva Zelanda)

25 El término gratificación abarca: a) Dinero, sea en efectivo o en otra forma; b) Toda donación, regalo, préstamo, honorario, recompensa, título valioso, bienes o derechos sobre bienes de cualquier tipo, sean muebles o inmuebles, o cualquier otra ventaja similar; c) La evitación de una pérdida, responsabilidad, penalización, decomiso, sanción u otro perjuicio; d) Cualquier cargo, estatus social, distinción, empleo, contrato de empleo o servicios, todo acuerdo de dar empleo o prestar servicios al título que fuere y alojamiento de tipo residencial o vacacional; e) Todo pago, liberación, cancelación o liquidación de cualquier préstamo, obligación u otra responsabilidad, ya sea íntegramente o en parte; f) Toda abstención de exigir cualquier suma monetaria o valor monetario u objeto valioso; g) Todo otro servicio o favor o ventaja de cualquier tipo, incluso la protección frente a cualquier sanción o inhabilitación sufrida o temida o frente a cualquier actuación o procedimiento de naturaleza disciplinaria, civil o penal, se haya incoado ya o no, e incluye el ejercicio o la abstención de ejercer cualquier derecho o cualquier facultad o deber oficial; h) Todo derecho o privilegio; i) Toda ayuda real o simulada, voto, consentimiento, influencia o abstención de votar; o j) Toda contraprestación o beneficio valioso de cualquier clase, incluso cualquier descuento, comisión, rebaja, bonificación, deducción o porcentaje. (Ley de prevención y lucha contra las actividades corruptas, 2004, apartado ix) de la Sección 1, Sudáfrica)

utilizarse pruebas indiciarias, como el hecho de que la persona investigada cuente con bienes o recursos que no se encuentren justificados de acuerdo a su capacidad económica²⁶.

Si bien esta concepción busca ampliar el alcance de las normas penales, ello también permite eliminar del ámbito de persecución penal los casos de ayuda humanitaria o realizada a partir de vínculos familiares o sentimentales. En consonancia con el Protocolo, no se criminalizarán las acciones realizadas por familiares, organizaciones no gubernamentales o religiosas que no tienen fines lucrativos.

2.3 Precisión de conductas a ser penalizadas

De acuerdo con la Ley Modelo, conforme al artículo 6 del Protocolo, los Estados partes tienen la obligación de penalizar diversas conductas²⁷:

- i. El tráfico ilícito de migrantes (Protocolo, apartado a) del párrafo 1 del artículo 6).
- ii. La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos, recurriendo a medios ilegales (Protocolo, apartado c) del párrafo 1 del artículo 6);
- iii. La creación, la facilitación, el suministro o la posesión de documentos de viaje o de identidad falsos, con el propósito de hacer posible el tráfico ilícito de migrantes (Protocolo, apartado b) del párrafo 1 del artículo 6);
- iv. La organización o dirección de cualquiera de los delitos anteriores (Protocolo, apartado c) del párrafo 2 del artículo 6);

26 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Brujas, del 11 de julio de 2007, Bélgica.

27 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes. UNODC, Nueva York. Nueva York, 2010, p. 29-30.

- v. La tentativa de comisión de cualquiera de los delitos anteriores, con sujeción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado parte (Protocolo, apartado a) del párrafo 2 del artículo 6);
- vi. La participación como cómplice en la comisión de cualquiera de los delitos anteriores, con sujeción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado parte (Protocolo, apartado b) del párrafo 2 del artículo 6).

2.4 Tratamiento de los inmigrantes

En consonancia con el artículo 5 del Protocolo, la Ley Modelo no permite la penalización de las personas migrantes por el hecho de haber sido objeto del tráfico ilícito de migrantes. Así lo indica el artículo 9, cuyo texto señala:

Artículo 9. Responsabilidad penal de los migrantes objeto de tráfico ilícito Sin perjuicio de la aplicabilidad de otras leyes que tipifiquen delitos, los migrantes no podrán ser sometidos a enjuiciamiento penal con arreglo a la presente ley por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el capítulo II de la misma. Subrayado nuestro

Es claro que el mismo texto permite sancionar a las personas migrantes que hubieran cometido otro tipo de delitos, al indicar que es factible aplicar otras leyes que tipifiquen delitos, entendiéndose delitos distintos al tráfico ilícito de migrantes, por ejemplo, el uso de un pasaporte o documento falso.

2.5 Agravantes

La Ley Modelo describe distintos modelos de tipificación penal que pueden

asumir los Estados partes, pero adicionalmente señala la necesidad de establecer supuestos de agravación del tipo base (artículo 6), considerando diversas conductas en relación a la gravedad de los hechos, la afectación al migrante, la modalidad utilizada o las condiciones del traficante:

- i. Situaciones que afectan de manera especial a las personas migrantes:
 - o Si en el delito concurren circunstancias que pusieron en peligro o pudieron poner en peligro la vida o la seguridad del migrante objeto de tráfico ilícito. Ello considerando que durante el traslado los traficantes pueden someter a las personas a especiales situaciones que afecten su vida, salud o integridad.
 - o Si en el delito concurren circunstancias que dieron lugar a un trato inhumano o degradante, en particular con el propósito de explotación de las personas migrantes objeto de tráfico, considerando para ello aquellas situaciones que originen sufrimiento físico o psíquico al migrante, sin que los mismos impliquen una forma de tortura.
 - o Si el delito llevó aparejada una lesión grave o la muerte del migrante objeto de tráfico o de otra persona, incluida la muerte por suicidio. Ello es, claramente, un efecto de la conducta del traficante.
- ii. Modalidades de comisión:
 - o Si el delito se cometió como parte de la actividad de un grupo delictivo organizado. Pero ello no implica que no sea factible la comisión individual, sin la pertenencia a un grupo u organización criminal.

- Si el delincuente utilizó drogas, medicamentos o armas en la comisión del delito. Ello en tanto implica una afectación o amenaza hacia la víctima, limitando su libertad al coaccionarla para que sea parte del tráfico.
 - Si el delincuente hizo uso o amenazó con hacer uso de cualquier forma de violencia contra el migrante objeto de tráfico o su familia.
 - Si el delincuente retuvo, destruyó o intentó destruir los documentos de viaje o de identidad del migrante objeto de tráfico.
- a) Características del traficante:
- Si el delincuente era, en ese momento, funcionario público.
 - Si el delincuente abusó de su cargo como autoridad o de su cargo como funcionario público, al cometer el delito.
- b) Características del migrante
- Si el migrante objeto de tráfico es un niño.
 - Si la migrante objeto de tráfico está embarazada.
 - Si el migrante objeto de tráfico tiene discapacidad mental o física.
 - Si el delincuente [se aprovechó] [abusó] de la vulnerabilidad o la dependencia especial del migrante objeto de tráfico, para obtener un beneficio financiero o de orden material.
- c) Otras características

- Si el delincuente utilizó a un niño como cómplice o participante en la conducta delictiva.
- Si el delincuente ha cometido antes los mismos delitos u otros similares.
- Si el delito afectó a [un gran número de] migrantes objeto de tráfico ilícito.

3. Legislación comparada en la región: Argentina, Colombia y Chile

La incorporación de los criterios señalados en los instrumentos internacionales, en cada uno de los países está marcada por particularidades y tratamientos normativos diversos, de acuerdo a la opción legislativa de cada país.

En el caso de *Argentina*, la Ley 25871 incorpora los delitos al orden migratorio, desarrollándolos en seis artículos²⁸ que describen las conductas consideradas como tráfico ilícito de migrantes:

- Se sanciona a quien “realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina. Se entenderá por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.” Conforme se observa, se considera también el supuesto de tráfico ilícito, cuando el país es de tránsito.

28 Artículo 116. - Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina. Se entenderá por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.

Artículo 117. - Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que promoviere o

- Asimismo, se incluye como delito la conducta de la persona que “promoviere o facilitare la permanencia ilegal de extranjeros en el territorio de la República Argentina con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.”
- A diferencia de otras normas, se sanciona no sólo el paso ilegal por el control migratorio, sino también la permanencia en territorio argentino de manera ilegal.

En el caso de *Colombia*, el delito de tráfico ilícito de migrantes está regulado en el artículo 188 del Código Penal y se sanciona el ingreso y la salida del país sin el cumplimiento de los requisitos legales, exigiéndose un beneficio que no debe entenderse solamente de índole económico. En efecto, el citado artículo señala:

“El que promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí u otra persona...”. (Subrayado nuestro)

facilitare la permanencia ilegal de extranjeros en el Territorio de la República Argentina con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.

Artículo 118. - Igual pena se impondrá a quien mediante la presentación de documentación material o ideológicamente falsa peticione para un tercero algún tipo de beneficio migratorio.

Artículo 119. - Será reprimido con prisión o reclusión de dos (2) a ocho (8) años el que realice las conductas descriptas en el artículo anterior empleando la violencia, intimidación o engaño o abusando de una necesidad o inexperiencia de la víctima.

Artículo 120. - Las penas descriptas en el presente capítulo se agravarán de tres (3) a diez (10) años cuando se verifiquen algunas de las siguientes circunstancias:

a) Si se hiciera de ello una actividad habitual;

b) Interviniere en el hecho un funcionario o empleado público en ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo. En este caso se impondrá también inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos.

Artículo 121. - Las penas establecidas en el artículo anterior se agravarán de cinco (5) a quince (15) años cuando se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de los migrantes o cuando la víctima sea menor de edad; y de ocho (8) a veinte (20) años cuando el tráfico de personas se hubiere efectuado con el objeto de cometer actos de terrorismo, actividades de narcotráfico, lavado de dinero o prostitución.

Por su parte, *Chile* también establece un tipo penal específico en el artículo 411 bis del Código Penal²⁹, pero a diferencia de Colombia solo sanciona la entrada ilegal:

“El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260”.

29 “El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260”.

Conforme a lo expuesto, es posible señalar a propósito de los elementos comunes que conforman los tipos penales, lo siguiente:

a. **Sujeto activo**

Las normas citadas no hacen precisiones respecto de alguna particularidad del sujeto activo, pudiendo ser cualquier persona, sin embargo, en los casos argentino y chileno, se establece como agravante la conducta del funcionario público que utiliza su cargo o abusa del mismo para la realización del tipo penal.

b. **Ánimo de lucro**

En la legislación de los tres países, se señala la necesidad de este ánimo de lucro, pero ninguno de los tipos penales requiere o establece que el aprovechamiento se concrete de manera efectiva. En el caso de la legislación colombiana, como se ha mencionado anteriormente, su redacción es abierta en tanto señala que puede tratarse de cualquier tipo de provecho y no sólo de índole económico.

Llama la atención que en el caso de la legislación chilena, este ánimo no se exige cuando estamos ante un funcionario público, lo que podría originar la sanción de aquel que permite o facilita el ingreso de un migrante por razones humanitarias.

c. **Criminalidad organizada**

En ninguno de los países se requiere de la existencia de una organización criminal, ni que el sujeto activo pertenezca a una de ellas. Por lo tanto, será punible la conducta de cualquier persona, sea que realice la conducta de manera aislada o como parte de una organización.

d. **Agravantes**

La legislación chilena como la argentina, recogen algunas de las agravantes señaladas en la Ley Modelo de Naciones Unidas, en razón a la condición del sujeto activo, la afectación a la víctima o la condición de la misma. En el caso colombiano no existe agravante.

e. **Bien Jurídico**

En el caso de Colombia, considerando la ubicación del artículo respectivo, se afirma que estamos ante un delito que afecta la libertad individual del migrante, teniendo la conducta típica la particularidad de ser una de peligro abstracto, es decir, se presume que su realización afecta la libertad del migrante.

Así, la Corte Suprema de *Justicia ha señalado:*

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

*para una vez en el país de origen enfrentarse a procedimientos y penas por la falsedad de sus documentos. (...)*³⁰.

La presunción de afectación al bien jurídico puede ser descartada, en caso de que se compruebe que la misma no quebrantó de manera alguna la voluntad del migrante, es decir, que no se encontraba en los supuestos de vulnerabilidad que la norma presume.

No obstante, se reconoce, en este caso, que el delito es pluriofensivo, afectando también la soberanía del Estado, en relación a su capacidad para controlar el ingreso y egreso de personas en su territorio. Ello es relevante, ya que incluso cuando se pueda demostrar que no hay afectación a la libertad individual del migrante, la conducta sigue siendo delictiva, en tanto se afecta la soberanía del Estado. Dicho criterio ha sido asumido por la jurisprudencia colombiana³¹.

En los casos de Argentina y Chile, el delito también afecta el orden migratorio, observándose así una uniformidad sobre este aspecto³².

4. Normas nacionales sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes

En el ámbito nacional, diversas normas regulan el tráfico ilícito de migrantes:

30 Sala de Casación Penal, Sentencia 32.422 de 10 de marzo de 2010.

31 Ello puede revisarse en diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia:

Sala de Casación Penal, Sentencia 25.465 de 12 de octubre de 2006.

Sala de Casación Penal, Sentencia 26.597 de 24 de octubre de 2007

Sala de Casación Penal, Sentencia 26.597 de 24 de octubre de 2007.

32 Como señala Gonzales Núñez, para el caso español, existen diversas opiniones respecto al bien jurídico de este delito: la política migratoria del Estado, en tanto mediante la gestión de los flujos migratorios se pretende la prevención de problemas sociales y la preservación de la identidad cultural; el orden socio-económico; el derecho a la integración social de los inmigrantes, el estatus de extranjero residente (Rodríguez Mesa), entendido como el conjunto de derechos reconocidos por la legislación a los extranjeros residentes; o, la dignidad humana de los extranjeros al encontrarse en una situación especial de vulnerabilidad. González Núñez, Josefina. Tráfico ilícito de migrantes y otros ilícitos migratorios. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2008.

- El Código Penal.
- La Ley de Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, Ley N° 28950 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 001- 2016- IN.
- El Decreto Supremo N° 008-2018-IN, que aprueba las Directrices Intersectoriales para la Prevención y Persecución del Delito, y la Atención y Protección de las Personas en Situación de Tráfico Ilícito de Migrantes y Víctimas de Delitos en el Contexto de la Migración.
- El Decreto Legislativo 1350, Ley de Migraciones

A ello debe sumarse la Ley contra el Crimen Organizado, Ley N° 30077, que establece mecanismos de investigación para cierto tipo de delitos.

Mediante la Ley N° 27202, de fecha 15 de noviembre de 1999, se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico, los delitos contra el orden migratorio que son regulados en el Código Penal dentro del Capítulo IV, que trata los delitos contra la seguridad pública (Título XII).

Así, el Artículo 303° sancionaba con 1 a 4 años de pena privativa de la libertad, 180 a 365 días-multa e inhabilitación de 1 a 2 años, el delito de tráfico de migrantes; incrementándose la pena con circunstancias agravantes, (cuando el agente es funcionario o servidor público encargado del control migratorio o cuando las condiciones de transporte ponen en grave peligro la integridad del objeto). En ese caso el rango de pena sería entre 4 y 8 años pena privativa de libertad, 365 a 730 días-multa e inhabilitación de 2 a 4 años.

En enero 2007, se promulgó la Ley N° 28950, que modificó el tipo penal, estando regulado actualmente en los artículos 303° A y 303° B.

Artículo 303°-A.- Tráfico ilícito de migrantes

El que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Artículo 303°-B.- Formas agravadas del tráfico ilícito de migrantes

La pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando:

1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública.

2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito.

3. Exista pluralidad de víctimas

4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, o es incapaz.

5. El hecho es cometido por dos o más personas.

6. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.

La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando:

1. Se produzca la muerte de la víctima, lesión grave que ponga en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados.

2. Las condiciones de transporte ponen en grave peligro su integridad física o psíquica.

3. La víctima es menor de catorce años o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.

4. El agente es parte de una organización criminal

La norma penal descrita estableció las siguientes disposiciones:

- Para configurarse el delito, el agente debe tener la finalidad de obtener lucro o cualquier otro beneficio para sí o para un tercero.
- No se requiere alguna característica particular para el sujeto activo, pudiendo ser cualquier persona; tampoco se señala que pertenezca a una organización criminal. Por ende, puede procesarse a una persona que individualmente se dedique a este delito.
- El bien jurídico está constituido por el orden migratorio.
- Las modalidades son diversas: promover, favorecer, financiar o facilitar. Por lo tanto, cualquier conducta que sea útil para lograr la afectación de las normas migratorias constituye una actividad delictiva.
- No se considera dentro de las conductas sancionadas, aquellas que tengan por finalidad lograr la permanencia ilegal del migrante. Ello constituiría un vacío, si se compara nuestra legislación con la internacional que hemos revisado previamente.

Se describen las circunstancias agravantes del tráfico, de acuerdo a:

- Las características del sujeto activo: sea funcionario público

que abuse de su función; pertenezca a una organización social, tutelar o empresarial y aproveche este cargo para ejecutar el delito; tenga una relación de parentesco, tutor o curador con el migrante; o pertenezca a una organización criminal

- La pluralidad, de víctimas o agentes activos
- Características de la víctima: menor de edad o padezca de alguna discapacidad física o mental.
- Daño a las víctimas: lesiones graves o muerte de las personas migrantes; que las condiciones del transporte pongan en grave peligro su integridad física o psíquica; o que se integre una organización criminal.

Como se aprecia, el listado de agravantes es mucho mayor que en otros países de la región, recogiendo casi todos los supuestos que plantea la Ley Modelo.

Finalmente, debe precisarse que las normas penales no tienen una disposición expresa sobre dos situaciones a las que podría enfrentarse el migrante:

- La posibilidad de que un objeto de tráfico sea procesado como parte del propio delito. No obstante, es claro que en estos casos, no pueden darse las condiciones para ser sujeto activo del delito, en consonancia con los instrumentos internacionales. Ello no implica que se le pueda sancionar en caso, realice otra conducta delictiva.
- Su condición de víctima. La persona objeto de tráfico, no es considerada víctima, porque el bien jurídico protegido es el orden migratorio. En esa medida, se entiende que es

un testigo del delito, en tanto puede describir los hechos ocurridos, la modalidad e identificar a los autores y partícipes del mismo. No obstante, si durante el traslado es afectada en alguno de sus derechos fundamentales³³, puede cambiar a la calidad de víctima³⁴.

Es importante hacer notar que la norma penal nacional utiliza en cinco ocasiones el término víctima cuando tipifica las agravantes del delito. Entendemos que ello constituiría un error de redacción, en tanto no existe una claridad sobre el motivo por el cual únicamente en esos supuestos, la persona migrante puede adquirir dicha condición, sin tener en cuenta otros.

En efecto, se utiliza dicho término para señalar como agravantes: i) cuando hay pluralidad de migrantes; ii) cuando el migrante tenga entre catorce y dieciocho años de edad, o sea incapaz; iii) cuando el sujeto activo tenga al migrante a su cuidado o habite en el mismo hogar; iv) cuando el migrante muera o sufra una lesión grave que ponga en peligro su vida o seguridad; y, v) cuando el migrante sea menor de catorce años o padezca temporal o permanentemente de alguna discapacidad física o mental.

No parece existir fundamento ni justificación que permita entender que únicamente en estos casos el legislador supone que se pueden afectar derechos fundamentales, sin haber tomado en cuenta las circunstancias y forma en las que se produce el traslado de la persona migrante, en las que, hemos advertido, que es cuando se vulneran y afectan sus derechos.

Aspectos procesales

La Ley contra el Crimen Organizado, Ley N° 30077, publicada el 20 de

33 El Código Procesal Penal de 2004 señala en su artículo 94 inciso 1 al agraviado como aquel que “... *resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo*”.

34 Las denominadas Directrices Intersectoriales para la Prevención y Persecución del Delito, y la Atención y Protección de las Personas en Situación de Tráfico Ilícito de Migrantes y Víctimas de Delitos en el Contexto de la Migración, analizan con detalle esta situación, como se verá más adelante.

agosto del 2013, incluye al tráfico ilícito de migrantes dentro de la relación de delitos que pueden ser perseguidos y sancionados al amparo de esta norma, sometiéndola a una modalidad procesal particular (inciso 15 del Artículo 3°), como establecer técnicas especiales de investigación, medidas limitativas de derecho, disposiciones específicas de valoración probatoria, entre otras.

En su artículo 6°, la Ley permite que se intervengan y se controlen las comunicaciones y documentos privados de las personas que son materia de investigación preliminar o jurisdiccional, de manera excepcional, en los delitos de tráfico ilícito de migrantes.

En su tercera disposición complementaria, estipula que nuestro país, en coordinación con otros Estados, organismos internacionales, organismos no gubernamentales, sociedad civil, debe promover y ejecutar medidas de prevención de los delitos de tráfico ilícito de migrantes, así como de posibles factores de riesgo para la comisión de este delito. En ello habrá que considerar la investigación, capacitación, información y difusión de estas medidas que tienen que estar revestidas del enfoque de derechos humanos y grupos vulnerables.

La cuarta disposición complementaria, refiere que el Estado debe promover la cooperación internacional para garantizar la protección integral de las víctimas, fortalecer los controles fronterizos y el intercambio de información migratoria. Cabe señalar que esto es de cumplimiento obligatorio para los Estados parte de la Convención y el Protocolo de Palermo.

Reglamento de la Ley de Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes

Mediante Decreto Supremo N° 007-2008-IN se aprobó el Reglamento de la Ley de Trata de personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes. Empero, esta norma fue derogada mediante el Decreto Supremo N° 001-2016-IN.

Ello ocurrió debido a la necesidad de avanzar con la implementación del Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2016 y la Política Nacional frente a la Trata de Personas y sus formas de explotación.

El actual reglamento, incorpora dos definiciones interesantes:

- El concepto de documentación falsa o adulterada, considerando que el tráfico en muchos casos viene asociado a los delitos contra la fe pública.
- El migrante objeto de tráfico y víctima. Así distingue ambos conceptos, entendiendo como objeto a la persona que intenta el ingreso o salida irregular desde su país de origen hasta el país de destino (artículo 3 inciso 20) mientras que víctima, es aquella persona que puede verse afectada en sus derechos a la vida y la integridad física o mental, la pérdida financiera o el menoscabo de sus derechos fundamentales (artículo 3 inciso 31).

Asimismo, se añaden dispositivos relacionados a la protección y asistencia de los objetos de tráfico, al referirse a la excepción de su responsabilidad penal, por lo que en ningún caso podrán ser privados de su libertad por el hecho de haber sido objetos de ese delito, conforme a la Convención y al Protocolo. Si bien, con ello busca acoger las disposiciones de la normativa internacional, resulta claro que una norma administrativa no puede establecer una exención de responsabilidad penal, regularmente materia de una norma con rango de ley, pues, en rigor, no sería obligatoria para un fiscal o juez. En ese mismo sentido, llama la atención que establezca una definición que difiere con la norma penal, en tanto considera como conducta prohibida, no solo el ingreso o salida del territorio de manera ilegal, sino también la permanencia³⁵.

³⁵ Artículo 3, numeral 20.- Migrante objeto de tráfico ilícito. Es la persona que, a pesar de no tener la autorización respectiva, ingresa a un país diferente a su país de origen o residencia, por cuneta de una persona o una red de tráfico de migrantes que le favorece el tránsito, le facilita la estancia

De otro lado, como se ha mencionado, el Reglamento contiene obligaciones para que las instituciones competentes brinden una atención integral a las personas objetos de tráfico, que califican como víctimas en temas de asilo, regulación migratoria y salud.

Asimismo, se establece la obligación de capacitar y sensibilizar a los funcionarios y operadores de los servicios institucionales a nivel nacional, para que se aborde eficazmente el desarrollo de acciones para la prevención, identificación y derivación de presuntas denuncias de tráfico de migrantes.

Finalmente, se incorpora la participación de la Defensoría del Pueblo, representantes de instituciones de la sociedad civil y otras entidades públicas o privadas del ámbito académico, en la “Comisión Multisectorial de naturaleza permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes”³⁶. Esta fue creada como un espacio de articulación entre el Estado y las entidades de sociedad civil que atienden esta problemática, habiendo centrado sus esfuerzos, en la lucha contra la trata de personas. Esta Comisión es presidida por el Ministerio del Interior.

Directrices Intersectoriales para la Prevención y Persecución del Delito, y la Atención y Protección de las Personas en Situación de Tráfico Ilícito de Migrantes y Víctimas de Delitos en el Contexto de la Migración

Estas directrices fueron aprobadas mediante Decreto Supremo N° N° 008-2018-IN, en el marco de las competencias de la Comisión Multisectorial, que

o permanencia no autorizada y de lo cual puede obtener u obtiene, directa o indirectamente, un beneficio económico, material o de otra índole (...)

36 La Comisión Multisectorial está conformada por los representantes del Ministerio del Interior, quien la preside, y de los Ministerios de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Salud, Justicia y Derechos Humanos, Educación, Trabajo y Promoción del Empleo, Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Turismo, y Transportes y Comunicaciones, así como del Instituto Nacional de Estadística e Informática y, asimismo, participan en la Comisión Multisectorial, el Ministerio Público, el Poder Judicial, la Defensoría del Pueblo y dos (02) representantes de las instituciones de la sociedad civil especializadas en la materia

tiene entre sus funciones, proponer políticas, normas, planes, estrategias, programas, proyectos y actividades contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. De igual forma, establecen los ejes estratégicos del Estado en la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes para la prevención y persecución del delito, la asistencia y protección de las personas en situación de tráfico, así como de las víctimas de delitos, en el contexto de la migración.

Al igual que el Reglamento de la Ley N° 28950, busca desarrollar algunos aspectos relevantes para el entendimiento de la legislación penal.

- En primer lugar, que la norma penal nacional no sólo sancione el ingreso ilegal, sino también la salida;
- No se exija que el beneficio se haya materializado o concretado, sino que baste con demostrar la existencia de dicho fin.
- Se excluya como autores del delito a quienes prestan apoyo a las personas migrantes por razones humanitarias o por vínculos familiares estrechos.

En cuanto a la persona objeto de tráfico, a pesar de no ser técnicamente una víctima, en atención a su condición de vulnerabilidad, señala que el Estado debe brindarle protección, distinguiendo dos momentos en su actuación: la atención inmediata, una vez que se toma conocimiento de una persona en situación de tráfico. En ese sentido se deben poner en contacto con ella, buscando satisfacer sus necesidades urgentes (atención en salud y/o asistencia legal). En un segundo momento, se activa una *protección reforzada* en su condición de víctima de los delitos conexos de la migración. Es decir, de acuerdo con las directrices, no se requiere únicamente que la persona tenga la calidad de víctima, debido a que se le debe proveer los servicios inmediatos una vez que se conocen los casos.

En materia de protección, separa las medidas que pueden brindarle a un tercero denunciante y a los testigos, sin considerar – al menos, así no lo precisa la norma- que las personas objeto de tráfico también pueden ser denunciantes y, por la misma naturaleza del delito tengan la calidad de testigos. Como se ha mencionado anteriormente, ellos pueden dar información sobre los hechos, describirlos con detalle y contribuir a la identificación de los responsables.

Como en el caso del Reglamento, nos encontramos ante una norma administrativa que busca una respuesta articulada del Estado, pero que a la vez, plantea criterios para la interpretación y aplicación de la norma penal, tanto en su aspecto sustantivo como procesal.

Decreto Legislativo 1350, nueva Ley de Migraciones

Durante 24 años nuestro país abordó el tema migratorio sin un enfoque de derechos y bajo una norma que nunca fue reglamentada (Decreto Legislativo 703), lo que originó desorden, contradicciones y, a veces, arbitrariedades en sus procedimientos³⁷. En septiembre del 2015, se expidió el Decreto Legislativo 1236, que si bien implicó un cambio sustancial en su mirada con relación a la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes, lamentablemente no fue reglamentada. Por ello, no pudo concretarse su aplicación. A casi dos años, el 7 de enero del 2017, se promulgó el Decreto Legislativo 1350, Ley de Migraciones, que al igual que la norma derogada, orienta sus esfuerzos por una migración ordenada y con un enfoque de derechos. Así, reconoce en especial la situación de los grupos que se encuentran en mayor vulnerabilidad, entre los que se encuentran las personas indígenas, víctimas de trata de personas, víctimas de tráfico ilícito de migrantes, personas con discapacidad, víctimas de violencia familia y sexual, niños, niñas y adultos mayores, incorporando en el artículo 11, la protección de sus derechos frente a una grave amenaza o

³⁷ Defensoría del Pueblo. Informe de Adjuntía N° 009-2014-DP/ADHPD: “Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo”, 2015.

la vulneración de los mismos.

Este nuevo marco normativo, también establece medidas específicas para esta población, tales como documentos y/o permisos de permanencia temporal o residencia. Asimismo, crea la calidad humanitaria, lo que constituye un importante avance y permite brindar una solución más integral en estos casos, pues la persona migrante podrá trabajar.

Asimismo, esta norma contiene una disposición especialmente relevante en el ámbito penal, el “Principio de no criminalización de la migración irregular”, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar, el mismo que señala que no se puede incluir a la persona objeto de tráfico como investigado en este delito.

Esta norma se condice con los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país y la normativa internacional que garantiza protección a la persona objeto de tráfico.

5. Diferencias entre los delitos de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes

El delito de trata de personas se encuentra regulado en nuestro Código Penal en su artículo 153, el cual sanciona a quien:

- Promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República, o para su salida o entrada al país.
- Para lograr ello, debe recurrir a la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios.

- La finalidad de la conducta descrita debe ser la explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someter a la persona a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarla a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos.
- La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación, se considerará trata de personas, incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios antes señalados.

Si bien, ambos delitos se encuentran desarrollados en distintos tipos penales, en la práctica pueden confundirse debido a las particularidades de las conductas específicas. Por ello es necesario establecer con claridad algunas diferencias básicas.

- En el TIM, el afectado es el Estado, siendo el bien jurídico el orden migratorio. En la trata, se afecta a la persona, su dignidad y/o libertad. Por ello, el bien jurídico es la dignidad humana y su libertad.
- En el TIM, las personas migrantes consienten ser llevados de un lugar a otro; en tanto en la trata, las personas nunca consienten o, si lo hicieron inicialmente, el consentimiento ha perdido todo su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los tratantes.
- En el TIM, la persona migrante no es víctima (salvo que haya sido afectada en un derecho fundamental), mientras que en la trata, la persona siempre es víctima.
- El TIM termina con la llegada de la persona migrante a su

destino, en tanto que en la trata, existe una explotación permanente para generar ganancias ilegales para los tratantes.

El TIM implica la transnacionalidad (pasar de un país a otro), mientras que en la trata, la víctima puede ser trasladada a otro país o sólo desplazarse en el mismo país, es decir no se requiere el cruce de fronteras.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LAS CARPETAS FISCALES Y EXPEDIENTES JUDICIALES SOBRE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES, MATERIA DEL ESTUDIO

1. Formación estadística. Aspectos generales

A continuación, se hará un análisis de la información recogida en los ocho distritos fiscales y judiciales seleccionados para esta investigación, el mismo que comprende los datos obtenidos en la revisión de carpetas y expedientes, las entrevistas realizadas a los operadores del sistema de justicia y las respuestas a los pedidos de información formulados por la Defensoría del Pueblo.

La estadística que se presenta permite una aproximación a las principales características de las personas objeto de tráfico, de las investigadas y condenadas por este delito. Además, revela las dificultades que se enfrentan en el desarrollo de las investigaciones, como la falta de intérpretes y defensa técnica para las personas objeto de tráfico, insuficientes recursos logísticos para una adecuada investigación, desconocimiento de técnicas específicas y pertinentes atendiendo a la naturaleza del delito, entre otros.

1.1 Determinación de la muestra de estudio

Inicialmente, la Defensoría del Pueblo solicitó información a la Fiscalía de la Nación y a la Corte Suprema de Justicia, para conocer los casos registrados de TIM a nivel nacional, durante el período 2012 – 2015. A partir de la respuesta recibida, se pudo establecer que los distritos fiscales y judiciales de Lima Centro, Callao, Tumbes, Piura, Cajamarca, Madre de Dios, Tacna y Puno, abarcaban mayoritariamente las investigaciones sobre esta infracción penal, con un total estimado de 145 carpetas fiscales y 87 expedientes judiciales.

Es importante precisar que esta información se consigna como “estimada”, porque no es posible sumar estas cifras, al no haber sido relacionadas entre sí, es decir, se consigna el número total de casos que remitió cada entidad, pudiendo ocurrir que una carpeta fiscal esté comprendida dentro de un expediente judicial, con lo cual el universo sería menor.

Cuadro N° 1. Carpetas fiscales y expedientes judiciales (2012 – 2015)

REGIÓN	N° de casos	
	Ministerio Público	Poder Judicial
Lima Centro	21	19
Callao	18	20
Tumbes	59	35
Piura	7	2
Cajamarca	4	0
Madre de Dios	22	5
Tacna	12	6
Puno	2	0
TOTAL	145	87

Fuente: Poder Judicial y Ministerio Público.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Posteriormente, se solicitó una ampliación de dicha información, a fin de comprender en el estudio los casos hasta el año 2017. Es así, que se

remitieron nuevas comunicaciones al Ministerio Público y al Poder Judicial³⁸, recibiendo respuestas contradictorias³⁹, razón por la cual fue necesario oficiar a cada uno de los distritos fiscales y judiciales, con la finalidad de contrastar la información para delimitar el universo de casos.

Como se ha mencionado anteriormente, no es posible sumar los casos del Ministerio Público y del Poder Judicial, pues algunas de las investigaciones son las mismas, pero están registradas con distinta numeración en cada entidad. Más aún, a veces la información no fue entregada con el nombre de la persona imputada o investigada.

En esa medida, después de realizar una depuración de las repuestas recibidas de los órganos de justicia y, antes de realizar las visitas a las tres regiones priorizadas (Madre de Dios, Tumbes y Tacna), por tener la mayor carga procesal, se estableció como universo inicial de estudio, el número de casos que se detallan a continuación.

Cuadro N° 2. Carpetas fiscales y expedientes judiciales (2012 – 2017)

REGIÓN	N° de casos	
	Ministerio Público	Poder Judicial
Lima Centro	12	24
Callao	12	20
Tumbes	43	35
Piura	5	2
Cajamarca	4	0
Madre de Dios	22	5
Tacna	12	6
Puno	2	0
TOTAL	112	92

Fuente: Poder Judicial y Ministerio Público

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

38 La Defensoría del Pueblo remitió el Oficio N° 010-2018-DP/ADHPD al Ministerio Público, cuya respuesta se recibió el 2 de mayo de 2018 (Oficio N° 002428-2018); mientras que al Poder Judicial se le envió el Oficio N° 074-2018-DP/ADHPD, recibiendo respuesta el 23 de abril de 2018 (Oficio N° 483-2018-GG-PJ).

39 Algunos casos que se encontraban en el primer reporte (período 2012 – 2015), no aparecían en el segundo listado remitido (período 2012 – 2017).

1.2 Dificultades para la ubicación y acceso a las carpetas fiscales y expedientes judiciales

Como se ha señalado, una de las principales dificultades para el inicio de esta investigación fue la ubicación y delimitación de la muestra. Posteriormente, cuando se empezó la lectura de carpetas fiscales y expedientes, se pudieron advertir otros inconvenientes, que son advertidos en este informe.

De los ocho distritos fiscales y judiciales escogidos, solo en dos (Lima y Callao) se mantiene el Código de Procedimientos Penales, salvo que el Tráfico Ilícito de Migrantes sea investigado como parte de una organización criminal⁴⁰. En las otras seis regiones, en principio, los casos deberían encontrarse digitalizados⁴¹ y debidamente organizados para su rápida revisión. Sin embargo, ello no sucede. Por el contrario, la determinación del universo demandó mayor tiempo del estimado y en algunos casos, los expedientes no pudieron ser ubicados.

En Madre de Dios por ejemplo, según la información brindada por el Fiscal Coordinador de las fiscalías provinciales, corresponde a cada fiscal archivar sus investigaciones durante tres años hasta que estas pueden ser derivadas al archivo central⁴². En consecuencia, cuando un/a fiscal es rotado/a o renuncia al cargo, no es posible ubicar sus carpetas fiscales. De igual forma, algunos/as fiscales que adujeron una alta carga laboral, no brindaron copias de sus carpetas porque no las pudieron ubicar, señalando que se habían cambiado de local recientemente y no contaban con un inventario ordenado de sus casos. Por ello, se les solicitó copia

40 La Ley N° 30077, sobre el Crimen Organizado, entró en vigencia el 1° de julio de 2014, para delitos cometidos por organizaciones criminales. Entre los delitos que comprende se encuentran: homicidio, secuestro, tráfico ilícito de drogas, violación del secreto de las comunicaciones, trata de personas, pornografía infantil, delitos informáticos, tráfico ilícito de migrantes, delitos contra la administración pública, entre otros. Para Lima, sólo los delitos investigados en el marco de esta norma son tramitados con el Nuevo Código Procesal Penal, desde el 20 de agosto de 2013.

41 Como lo señala el Plan de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2005-JUS.

42 De acuerdo con la Directiva de la Fiscalía de Madre de Dios.

de la información que se encontraba digitalizada. Sin embargo, señalaron que no se están digitalizando las carpetas fiscales porque no cuentan con personal de apoyo, quedando ello a la decisión del personal administrativo.

Una situación similar ocurrió en Tumbes, aunque se pudo coordinar de mejor manera con el archivo central para la ubicación de las carpetas fiscales. En cuanto al Poder Judicial, cuando se solicitaron los expedientes de TIM, la mayoría de los órganos judiciales contaba únicamente con algunos cuadernos, los que en su mayoría no eran de utilidad para el recojo de información.

En el caso del Callao, se presentó un problema distinto. El Ministerio Público se negó a facilitar la lectura de las carpetas fiscales bajo el argumento de que la Defensoría del Pueblo no es parte en la investigación, desconociendo sus competencias y deber de colaboración.

En el caso de Piura, debido a la emergencia sufrida en dicha región por el fenómeno del Niño Costero, fue difícil la ubicación de las carpetas fiscales, habiéndose determinado la pérdida de una de ellas porque el local del Ministerio Público fue gravemente afectado.

Sin perjuicio de las dificultades mencionadas, en el presente informe se analizó un total de 157 casos, debiéndose precisar que en la base de datos elaborada para este estudio, se ha sistematizado la información de 156 casos, debido a que uno de ellos corresponde a una mega investigación que viene realizando la Fiscalía de Crimen Organizado de Madre de Dios⁴³.

43 La Carpeta Fiscal N° 02-2016 comprende 12 investigaciones que han sido acumuladas en una sola por la Fiscalía de Crimen Organizado de Madre de Dios. Los datos de estas investigaciones en su mayoría, fueron recogidos en la revisión de cada una de las carpetas de manera separada en las fiscalías de origen. Posteriormente, se tomó conocimiento que éstas fueron acumuladas en un solo caso. Por ello, no se incorporó en la base para evitar la duplicidad de la data.

Cuadro N° 3. N° de casos por región, personas objeto de tráfico e investigadas/condenadas

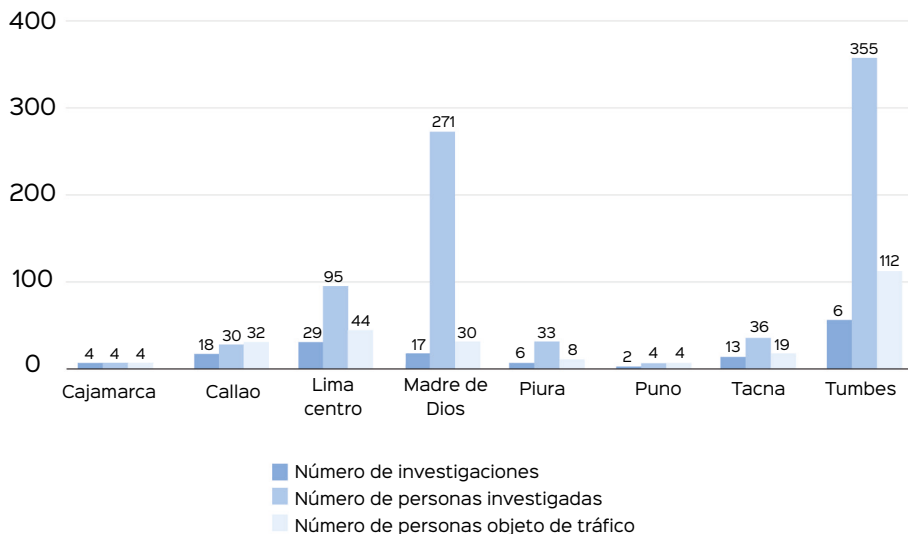
REGIÓN	N° de casos	N° personas objeto de tráfico	N° personas investigadas/condenadas
Cajamarca	4	4	4
Callao	18	30	32
Lima Centro	29	95	44
Madre de Dios	17	271	30
Piura	6	33	8
Puno	2	4	4
Tacna	13	36	19
Tumbes	67	355	112
TOTAL	156	828	253

Fuente: Base de Datos OIMDP.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Como se puede apreciar en el cuadro N° 3, los 156 casos analizados comprenden a 828 personas objeto de tráfico y 253 investigadas/condenadas. De las regiones, el mayor número de casos corresponde a Tumbes con 67, Lima Centro con 29 y Callao con 18, mientras que Piura, Cajamarca y Puno, son las que tienen menor número de casos, 6, 4 y 2, respectivamente.

Gráfico N° 1. Comparativo de casos de denunciados/investigados por región



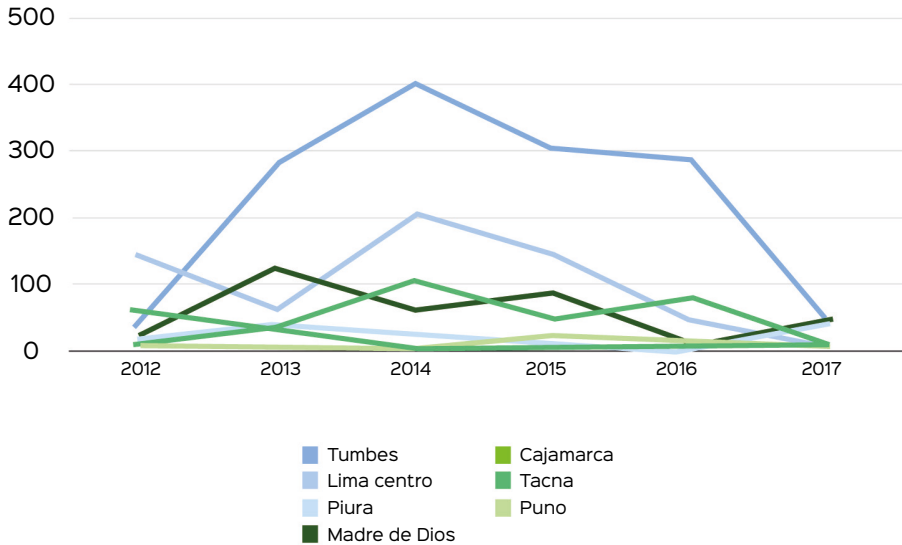
Fuente: Base de Datos OIM/DP.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Según se observa en el gráfico, Madre de Dios presenta un elevado número de personas objeto de tráfico (271), pese al reducido número de investigaciones (17). Situación similar se da en Tumbes, que tiene 355 personas objeto de tráfico, de un total de 67 investigaciones. En el caso del Callao, en las 18 investigaciones a su cargo, se han identificado 30 personas objeto de tráfico y 32 investigadas/condenadas, mientras que en Piura hay 33 personas objeto de tráfico, en seis investigaciones.

En el gráfico que aparece a continuación, se aprecian los picos más altos de casos registrados por regiones en el período materia de estudio (2012 – 2017).

Gráfico N° 2. Carpetas fiscales y expedientes según año de ingreso



Fuente: Base de Datos OIM/DP.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En efecto, podemos observar que los casos empiezan a incrementarse a partir del año 2013, alcanzando su pico en el año 2014, en tres regiones, Tumbes, Lima Centro y Tacna, mientras que en Madre de Dios, la cifra de casos se eleva en el año 2013 y si bien baja en el 2014, vuelve a incrementarse en el 2015. En el caso de Tumbes, si bien después del 2014 se reducen los casos, todavía mantiene un nivel alto en comparación con las otras regiones, situación que observamos en la actualidad con las personas venezolanas, que en su mayoría han ingresado y permanecen en dicha región.

1.3 Perfil de las personas objeto de tráfico

A continuación, se hará una aproximación de las principales características de las personas objeto de tráfico, con relación a su sexo, nacionalidad, edad, grado de instrucción, idioma y estado civil.

Cuadro N°4. Personas objeto de tráfico según sexo

Sexo	N° personas
Femenino	132
Masculino	516
Sin dato	180
TOTAL	828

Fuente: Base de Datos OIM/DP.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En cuanto al sexo, de las 828 personas que comprenden los 156 casos señalados, el 62.31% son hombres y sólo el 16% mujeres. Pero en este aspecto, lo que más llama la atención es la ausencia de información en el 22% de casos. Ello se explica, como analizaremos más adelante, por el poco cuidado que se tiene en recoger los datos personales básicos de las personas objeto de tráfico por parte de las autoridades policiales y fiscales. Ello resulta una grave deficiencia que no puede ser corregida posteriormente, en tanto éstas permanecen poco tiempo en el país, no siendo posible recibir su declaración. Con ello se pierde información valiosa para conocer las principales necesidades que enfrentan y el tipo de migrantes que son vulnerables a estos traficantes.

Cuadro N° 5. Personas objeto de tráfico según nacionalidad

Nacionalidad	Número de personas
Haitiana	433
Senegalés	126
Peruana	56
Otras	59
Ecuatoriana	37
sin dato	32
Dominicana	28
Bangladesh	21
Ghana	12
Somalia	11
Colombia	7
África	6
TOTAL	828

Fuente: Base de Datos OIMD.

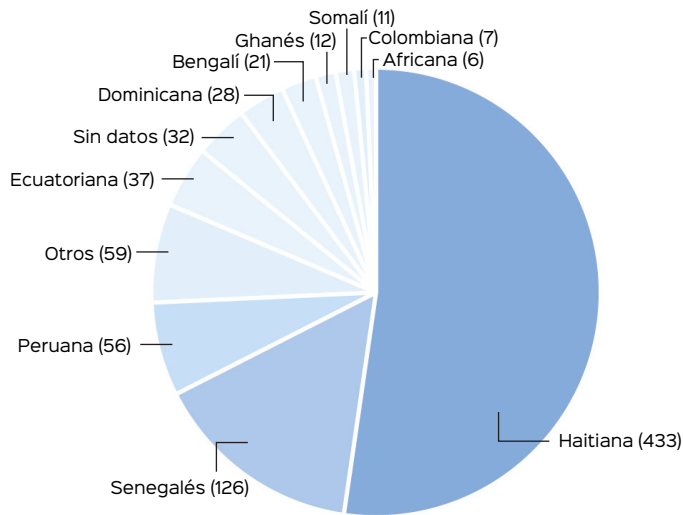
Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En cuanto a la *nacionalidad* de las personas objeto de tráfico, se observa que el 52 % es haitiana, que en su mayoría ingresa a territorio nacional para usarlo como tránsito para llegar al Brasil. En segundo lugar, están los senegaleses que conforman el 15%; en tercer lugar, con el 6.7 % se encuentran los ciudadanos peruanos que intentan principalmente salir de manera ilegal del país. Los ecuatorianos y dominicanos ocupan el cuarto y quinto lugar.

Es importante tener presente que Haití es uno de los países más pobres en el mundo. En el año 2010, un terremoto de magnitud 7, dejó alrededor de 300,000 muertos y millones de damnificados, que pese al tiempo transcurrido, siguen viviendo en condiciones precarias. Cuando aún no habían logrado superar esta crisis humanitaria, en el 2016, el Huracán “Matthew”, trajo más muerte y destrucción. La Oficina de Ayuda Humanitaria de Naciones Unidas dio cuenta de más de 50,000 familias gravemente damnificadas. El 70% de la población en las zonas donde

los daños han sido mayores, se halla en situación de extrema pobreza. Resulta evidente que frente a esta situación, las personas haitianas salen de su país en busca de mejorar sus condiciones de vida; y en ese contexto de absoluta vulnerabilidad, los traficantes encuentran una oportunidad para su accionar delictivo.

Gráfico N°3. Número de personas objeto de tráfico según nacionalidad



Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

De otro lado, se puede advertir que en un 4% no se tiene información sobre la nacionalidad de las personas objeto de tráfico, porque ese dato no ha sido recogido por las autoridades.

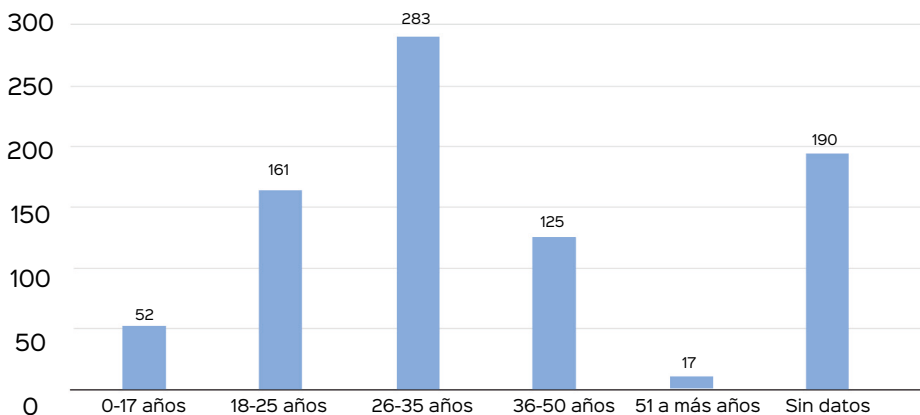
Cuadro N° 6. Personas objeto de tráfico según la edad

EDAD	N° de personas
0-17 años	52
18-25 años	161
26-35 años	283
36-50 años	125
51 a más años	17
Sin dato	190
TOTAL	828

Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En cuando a su *edad*, se puede observar que la mayoría (34.18%) son personas adultas/jóvenes, entre 26 y 35 años de edad; a lo que puede sumarse el 19.44%, que tiene entre 18 y 25 años. Con ello se puede concluir, que las personas objeto de tráfico que deciden emigrar por lo general, son personas jóvenes que se encuentran en plena capacidad laboral, lo que se entiende en tanto el motivo de la migración, generalmente se relaciona a la necesidad de buscar mejores oportunidades.

Gráfico N° 4. Número de personas objeto de tráfico según edad

Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Por otro lado, se aprecia que un 6.28% de las personas objeto de tráfico, son menores de edad (algunos son hijos/as de personas migrantes), pero también han ocurrido casos, especialmente los que se ubican en Lima y Callao, donde los traficantes intentaron llevarse niñas, niños o adolescentes. Sólo en un 2.10%, la persona migrante tiene 51 años a más.

Nuevamente la falta de información en el 22.30%, evidencia las deficiencias para recabar esta data en la policía y fiscalía.

Cuadro N° 7. Personas objeto de tráfico según grado de instrucción

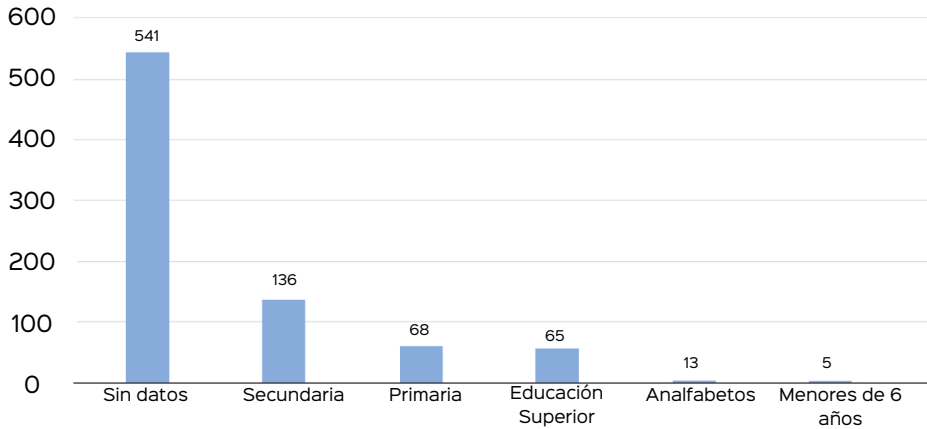
Grado de instrucción	N° de personas
Sin dato	541
Secundaria	136
Primaria	68
Superior	65
Analfabeto	13
Menores de 6 años	5
TOTAL	828

Fuente: Base de Datos OIM/D.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En cuanto al *grado de instrucción*, en el 65.34% no existe información. Pese a ello, podemos señalar -en los casos que se contó con esta data- que la mayoría de personas que se desplaza no cuenta con educación superior, debiéndose, incluso, precisar que la información sobre ese campo (65) podría ser menor si tenemos en cuenta que en las declaraciones que se tomaron en Tumbes a las personas haitianas, se les consignó en muchos casos con educación superior, cuando en su país. Por ello, tienen grados de bachiller, que equivalen, en realidad, a la Secundaria. Esa observación sí se advirtió en Madre de Dios, donde se precisó esta información. Nuevamente, es importante contar con esta data para caracterizar adecuadamente a las personas objeto de tráfico.

Gráfico N° 5. Número de personas objeto de tráfico según grado de instrucción



Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En el cuadro que se presenta a continuación podemos conocer el estado civil de las personas objeto de tráfico.

Cuadro N° 8. Personas objeto de tráfico según estado civil

Estado civil	Número de personas
sin dato	420
Soltero	269
Casado	128
Conviviente	10
Viudo	1
TOTAL	828

Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Respecto al *estado civil*, en el 50.72% no existe información reportada. No obstante, puede afirmarse que la mayoría (32.49%) es soltera, frente a un 15.49% de casados.

Es importante señalar que en cuanto al *idioma*, del universo total de personas, 673 hablan un idioma distinto al español (81.28%). Ello guarda relación con el hecho reportado de que la mayoría de ciudadanos proviene de países que no tienen al español como idioma nativo. Entre los otros idiomas o lenguas habladas se encuentran el criollo haitiano (creole), francés, inglés y bengalí. Esta data muestra la necesidad de la presencia de un/a intérprete para tomar sus declaraciones, dificultad que ha sido advertida precisamente para el llenado de la información sobre sus generales de ley.

1.4 Perfil de las personas investigadas/condenadas

A continuación, desarrollaremos las características que presentan las personas que son denunciadas, procesadas y condenadas por este delito, considerando que se lograron identificar un total de 253 en los casos materia de análisis. Asimismo, se ha recogido la información del Instituto Nacional Penitenciario – INPE sobre 42 personas que fueron privadas de su libertad durante el período de este estudio (2012 – 2017⁴⁴)

Cuadro N° 9. Personas investigadas/condenadas según sexo

Sexo	Número
Femenino	55
Masculino	190
Sin dato	8
TOTAL	253

Fuente: Base de Datos OIM/D.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En relación al sexo, al igual que las personas objeto de tráfico, la gran mayoría son hombres 190, lo que equivale al 75.01%, mientras que 55 son mujeres (21.74%).

44 La información ha sido actualizada al mes de septiembre de 2018.

Cuadro N° 10. Personas investigadas/condenadas según nacionalidad

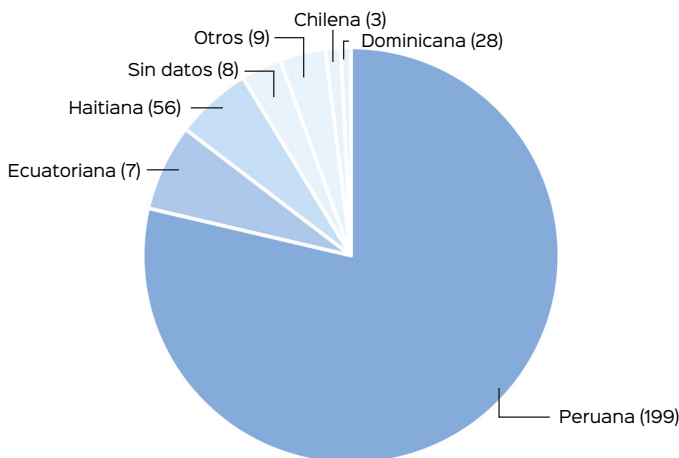
Nacionalidad	Número
Peruana	199
Ecuatoriana	17
Haitiana	15
Chilena	3
Otros	11
Sin dato	8
TOTAL	253

Fuente: Base de Datos OIM/D

Elaboración: propia

En cuanto a su *nacionalidad*, 199 (79%) son peruanos, seguidos muy de lejos por 18 ciudadanos ecuatorianos (7%) y 15 haitianos (6%). Es importante precisar que estos últimos, junto a 5 ecuatorianos, como se analizará más adelante, son, a su vez, personas objeto de tráfico, que a pesar de que las normas internacionales señalan claramente que no pueden ser investigados por este delito, si han sido comprendidos.

Gráfico N° 6. Personas investigadas según nacionalidades



Fuente: Base de Datos OIM/D.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Al ser la mayoría de personas investigadas/condenadas de origen peruano, seguido de ecuatorianos, el *idioma* predominante es el español en un 90%. Ello es relevante, considerando que por el contrario, en las personas objetos de tráfico, el idioma extranjero tiene un mayor porcentaje. En esa medida, dada la complejidad y naturaleza de estos casos, además de la importancia de la declaración de la persona objeto de tráfico, debe asegurárseles un intérprete, como prioridad.

Cuadro N° 11. Personas investigadas/condenadas según edad

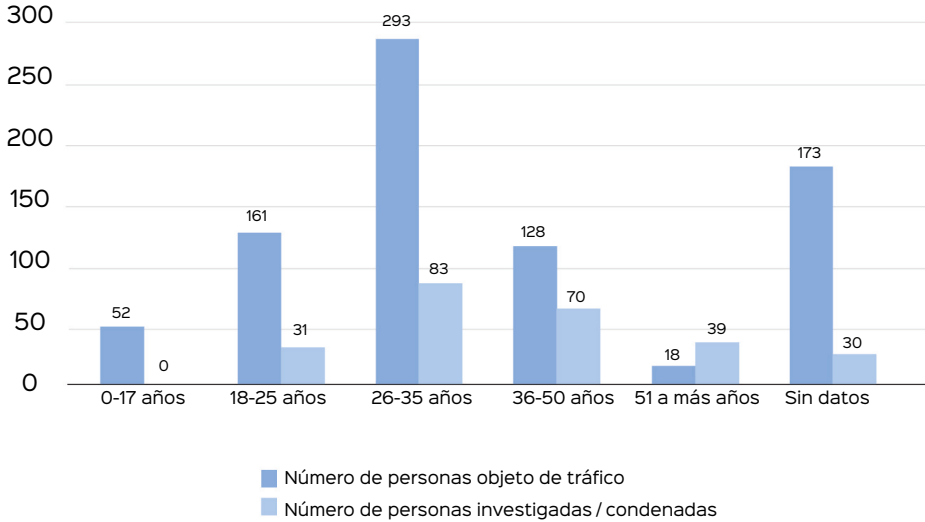
Rango de edades	Número de personas investigadas/condenadas
18-25 años	31
26-35 años	83
36-50 años	70
51 a más años	39
Sin dato	30
TOTAL	253

Fuente: Base de Datos OIM/D.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En cuenta a la *edad*, a diferencia de las personas objeto de tráfico, sólo el 12%, tiene entre 18 y 25 años de edad, mientras que el mayor número se observa el rango en el rango de 36 a más, con un 43%. En el gráfico que aparece a continuación se puede observar comparativamente las diferencias en las edades entre las personas objeto de tráfico y las investigadas/condenadas.

Gráfico N° 7. Análisis comparativo personas objeto de tráfico/ investigadas



Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Resulta evidente que la mayoría de personas objeto de tráfico que deciden emigrar en condiciones en las que muchas veces se vulneran sus derechos fundamentales, son jóvenes, en comparación con las personas investigadas/condenadas.

Cuadro N° 12. Personas investigadas/condenadas según grado de instrucción

Grado de instrucción	Número de personas
Primaria	22
Secundaria	142
sin dato	42
Estudios superiores	47
TOTAL	253

Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En cuanto al *grado de instrucción*, la mayoría tiene estudios secundarios, lo que equivale al 56%, mientras 47 siguieron estudios superiores (19%).

Cuadro N° 13. Personas investigadas según ocupación

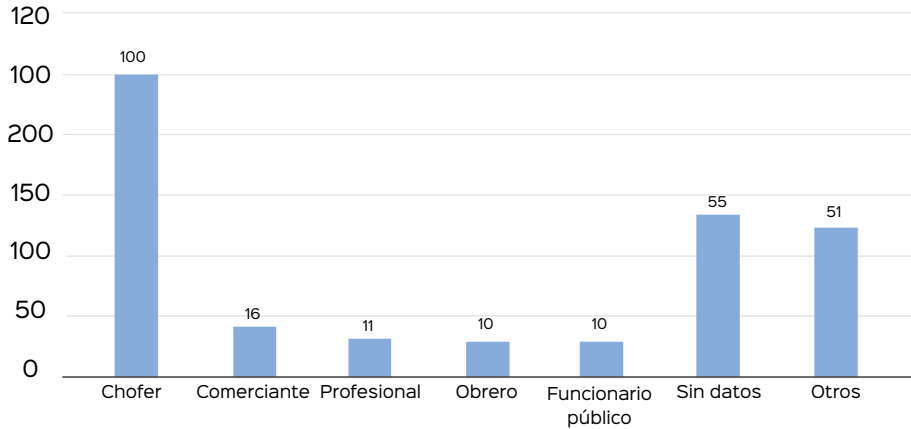
Ocupación	Número de personas
Chofer	100
Comerciante	16
Profesional	11
Obrero	10
Funcionario público	10
sin dato	55
Otros	51
TOTAL	253

Fuente: Base de Datos OIM/D.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En cuanto a la *ocupación* de estas personas, la mayoría son choferes, lo que equivale al 35.53%; sin embargo debemos llamar la atención de que en el grupo de funcionarios se han conocido casos de personas que ocuparon altos cargos en una entidad tan importante y vinculada directamente con esta problemática como es la Superintendencia Nacional de Migraciones.

Gráfico N° 8. Número de personas investigadas por el delito de tráfico según su ocupación



Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Personas privadas de libertad

Por otro lado, es importante mencionar que de acuerdo con la información que nos ha remitido el Instituto Nacional Penitenciario - INPE⁴⁵, en el período materia del estudio, 2012 – 2017, 42 personas estuvieron privadas de libertad por el delito de tráfico ilícito de migrantes. De ellas, al 30 de septiembre del 2018, 9 continúan reclusas⁴⁶ y 33 obtuvieron libertad.

Del universo total, 4 tienen entre 19 y 25 años; 14, entre 26 y 35; 13, entre 36 y 50, mientras 11, de 51 a más.

En cuanto a su nacionalidad, 34 eran peruanas, 6 ecuatorianas, 1 bangladesí y 1 búlgaro; por sexo, 31 eran varones y 11 mujeres, mientras que 30 se encontraban en calidad de procesados y 12 sentenciados. Esta data coincide con los hallazgos del estudio, pues, en efecto, las personas investigadas/condenadas son mayoritariamente peruanas y, de igual forma, el mayor número de los presuntos/as responsables se encuentran

45 Mediante Oficios N° 0993-2018-INPE/13 y N° 1149-2018-INPE/04, de fechas 18 de junio de 2018 y 23 de octubre de 2018, respectivamente.

46 De las 9 personas privadas de libertad: 8 tienen sentencia, 2 son de nacionalidad ecuatoriana y 7 peruanas; 4 de sexo femenino y 5 de sexo masculino.

en calidad de procesadas/os, siendo pocas las condenas emitidas⁴⁷.

Respecto a los años de ingreso, podemos observar el siguiente cuadro:

Cuadro N° 14. Personas privadas de libertad por año de ingreso, situación Jurídica y sexo

Año de ingreso	Procesado/a		Sentenciado/a		Total
	F	M	F	M	
2012	0	1	0	2	3
2013	1	4	3	1	9
2014	1	4	2	1	8
2015	1	15	0	1	17
2016	1	1	1	1	4
2017	1	0	0	0	1
TOTAL	5	25	6	6	42

Fuente: Instituto Nacional Penitenciario.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Como se aprecia, el mayor número de personas ingresó a los establecimientos penales a partir del 2013 hasta el 2015, observando luego una reducción.

La mayoría de las personas han cumplido su privación de libertad en el establecimiento penal de Tumbes; (15), en penales de Lima; (14), en el Callao; (5), en penales de Tacna; (2), en Puerto Maldonado; (1) y en otros penales (5).

De otro lado, cabe señalar que en la información sistematizada para este estudio, hay tres personas que tienen sentencias condenatorias pero que no se han hecho efectivas porque se encuentran como *no habidas*.

Podemos concluir, señalando que el número de personas privadas de su libertad por este delito es bajo, pese a la gravedad de esta conducta.

⁴⁷ Este tema será materia de análisis más adelante.

1.5 Algunos patrones identificados en las regiones

En una investigación realizada por la OIM respecto a la migración haitiana⁴⁸, se señala que no sería posible asegurar que las rutas que han seguido los ciudadanos de dicho país, fueron planificadas al inicio. Lo cierto es que desde su país tenían información sobre los primeros tramos de la migración (De Haití a República Dominicana y de República Dominicana a Ecuador); desconociendo que podrían ser asaltados en los tramos intermedios. Cuando ya están en el tramo final, comienzan a planificar desde Puerto Maldonado su viaje a Brasil, apareciendo distintas rutas para llegar a su destino final. En otra publicación académica, se da cuenta de las características de las zonas de frontera en nuestro país, algunas de las cuales pueden resultar más permeables a la presencia de redes de tráfico de personas⁴⁹.

El presente estudio a partir de la lectura y revisión de las carpetas fiscales y expedientes judiciales, materia de análisis para esta investigación, ha podido establecer algunas formas en las que se presenta el tráfico ilícito de migrantes, sin que ello implique que no existan otras modalidades, dada la complejidad y naturaleza del delito.

- En la **Región Tumbes**, la mayoría de casos están referidos a taxistas que, con un evidente afán de lucro, en algunos casos de manera individual y en otras como parte de una organización criminal, ofrecen sus servicios para el ingreso o la salida del país a personas extranjeras, muchos de ellos de nacionalidad haitiana, senegalesa o bangladesí. Cuando son intervenidos por la Policía, algunos señalan desconocer que las personas que transportan son extranjeras y que ellas no cuentan con sus documentos en regla, lo que evidentemente

48 Organización Internacional para las Migraciones – Oficina Regional para América del Sur. “La Migración Haitiana hacia Brasil: Características, oportunidades y desafíos”. Cuadernos Migratorios N° 6. Julio 2014. Páginas 97 – 98.

49 Universidad Antonio Ruiz de Montoya. “Migración Haitiana hacia el Sur Andino”. Nicolás Rojas Pedemonte y José Koechlin (editores). Junio 2017. Páginas 45-51.

resulta inverosímil, considerando las características físicas de las personas migrantes de esos países, el idioma y la moneda que usan para su transporte (dólar americano). Un dato importante y que confirma esta situación, es el que recoge la base de datos OIM/DP, en lo que respecta a las circunstancias de la intervención policial. En Tumbes, 207 personas identificadas como objeto de tráfico, que representan el 58.3% del total en esa región, se movilizaba en un taxi, empresa o vehículo contratado cuando la PNP las *intervino*, ya sea en el marco de un operativo para delitos comunes, de inteligencia o ante una conducta sospechosa. En la mayoría de los casos, los vehículos circulaban cerca al Centro Binacional de Atención Fronteriza – CEBAF o en la ruta Tumbes- Zarumilla - Aguas Verdes.

- En **Madre de Dios**, se ha podido advertir que pese a que las empresas de transporte son formales, muchas de ellas fueron intervenidas trasladando personas extranjeras sin documentos o sin autorización de ingreso al país. Por lo general, se trata de personas haitianas cuyo destino es Brasil. De acuerdo con la información que aparece en la Base de Datos OIM/DP, 166 personas objeto de tráfico, que representan el 61.2% del total, fueron *intervenidas* cuando se encontraban desplazándose hacia la frontera. También se ha verificado que hay hospedajes que no cuentan con licencia de funcionamiento, están en malas condiciones de infraestructura y salubridad y, pese a que sólo tienen personas extranjeras indocumentadas (por lo general haitianos, senegaleses y africanos), que estarían pernoctando hasta ser trasladadas hacia Brasil, los casos no son sancionados por considerarse que esta conducta es atípica⁵⁰.

50 Las resoluciones de archivo serán analizadas más adelante.

- En la **región Piura**, ocurre una situación muy similar a la de Tumbes y Madre de Dios respecto al traslado de personas extranjeras en taxis o camionetas hacia la zona de frontera, sin contar con la documentación requerida o evadiendo puestos de control migratorio. De la revisión de los casos, se puede advertir que el 70% de las personas extranjeras identificadas como objeto de tráfico en dicha región, estaban desplazándose en estos vehículos cuando la PNP realizó la intervención.
- En el caso de **Lima Centro y Callao**, es posible afirmar que en estas regiones existen diversas modalidades del ilícito penal, siendo mayoritaria la referida a la entrega o facilitación de documentos para la salida del país, es decir, las personas acuden a traficantes que les ofrecen alterar su documentación para viajar a los Estados Unidos u otros destinos. Esto se ha podido advertir en cerca de 20 casos, que representan el 69% del total. Solo en un caso, los papeles se adulteraron para permitir el ingreso al Perú, siendo las personas objeto de tráfico de nacionalidad china. Ello coincide con otro dato recogido: que las intervenciones se han producido, en su mayoría, cuando acuden a las embajadas o en el aeropuerto. En estos casos, las personas objeto de tráfico han sido investigadas y, en algunas condenadas por el uso de documentos falsos. También han ocurrido denuncias de padres cuyos hijos/as salieron del país con sus madres y sin la autorización requerida. En estos últimos casos, las investigaciones también comprenden los delitos de sustracción de menor, secuestro y fe pública.
- En el caso de la región **Tacna**, los casos materia de análisis están relacionados con la salida a Chile, sin contar con los documentos requeridos. En efecto, en los 13 casos

que han sido revisados, los hechos se suscitaron en el puesto de control fronterizo. En algunos, la intervención fue en flagrancia cuando la persona intentaba salir con un menor de edad o, en otros casos, la denuncia se presentó directamente al Ministerio Público, y al cabo de unos días cuando –por lo general- el padre había tomado conocimiento de que su hijo encontraba se encontraba residiendo en Chile. En estos últimos, los padres presentan la denuncia por diversos ilícitos penales: sustracción de menor, secuestro, tráfico ilícito de migrantes y contra la fe pública. Sólo en un caso, dos personas chilenas facilitaron el ingreso de un adolescente peruano al país sin pasar por los controles migratorios. Más adelante, se analizará la conducta de los progenitores que salen fuera del Perú con sus hijos sin los permisos requeridos.

- Por otro lado, en las regiones de **Cajamarca** y **Puno**, se pudo advertir que si bien los casos fueron reportados como Tráfico Ilícito de Migrantes, del análisis de los mismos, se puede concluir que no se configura dicho ilícito penal. Por ejemplo, una joven de nacionalidad canadiense fue investigada por realizar campaña política a favor de un candidato a presidente regional; otras 4 personas extranjeras de nacionalidad argentina (2) y ecuatoriana (2), fueron *intervenidas* porque –pese a ingresar en forma regular- se les venció su permanencia en el país. Por esta razón, todos los casos fueron archivados. Sin embargo, hay que tener presente que se pudo evitar movilizar el sistema de justicia frente a conductas que no correspondían a sus

competencias.

1.6 El Perú como país de tránsito

Como se ha señalado en el capítulo 1, el TIM puede ocurrir en los países de origen, de destino o de tránsito. En 91 casos materia del estudio, el Perú es considerado un país de tránsito, de modo que el ingreso ilegal de extranjeros no ha tenido como finalidad la permanencia sino, por el contrario, la salida ilegal a otros países.

En 14 casos, que representan el 8.97%, el migrante buscó ingresar y quedarse en el Perú, mientras que en otros 33 (21.15%). las personas buscaban cruzar las fronteras, teniendo como destino Estados Unidos y Europa.

Esta situación obedece a que nuestro país no ha sido regularmente considerado como destino migratorio. Esto ha empezado a cambiar debido a los flujos masivos de migración que han llegado, como la haitiana y, ahora la venezolana, que se desplaza en razón a la crisis social, económica y humanitaria que enfrenta.

Cuadro N° 15. Relación del objeto de tráfico con el Perú

Modalidades	Número
Tránsito	91
Origen	33
Sin dato	17
Destino	14
Tránsito/origen	1

TOTAL	156
--------------	------------

Fuente: Base de Datos OIM/DEFENSORIA.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

El siguiente cuadro confirma lo que se indica líneas arriba: de los 91 casos en los que el Perú es considerado país de tránsito, en 46 (50.55%) Brasil es el destino final, seguido de Estados Unidos, con 18 casos (19.78%) y Ecuador, con 11 casos (12.09%). El resto de destinos se divide en diversos países.

Cuadro N° 16. Países de destino

País de destino	Número
Brasil	46
EEUU	18
Ecuador	11
Sin dato	6
Bolivia	3
Chile	2
Otros	5
TOTAL	91

Fuente: Base de Datos OIM/D.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

2. Dificultades advertidas en la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos de tráfico ilícito de migrantes

A continuación, señalaremos los principales hallazgos observados al analizar los 156 casos a los que se ha tenido acceso, desde la información cuantitativa a la cualitativa, a fin de mostrar no sólo data numérica, sino

también los criterios que los operadores de justicia utilizan al momento de investigar y sancionar este tipo de delitos.

2.1 Estado general de los procesos

Cuadro N° 17. Estado general de los procesos

Estado de trámite	Número
Archivo fiscal	74
Sobreseimiento	14
En trámite	31
Sentencia condenatoria	12
Sentencia absolutoria	3
Conclusión anticipada	8
Terminación anticipada	7
Otros	7
TOTAL	156

Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Al observar el cuadro podemos apreciar, de manera general, que 88 casos, lo que equivale al 57% del universo total, han culminado a nivel del Ministerio Público o el Poder Judicial con un archivo o sobreseimiento, al no hallarse elementos suficientes para iniciar una investigación o desarrollada la misma, no hubo mérito para ingresar a un juicio oral. La mayoría de archivos y sobreseimientos, en comparación con la carga que tiene cada región, se han dictado en Tumbes (25) y Madre de Dios (11). En el caso de Cajamarca y Puno se archivaron todos los casos materia de análisis, porque como se ha mencionado anteriormente, aunque se iniciaron por delito de tráfico ilícito de migrantes, en la realidad no correspondían a dicho ilícito penal.

Durante el desarrollo de la investigación preparatoria, un total de 8 casos (5.29%) culminaron mediante la terminación anticipada, es decir, el investigado reconoció responsabilidad en los hechos, por lo cual negoció

con el Ministerio Público para lograr un acuerdo que permitiera concluir el caso en esa etapa con una reducción de la pena. Esta figura se aplicó mayoritariamente en Tumbes.

En la última de las etapas procesales, se emitieron 12 sentencias condenatorias, 3 sentencias absolutorias y en 8 casos se logró la conclusión anticipada, que implica el reconocimiento del procesado en los hechos materia del juzgamiento.

Sumando los diversos supuestos condenatorios⁵¹, podemos indicar que en 27 casos (7.31%) en el proceso penal se logró establecer la responsabilidad de la persona procesada. Es importante indicar que por lo general estos casos se han dado en los distritos judiciales de Lima, Callao y Tumbes. En Lima, se han emitido 5 sentencias condenatorias y una terminación anticipada; en el Callao, se dictaron 5 sentencias condenatorias mientras que en Tumbes, hubo 6 conclusiones anticipadas, 4 terminaciones anticipadas y 2 sentencias condenatorias. En Madre de Dios se ha emitido una sola sentencia condenatoria y 11 procesos fueron archivados.

En 31 casos (19.87%), hasta la culminación del recojo de información⁵², el proceso se encuentra en trámite en alguno de los diversos estadios procesales.

2.2 Desarrollo de las investigaciones

La investigación desarrollada por la Policía y el Ministerio Público, muestra algunas particularidades que deben ser consideradas.

2.2.1 Investigaciones policiales

El Código Procesal Penal en el artículo 67°, establece que la Policía Nacional,

51 Terminación anticipada, conclusión anticipada y sentencia condenatoria propiamente dicha.

52 La lectura de expedientes se realizó hasta el mes de agosto de 2018.

realiza diligencias de urgencia e imprescindibles para individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la Ley penal al tomar conocimiento de los delitos, debiendo dar cuenta al Fiscal. Por su parte, el artículo 68° establece las atribuciones que le competen, dentro de las cuales se encuentran, principalmente: recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos; capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos; recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor, y en caso no se hallara este presente, el interrogatorio se limitará a constatar la identidad de aquellos.

En esa medida, nos parece necesario evaluar la forma cómo viene actuando la Policía Nacional, más aún cuando cuenta con unidades especializadas para atender esta problemática. Si bien es cierto, las directrices se han emitido recientemente, consideramos que la información recopilada en la presente investigación contribuirá a encaminar de mejor manera la acciones que vienen implementando en el último año, además de articular con los otros operadores de justicia a fin de evitar la impunidad de estos delitos.

2.2.1.1 Lugar de la intervención

Las intervenciones policiales se han dado principalmente en la calle, cuando las personas objeto de tránsito se desplazaban en autos, camionetas o ,incluso, en ómnibus interprovinciales; en segundo lugar, en el aeropuerto, al haberse advertido que presentaban pasaportes o permisos de viaje

falsos o no contaban con ellos; en tercer lugar, en los puestos de control fronterizos terrestres; y en cuarto lugar, en hospedajes, donde muchas veces las personas objeto de tráfico pernoctan en el trayecto hacia su destino.

Cuadro N° 18. Lugar de intervención

Lugar de los hechos	Número
En la calle	88
Aeropuerto	18
Control fronterizo	11
Hospedaje	7
Embajada/consulado	4
Otros	28
TOTAL	156

Fuente: Base de Datos OIM/D.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

2.2.1.2 Inicio de la investigación

En un 77%, las investigaciones se iniciaron a instancias de la Policía Nacional (120), es decir, por intervenciones policiales con ocasión de la labor diaria que realizan (69), por ejemplo, a choferes que conducían a excesiva velocidad, circulaban con lunas polarizadas, no contaban con su mantenimiento o estaban en una actitud sospechosa. En muy pocos casos, se han desarrollado operativos específicos para contrarrestar este delito.

Así tenemos, que en el periodo 2012- 2017, solo en 20 de los 156 casos, la intervención obedeció a un operativo contra el TIM, y de ese total llama aún más la atención, el reducido número en regiones como Tumbes (7) y Madre de Dios (2), tomando en consideración las denuncias públicas en los medios de comunicación que daban cuenta de la presencia de traficantes, conocidos como “coyotes”, que se aprovechan de la alta vulnerabilidad de

las personas migrantes que llegan al país⁵³.

En un 20.5%, los casos se iniciaron en razón a denuncias de parte (32 casos); en su mayoría, de padres que se enteraban de que sus hijos/as salieron del país sin su autorización; por las embajadas, principalmente de Estados Unidos; o por funcionarios de puestos de control fronterizo que dan cuenta de personas que intentan salir o ingresar al país sin contar con los documentos requeridos.

Cuadro N° 19. Inicio de la investigación

Modalidad	Número
Denuncia de parte	32
Intervención policial	69
Operativo de inteligencia TIM	20
Operativo para delitos comunes	31
Otro	4
TOTAL	156

Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

2.2.1.3 Unidad policial a cargo de la investigación

A pesar de la complejidad de esta actividad criminal, solo en 13 casos (8.33%), la investigación estuvo a cargo de las unidades especializadas de la Policía Nacional en Trata y Tráfico Ilícito de Migrantes, siendo principalmente las comisarías (42), las que llevan adelante estas investigaciones, sin contar con mayor experiencia y sin articular con las unidades competentes. Ello se pudo verificar durante las entrevistas formuladas a diversos efectivos

53 <http://www.inforegion.pe/164287/coyotes-trafican-con-el-traslado-de-haitianos-en-madre-de-dios/>
<https://peru21.pe/lima/madre-dios-intervienen-65-haitianos-ilegales-108706>
<https://elcomercio.pe/peru/tumbes/buscan-evitar-mafias-coyotes-captan-venezolanos-noticia-550073>
<https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/tumbes-la-policia-intervino-siete-haitianos-ilegales-y-cuatro-coyotes-peruanos-n115149>

policiales en las regiones visitadas, en las que algunos señalaron que no reciben estas capacitaciones porque están dirigidas exclusivamente al personal que atiende estos temas de manera directa.

Un dato a destacar es que en el período materia del estudio, las competencias a nivel de la Policía no estaban muy claras, pues a pesar de existir unidades especializadas, han sido diversas dependencias las que han investigado los casos. Así tenemos, que en Madre de Dios, de los 17 casos que se investigan, solo en 3 interviene la unidad especializada; en Lima Centro de los 29 casos participan en 7, mientras que en el Callao, de 18 casos, esta unidad interviene en 3. En Tumbes no han participado ningún caso, incluso los operativos para contrarrestar estos delitos los realizó la comisaría.

Cuadro N° 20. Unidad policial a cargo de la investigación

Unidad policial	Número
Comisaría	42
DIRINCRI	24
Ninguna	5
Otros	28
Seguridad del Estado	39
Sin dato	5
Unidad Especializada Trata/TIM	13
TOTAL	156

Fuente: Base de Datos OIM/D.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

2.1.1.4 Escasas solicitudes de información a Interpol y realización de diligencias específicas

Considerando que el tráfico ilícito de migrantes es un delito transnacional y que afecta a personas de distintas nacionalidades, en muy pocos casos se ha solicitado información a INTERPOL. Es más, en los pocos que se ha hecho, únicamente se requirió para la persona objeto de tráfico, más no de

las personas investigadas. Así, de los 156 casos analizados, en 128 no se realizó este pedido, lo que representa el 82% del total.

De igual manera, se ha observado que no suelen realizarse diligencias especiales o una investigación más profunda sobre la conexión de la persona investigada con organizaciones criminales. En efecto, solo en Lima y en el Callao se solicita el levantamiento de las comunicaciones; en Tumbes y Madre de Dios la policía centra su investigación en averiguar si el vehículo en el que se desplaza la persona investigada le pertenece, una vez que logra establecer su propiedad no realiza ninguna otra diligencia.

Cuadro N° 21. Solicitud de información a Interpol

¿Se solicitó información a Interpol?	Número de investigaciones
NO	128
SI	11
sin dato	4
Solo imputado	4
Solo objeto de tráfico	9
TOTAL	156

Fuente: Base de Datos OIM/D.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

2.2.2 Investigaciones fiscales

El artículo 60° del Código Procesal Penal, señala que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal, quien conduce desde su inicio la investigación del delito, por lo que la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. En tal sentido, es responsable de la investigación y la postulación de la acusación ante el Juez de Juzgamiento.

En esa medida, consideramos necesario evaluar, en primer lugar, cómo vienen articulando el Ministerio Público y la Policía Nacional para garantizar

los derechos de las personas objeto de tráfico y llevar de mejor manera las investigaciones por este delito.

2.2.2.1 Deficiencias en el tratamiento procesal de las personas objetos de tráfico

Es claro que las personas objeto de tráfico no son necesariamente víctimas, pero sí testigos privilegiados respecto al actuar de los acusados, razón por la cual resulta preocupante que no se dé la importancia debida a sus declaraciones, pues además de garantizarles sus derechos (como contar con un intérprete), los fiscales deben asegurar que se recabe la mayor información posible sobre los hechos, la identificación de los posibles autores y si hay autoridades involucradas, entre otros. No obstante, en este aspecto observamos deficiencias en el Ministerio Público, titular de la acción penal y encargado de conducir las investigaciones policiales.

- **Ausencia de declaraciones de las personas objeto de tráfico**

No se tomó la declaración de 300 personas objetos de tráfico (36%), cuyos casos -en su mayoría- culminaron archivados o sobreseídos. Por ello, se debe tener en cuenta que la falta de estas declaraciones, tiene un efecto directo sobre la obtención de material probatorio necesario para establecer la responsabilidad de los procesados. En una reunión sostenida con autoridades fiscales y policiales, estos últimos señalaron que esa deficiencia obedece, principalmente, al idioma, es decir, al no ser posible contar con un intérprete se opta por recibir la declaración de uno de ellos (y no de todos), a través de los medios que tengan a su alcance.

Definitivamente, estas dificultades operativas no pueden propiciar a la impunidad de los casos dada su gravedad y transcendencia social.

- **Falta de intérprete en la declaración que se brinda ante la autoridad policial o fiscal**

De 476 personas con un idioma distinto al español, a 135 se les tomó su declaración sin un intérprete y 126 que sí contaron con uno, un poco más de la mitad, tuvo a su compatriota como *intérprete*, lo que a todas luces resulta insuficiente y no pasa de ser una presencia meramente formal que no garantiza derechos. Esta situación se puede inferir del hecho que la respuesta de todas las personas migrantes es idéntica además de que ni siquiera se le recogen sus datos básicos completos (edad, estado civil, ocupación, grado de instrucción), como se ha podido advertir en el numeral 1) del presente capítulo. En otros casos, la propia Policía ha señalado, en las entrevistas realizadas, que utiliza herramientas informáticas (traductores por internet) o buscan a alguien que comprenda un poco para intentar entablar una comunicación con la persona migrante.

Cabe recordar que el derecho de expresarse y usar su propio idioma está reconocido a nivel constitucional para toda persona sin importar su nacionalidad. Por ello, corresponde asegurarlo, no solo para las personas investigadas, sino para cualquiera que se encuentre involucrado en una investigación, independientemente de su situación procesal. De igual forma, ello ha sido recogido en las normas que garantizan la asistencia y protección a la persona objeto de tráfico, como se verá más adelante.

- Declaraciones de las personas objeto de tráfico incompletas y superficiales

Es necesario incidir en el valor probatorio de la declaración de las personas objeto de tráfico, pues se observa que, en muchos, casos los testimonios son muy generales y no se formulan repreguntas para esclarecer los hechos. Así, se advierte que en varios casos donde se ha intervenido a un/a extranjero/a, no se le ha preguntado cómo conoció a la persona investigada y si estuvo acompañada de un cómplice, tampoco se le pregunta por su descripción física, alias o nombre con el que lo conocen o con el que se presentó. De igual forma, no se les pregunta por la ruta que siguieron para llegar a un determinado lugar y, si lo mencionan, no se profundiza sobre

los pagos que realizaron, con qué documento se identificaron y quién los ayudó a pasar los controles migratorios.

Por ejemplo, en un caso donde la persona objeto de tráfico fue encontrada dentro de una casa junto a otros migrantes (aparentemente, el presunto traficante los alojaba ahí para luego facilitarles la salida a la frontera), no se indagó ningún detalle, al extremo que el investigado aseguró que la Policía que lo intervino le tenía cólera y que él nunca estuvo en esa casa (aunque reconoció que ahí vive su suegra y guarda su vehículo). Dicha declaración no se pudo contrastar con lo señalado por las personas migrantes, pues se les hizo preguntas generales, sin ahondar en la forma en la que fueron encontradas en ese inmueble.

Esta problemática se observa, especialmente, cuando hay pluralidad de migrantes y en los distritos fiscales y judiciales de las zonas de frontera. En la mayoría de los casos, tampoco participa el/la representante del Ministerio Público, pese a que han estado presentes en las declaraciones de los investigados. Más aún, muchas declaraciones parecen ser tomadas con una plantilla predeterminada, es decir, si existe algún dato que no queda claro, la autoridad no realiza repreguntas para aclarar la información.

Hay que tener en cuenta que la falta de un testimonio adecuado, completo y oportuno, que refleje lo que ha sucedido por parte de la propia persona afectada, no sólo vulnera los derechos a la verdad y a la justicia, sino también conlleva la impunidad de los traficantes. Debemos considerar que las personas objeto de tráfico, no vuelven a declarar porque son expulsadas o continúan su viaje de manera inmediata, salvo que tengan la calidad de refugiadas o por alguna razón excepcional permanezcan en el país. De ahí que su testimonio debe ser recogido de manera eficiente y evaluando la necesidad de recabarla –si fuera posible– como prueba anticipada⁵⁴, con lo cual se garantiza un elemento probatorio importante para el proceso.

54 Así lo prevé el Código Procesal Penal en el artículo 242.

- No se comunica la situación de la persona migrante a sus autoridades consulares

Este derecho está previsto en caso de un/a ciudadano/a extranjero/a detenido/a, así como de la víctima de un delito, teniendo como objetivo que las autoridades diplomáticas puedan atender a su connacional y brindarle la asistencia correspondiente. Parece que el migrante, al no ser considerado ni como investigado ni tener el estatus formal de víctima del delito de TIM, se ubica, para algunas autoridades, en una suerte de limbo jurídico donde las normas de protección no le son aplicables.

Es evidente que el sentido de la normativa vigente conlleva el derecho del ciudadano extranjero a que sus autoridades puedan conocer su situación e intervenir para asistirlo en sus necesidades básicas.

- Inexistencia de pedidos fiscales de participación de las UDAVITs.

En el marco del Nuevo Código Procesal Penal, para atender las necesidades de protección que requieren una víctima o un testigo en ciertos casos complejos y que pueden poner en peligro su vida e integridad, se crearon las Unidades Distritales de Víctimas y Testigos (UDAVIT), en cada distrito fiscal donde se implementa esta norma procesal. Estas unidades son coordinadas por la Unidad Central de Atención de Víctimas y Testigos.

La UDAVIT brinda asistencia psicológica, social y legal, y su participación es solicitada por el/a fiscal a cargo de la investigación, no pudiendo actuar de oficio.

De la lectura de las carpetas fiscales y expedientes judiciales materia del estudio, se puede verificar que en ningún caso se ha solicitado la participación de alguna UDAVIT, siendo evidente que varios de estos migrantes se encontraban en una situación de vulnerabilidad y requerirían una asistencia inmediata en aspectos básicos.

La no categorización procesal de víctima y el hecho de que, al ser objeto del tráfico de migrantes, ha consentido este ilícito, para algunas autoridades implicaría que no les alcancen las normas de protección reguladas por nuestro ordenamiento vigente. No obstante, apartándonos del debate sobre la categoría que le corresponde durante el proceso, lo cierto es que sí pueden ser considerados testigos de un delito. En esa medida la participación de las UDAVITs es plenamente posible y deben actuar si se evalúa que su atención es necesaria, tanto para el caso de personas extranjeras como peruanas.

2.2.2.2 Deficiencias en la investigación que inciden en el archivo o sobreseimiento

De la revisión de las resoluciones de archivo o sobreseimiento, se aprecia que no se ha obtenido información suficiente para pasar al siguiente estadio procesal. Es decir, esta decisión se debe, en gran medida, a una deficiente investigación que no acopió los suficientes elementos probatorios requeridos. Por ejemplo, en un caso, una persona objeto de tráfico, fue intervenida dentro de un vehículo cuyo chofer huyó. Al averiguar los datos del vehículo se buscó al dueño y se le notificó; este se acercó a la dependencia policial y señaló que durante esos días estuvo de viaje y el vehículo lo dejó a su esposa, quien a su vez, lo alquiló al vecino para que trabajara. En su declaración indicó el nombre completo y lugar donde vive su vecino y pese a ello, la Policía nunca acudió a notificarlo ni la Fiscalía requirió su presencia. Posteriormente, el caso fue archivado a nivel fiscal, argumentándose que *“no fue posible identificar al responsable”*.

En otro caso, una persona investigada que fue intervenida esperando en la puerta de un hotel –donde se alojaría a migrantes irregulares- dijo que estaba ahí, porque la dueña ofertaba un terreno y él estaba interesado, motivo por lo que acudió para negociar el precio. La dueña negó esa afirmación, señalando que no tenía ningún terreno y que no conocía a dicha

persona. Pese a esta evidente contradicción y que el caso se inició por una labor de inteligencia que daba cuenta que esa persona era conocido como un “coyote”, nunca se ampliaron las declaraciones o se hizo una diligencia para confrontar estas versiones. Al final, el Ministerio Público asumió que no habían elementos suficientes y dio por cierta la versión del investigado que negó cualquier vinculación con ese delito.

A ello se suma, que la Procuraduría Pública casi no participa, ya sea porque no se les notifica regularmente o al tomar conocimiento, no interviene. En esa medida, podría afirmarse que en estos casos, el/la fiscal tiene el control absoluto del destino de la investigación no contando con sujetos procesales que cuestionen sus decisiones.

2.2.2.3 Incumplimiento de notificar a la Procuraduría

El Consejo de Defensa Jurídica del Estado, adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, es un órgano colegiado encargado de dirigir y supervisar la defensa jurídica de los intereses del Estado. Esta a cargo de los procuradores públicos. Por lo tanto, deben ser notificados formalmente del inicio de una investigación, en este caso, de las denuncias por delito de TIM, lo que permitiría que se constituyan en actor civil. No obstante, de los 156 casos revisados, en 40, dicha notificación no se realizó, con lo cual se imposibilitó que el Estado pudiera asegurar la defensa de sus intereses.

Junto con este problema, hemos podido advertir que las notificaciones se realizan a distintas procuradurías del Ministerio del Interior⁵⁵, algunas de las cuales las han rechazado por no ser competentes. Sin embargo, el Ministerio Público, en algunas oportunidades, ha dado por consentido el plazo para la impugnación cuando la notificación no se ha realizado

⁵⁵ De acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Interior (Decreto Supremo 004-2017-IN), existe la Procuraduría Pública a cargo del Sector Interior, pero a su vez existen en el mismo ministerio otras Procuradurías Públicas Especializadas: en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, en Delitos de Terrorismo, en Delitos contra el Orden Público, en Delito de Lavado de Activos y Proceso de Pérdida de Dominio, y, en Delitos de Crimen Organizado.

adecuadamente, o incluso si se equivocaron en consignar la dirección domiciliaria correcta.

En otros no pocos casos, los/as fiscales notifican a las procuradurías de otros sectores, como del Ministerio de Defensa, de la Policía Nacional del Perú, de Relaciones Exteriores, del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), entre otros. En algunos casos, estas han respondido, pero en otros han señalado su incompetencia. Por ejemplo, la procuraduría del MIMP fue notificada en un caso donde las personas objeto de tráfico eran niños y niñas, sin que esa unidad actuara frente al caso. De igual forma, con el Ministerio de Relaciones Exteriores, es entendible que se les notifique, cuando hay personas extranjeras involucradas.

Finalmente, se puede advertir que las notificaciones se hacen faltado poco tiempo para el cumplimiento del plazo para impugnar la decisión de primera instancia ante el/la Fiscal Superior, con lo cual también se afecta la defensa del Estado.

2.2.2.4 Consideración de los hechos como parte de una organización criminal. Rol de las Fiscalías Especializadas en Criminalidad Organizada

Como se ha afirmado, es factible que el Tráfico Ilícito de Migrantes, pueda ser realizado por una sola persona e incluso, en el caso de existir pluralidad de imputados, ello no implica necesariamente la existencia de una organización criminal. En tal sentido, ni la legislación internacional ni la nacional, plantean la existencia de una organización para la configuración del tipo penal.

Sin perjuicio de ello, en el caso de que el pase del control migratorio involucre la participación de varias personas, estas deben tener funciones específicas para lograr el acopio, transporte, cruce de la frontera y

alojamiento de las personas migrantes. Esto se presenta, por lo general, cuando existe una pluralidad de personas objeto de tráfico. Sin embargo, en los casos revisados se ha podido evidenciar que el Ministerio Público persiste en considerarlos como hechos aislados o individuales, sin comprender la naturaleza de estos delitos. Ello conlleva decidir por un archivamiento al considerar algunas conductas como atípicas o, que estas no forman parte del delito de Tráfico Ilícito de Migrantes.

En la mayoría de casos, las fiscalías que intervienen en las investigaciones son fiscalías provinciales penales, que atienden todo tipo de delitos o las fiscalías especializadas en Trata de Personas, en los lugares donde se han implementado⁵⁶, resaltando que estas tienen solo la especialidad en Trata más no en Tráfico Ilícito de Migrantes. Es mínima la participación de las fiscalías especializadas en criminalidad organizada, que son competentes para dirigir y conducir la investigación de los delitos previstos en el artículo 3 de la citada Ley N° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado). Estas fiscalías se componen de fiscalías superiores nacionales especializadas y supraprovinciales corporativas especializadas, que conocen investigaciones que revistan los casos de: organización criminal por su gravedad y complejidad, repercusión nacional y/o internacional, o porque el delito es cometido en más de un distrito fiscal, o que sus efectos superan dicho ámbito.

En efecto, solo en un caso en Madre de Dios, se conoció una mega investigación por Tráfico Ilícito de Migrantes, realizada por la Fiscalía de Crimen Organizado, la misma que analizó 12 carpetas fiscales que fueron en su mayoría, archivadas por fiscalías penales comunes. En esta investigación, se puede apreciar que se busca identificar patrones de conducta que permitirían demostrar la existencia de una organización criminal. Es claro que ello no garantiza el éxito de la investigación y que parte del material probatorio de relevancia no podría ser obtenido

⁵⁶ Cabe señalar que solo hay fiscalías especializadas en trata de personas, más no en tráfico ilícito de migrantes, existiendo actualmente 8 Fiscalías Provinciales Especializadas en Trata de Personas en Tumbes, Tacna, Lima, Callao, Madre de Dios, Loreto, Puno y Cusco.

considerando el tiempo transcurrido. Pero es necesario destacar la iniciativa de sistematizar información que pueda permitir que hechos aislados se analicen como componentes de un mismo hecho delictivo, de modo que la investigación fiscal tenga una distinta planificación. A ello se suma, el hecho que la presunta existencia de crimen organizado, implica la aplicación de técnicas de investigación propias de este tipo de delitos.

En los casos de Lima y el Callao, la capacidad del Ministerio Público y la coordinación con unidades especializadas de la Policía Nacional del Perú, permiten una labor mucho más efectiva, contando para ello con la Directiva N° 013-2015-FSNC-FECOR-MP-FN, “Distribución de los casos de Tráfico Ilícito de Migrantes”, mediante la cual, el Fiscal Superior Coordinador Nacional de las Fiscalías Especializadas contra la Criminalidad Organizada y Fiscalías Especializadas en delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, centraliza en el Equipo N° 04 de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada contra la Criminalidad Organizada, todos los casos de TIM que sean de competencia del sub sistema especializado.

Fruto de ello, el citado equipo, ha logrado con el apoyo técnico de las unidades especializadas de la Policía, desarrollar investigaciones que permiten identificar organizaciones criminales dedicadas al Tráfico Ilícito de Migrantes de manera constante, en las que diversas personas actúan articuladamente en distintas funciones destinadas a burlar los controles migratorios. Para ello, han hecho uso de técnicas especializadas de investigación (como las contenidas en la Ley contra el Crimen Organizado⁵⁷), pasando de investigar conductas aisladas, a establecer la existencia de verdaderas organizaciones.

Es claro que esta realidad no se replica en otras regiones, por diversos motivos. En primer lugar, porque no en todas las regiones existen fiscalías

⁵⁷ Como son, la interceptación de las comunicaciones, circulación y entrega vigilada de bienes, agente encubierto, acciones de seguimiento y vigilancia, recojo de información reservada de instituciones privadas y públicas, levantamiento de secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, incautación y decomiso, así como una especial valoración probatoria que la norma establece para estos casos.

de crimen organizado. Incluso donde estas existen, casi no abordan casos de TIM y si se ocupan de los mismos, no cuentan con unidades policiales especializadas para el desarrollo de sus labores. Por ello, no realizan diligencias específicas, dada la naturaleza de este delito, como el levantamiento de las comunicaciones o del secreto bancario de los investigados.

La necesidad de un protocolo de investigación en este tipo de delitos, que incida en priorizar el compartir y cruzar información de investigaciones individuales para detectar posibles casos de criminalidad organizada dedicada a esta actividad, es de especial importancia. De la misma manera la decisión de estas fiscalías especializadas, especialmente las ubicadas en zona de frontera, que deben estar alertas ante la posible existencia de investigaciones individuales que puedan ser acumuladas en un caso complejo.

De otro lado, no podemos dejar de mencionar que si bien las fiscalías especializadas en criminalidad organizada, vienen realizando investigaciones con resultados importantes, una debilidad para este caso de delitos es su ámbito de competencia, en tanto solo pueden actuar dentro de una jurisdicción, salvo en el caso de Lima⁵⁸, cuando por la naturaleza del delito muchas veces se requiere ampliar estas limitaciones a una jurisdicción nacional para realizar una adecuada investigación. Por ello, resulta importante considerar que estas fiscalías puedan investigar los casos de TIM, más aún cuando así lo señalan las directrices aprobadas recientemente.

2.3 Criterios judiciales para determinar la pena y la reparación civil

2.3.1 Determinación de la pena

Una vez que se determina la responsabilidad de la persona procesada, en

58 Mediante comunicación interna se le asigna a dicha fiscalía competencia a nivel nacional.

muchos casos debido al reconocimiento de la misma, la pena debe guardar criterios de proporcionalidad considerando: i) la magnitud del daño, ii) la afectación a las personas migrantes o, iii) el estadio procesal en el que se reconoce esta responsabilidad (terminación anticipada o conclusión anticipada), conforme a lo señalado en nuestro ordenamiento penal.⁵⁹

- **Reconocimiento de la responsabilidad: terminación anticipada y conclusión anticipada**

En el marco del Nuevo Código Procesal Penal, se desarrollan dos figuras que permiten que en diversos estadios procesales, la persona procesada pueda reconocer su responsabilidad, de modo que ello implique un beneficio: la reducción de la pena así como de la reparación civil correspondiente.

Si bien ambos casos guardan similitudes, y deben ser finalmente aplicadas por el Juez Penal, existen diferencias sustanciales:

- La **terminación anticipada** puede desarrollarse durante la investigación preparatoria, y debe darse como fruto de un proceso de negociación entre el fiscal y la defensa, sin que en dicha negociación pueda oponerse el actor civil. En caso de existir un acuerdo, este debe ser presentado en una audiencia ante el Juez de Investigación Preparatoria, donde el actor civil puede participar para defender sus intereses (reparación). En caso de que el juez apruebe el acuerdo, dicta una sentencia anticipada, que solo puede ser apelada por el actor civil en relación al monto de la reparación.

La reducción a la que puede aspirar el procesado en este caso, de acuerdo al propio Código Procesal Penal (artículos 468° a 471°), es la sexta parte de la pena que solicita el fiscal, que se entiende, debe ser, al menos, el mínimo del rango que

59 Artículos 45, 45-A y 46, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E del Código Penal.

el tipo penal señala. No obstante, existen situaciones en los que la pena a ser solicitada puede ser menor a dicho mínimo, como por ejemplo en la existencia de una confesión sincera, una causal de imputabilidad restringida, un error de tipo o de prohibición, entre otros supuestos. Así que siendo necesario que se exprese de manera precisa a fin de fundamentar dicha reducción excepcional.

- La **conclusión anticipada** conlleva también la reducción de la pena y la reparación civil, pero tiene diferencias marcadas. De acuerdo al artículo 372º, se realiza durante el juicio oral, pudiendo el Juez de Juzgamiento reducir la pena, dosificándola dentro del marco jurídico del tipo legal en aplicación de los artículos 45º y 46 del Código Penal.

La norma procesal no señala con claridad el margen de disminución de la pena, por lo que la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116: Alcances de la conclusión anticipada, ha establecido criterios en virtud al principio de proporcionalidad:

23. El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término.

Por lo tanto, la reducción no puede ser mayor que la que se pudo obtener en el mismo caso si la persona se hubiera acogido a una terminación anticipada. Teniendo claro cada supuesto y sus consecuencias, llama la atención un caso –materia del estudio- en el que en un supuesto de conclusión anticipada, se aplicó una reducción de la quinta parte de la pena solicitada, es decir una reducción mayor que la que podría haberse obtenido en una terminación anticipada.

Es necesario señalar algunas precisiones al respecto:

- No se argumenta en la resolución, la existencia de algún atenuante específico que permita, la aplicación de una pena concreta por debajo del mínimo legal. Ello implicaría una vulneración en el deber de debida motivación de las resoluciones judiciales, que señala el artículo 139° inciso 5 de la norma constitucional.
- En el caso concreto, durante la investigación preparatoria se negoció una terminación anticipada entre el fiscal y la defensa, acordándose una pena que resultó mayor que la otorgada finalmente mediante la conclusión anticipada en el juicio oral.

2.3.2 Determinación de la reparación civil

Se ha encontrado casos que muestran situaciones que claramente deben llamar la atención y ser revisadas, en tanto implican la aplicación de criterios que no tienen fundamento para la determinación del monto de reparación civil.

- El monto de la reparación civil no parece guardar diferencia en relación a la pluralidad de migrantes que han sido objeto de TIM.
- No se evidencia fundamentación alguna respecto al daño

causado y, por ende, el monto de reparación a ser establecido. La no existencia de dicha fundamentación, no sólo afecta el artículo 139° inciso 5 de la Constitución, sino que sirve para un uso arbitrario de la norma.

- Apartándonos del debate que pueda plantearse respecto a la calificación de víctimas de las personas migrantes, lo cierto es que se trata de personas que han realizado pagos a los que cometen el delito. No obstante, en algunos de los casos revisados se ha podido observar que no se ordena al sentenciado la devolución del monto recabado. Además, los montos de reparación civil están por debajo de las cantidades que cobraron los traficantes. Por ejemplo, pueden ayudar a comprender esta situación los siguientes ejemplos: reparación civil de 2000 soles y pagos recibidos de 2,000 dólares; reparación civil de 3,000 y pago recibido de 5,000 dólares; reparación civil de 1,000 soles y pago recibido de 12,000 dólares. Considerando que se trata de penas suspendidas en todos estos casos, es claro que existe una ganancia económica para el sentenciado.
- Finalmente, en este aspecto debemos señalar la poca atención que se brinda durante el proceso, a la determinación o comprobación del pago a los sentenciados por TIM, de montos destinados a burlar el control migratorio. En efecto, en muchos casos no se indica el monto de dicho cobro ni se pregunta en detalle sobre este aspecto.

Está claro que en las resoluciones judiciales nacionales existe debilidad en la sustentación para establecer la valoración del daño y, por ende, en determinar una reparación civil justa. En este delito, esa debilidad es evidente y requiere una revisión con mayor detalle, a fin de adoptar las medidas adecuadas.

2.4 Algunos criterios de los operadores de justicia

2.4.1 Actividad de los transportistas luego de cruzada la frontera

En las carpetas del distrito fiscal de Tumbes, se puede observar la intervención policial en diversas ocasiones a conductores de taxis o vehículos privados cuando transportaban o recogían personas cerca de las zonas de frontera, las mismas que no contaban con sus documentos en regla (visa o pasaporte), evidenciándose que el ingreso al país fue de manera ilegal.

La decisión fiscal en este tipo de casos ha sido archivar la investigación por considerar que esos actos no se encuentran contenidos en el tipo penal, es decir que se trataría de una conducta atípica, pues a su entender el Código Penal en el artículo 303-A sanciona las actividades destinadas al ingreso o salida de forma ilegal de las personas y no la permanencia o la facilitación para ello. En esa medida, para los/as fiscales que han decidido el archivo de los casos, no se podría hablar de *facilitar el ingreso al territorial nacional*, pues la persona fue intervenida cuando se movilizaba en el interior del país. Por ende, si bien se trata de una actividad totalmente consciente y lucrativa para estos transportistas, incluso cuando indican que desconocen que trasladan migrantes en situación migratoria irregular, la conducta – a criterio de dichas autoridades- no sería punible, salvo que se demostrara que el transportista tuvo una coordinación con la persona que facilitó el ingreso ilegal. Es decir no sería punible la existencia de una organización criminal destinada a dicha actividad, en la que sus miembros se dividieran tareas para lograr el efectivo paso fronterizo y el migrante pagara un monto de dinero por el “servicio completo”. También podría configurarse el delito, si se demuestra que el chofer hizo cruzar la frontera a la persona migrante y, posteriormente, la trasladó con su vehículo a otra zona de verificación.

Lamentablemente, en ninguno de los casos, las autoridades fiscales enfocaron la investigación bajo esos supuestos, asumiéndolos como conductas individuales y sin considerar que forman parte del proceso del Tráfico Ilícito de Migrantes.

2.4.2 Cruce de frontera de un padre/madre con su hijo/a

Se revisaron casos donde se ha incluido en una investigación preliminar la conducta de algún padre o madre por haber cruzado la frontera con su hijo/a, sin el permiso respectivo del otro progenitor, señalándose la existencia de un concurso de delitos con la afectación al régimen de tenencia.

La revisión de las carpetas nos muestra que el resultado de la investigación es el archivo respecto al tipo penal de TIM, por considerarse que si bien se trata de un egreso ilegal del país (en relación a su hijo/a) no se configura el elemento subjetivo de la búsqueda de un lucro u otro tipo de beneficio. Incluso bajo esos mismos argumentos, en segunda instancia, el Ministerio Público confirmó el archivamiento del caso. Este criterio sigue lo establecido por el Protocolo y la Ley Modelo, sin embargo todavía no es aplicado de manera uniforme en el país.

Finalmente, -y no por ello menos importante- es el hecho de que, en estos casos, el egreso del país se realiza vulnerando los controles migratorios, lo que puede implicar no contar con el permiso necesario del otro progenitor (notarial o judicial) o la falsificación de dicha documentación. En los casos materia de revisión, no se ha observado que se haya dado el segundo supuesto, por lo que debemos presumir que ha existido complicidad o incumplimiento de una debida diligencia por parte de la autoridad migratoria, lo que debería tener como correlato el inicio de procesos administrativos o judiciales.

2.4.3 Albergue de migrantes previo cruce de la frontera

En el caso de Madre de Dios, se investigó el albergue a 58 migrantes haitianos en un hostel, en el que se encontraban en condiciones precarias y con un alto grado de hacinamiento (sólo había 3 o 4 cuartos para todos). La intervención policial se realizó en el marco de un operativo de inteligencia que daba cuenta de que en el que dicho lugar, los “coyotes” llevaban a las personas en condición migratoria irregular. En esa fecha se ubicó tanto a la dueña del hostel como a una persona de la cual se tenía indicios que lograba el paso de migrantes de la frontera peruana al territorio brasileño.

La toma de las declaraciones de las personas migrantes, mostró serias afectaciones y vulneración a sus derechos. Nunca se les consultó si requerían de un intérprete, además no se les preguntó por la forma cómo llegaron a dicho hospedaje ni su vinculación con la dueña del mismo. Ni siquiera se les consultó si la conocían, además, de otras deficiencias en la investigación. Sin embargo, resalta el hecho de que el criterio asumido por la fiscalía para archivar el caso, estuvo centrado en que albergar a personas previamente a su salida ilegal del Perú, no constituye delito, más aún cuando –nuevamente- el caso no fue investigado bajo la lógica que requieren estos delitos.

Otra línea de investigación que tampoco se desarrolla es imputar la conducta de *facilitación* a quien conociendo que se trata de personas migrantes que esperan el momento para realizar el paso ilegal de la frontera, las alberga -de manera hacinada- para lucrar con ello. En este caso, no se requiere establecer la pertenencia de la dueña o administradora del hostel a una organización criminal, sino tener conocimiento de que su conducta sirve para facilitar la comisión de un hecho delictivo. Es evidente que ello requiere demostrar varios aspectos: que se conociera la situación de migrante ilegal, que entendiera que el alojamiento es un acto que permite la salida ilegal del país, entre otros.

2.4.4 El afán de lucro como parte del tipo subjetivo

Si bien la norma indica que el afán de lucro del sujeto activo es un elemento imprescindible para la configuración del tipo penal, queda por precisar, en casos concretos, la existencia de dicho elemento subjetivo. Esto resulta especialmente relevante, cuando se configura como conducta delictiva en el ordenamiento penal, la facilitación de la permanencia ilegal.

De otro lado, como se ha mencionado, en otros países en consonancia con las normas internacionales y la Ley Modelo de Naciones Unidas, se tipifica la *facilitación de la permanencia ilegal*, que comprende cualquier conducta que pudiera permitir el ingreso o salida de una persona de manera ilegal. Para algunas autoridades entrevistadas, en esta figura se encontrarían conductas como el hospedaje o albergue lucrativo, la movilización o traslado al interior del país o cuando no es posible demostrar que esas acciones se realizan de manera previa a la salida o ingreso de un país, es decir, como parte del proceso de tráfico ilegal, con lo cual se evitaría su impunidad, sin que ello pueda significar criminalizar una conducta que responda a razones humanitarias y sin fines de lucro.

2.5 Falta de un registro de información sobre estos casos

Un aspecto que llama la atención es que de los 253 investigados por presunta comisión de delito de TIM, 21 (8.30%) personas, tienen dos o más investigaciones. En uno de ellas, una persona se encuentra investigada en más de 3 casos distintos. Esto fue posible advertirlo en la base de datos elaborada para el presente estudio.

Lo que causa extrañeza es la ausencia de conocimiento de esta información por parte de los fiscales a cargo de las investigaciones, con lo cual dejarían de investigar la conducta de la persona como un hecho aislado. Por el contrario, la pluralidad de investigaciones permitiría prestar un especial

interés a dichos casos y trabajarlos en conjunto o derivarlos a las fiscalías de crimen organizado. Por ello, se requiere que el/la fiscal acceda a esta información para realizar una mejor labor, debiéndose contar con una base o un registro de datos adecuado.

2.6 Actuación de la Procuraduría Pública del Estado

Como se ha señalado, la Procuraduría tiene una especial actuación frente a los delitos donde se afecten los intereses del Estado, como Tráfico Ilícito de Migrantes, cuyo bien jurídico es el orden migratorio. En esa medida, tiene la obligación de constituirse en actor civil. Si bien se advierte como una problemática que los fiscales no cumplan con notificarlos a tiempo además de hacerlo de manera equivocada, ello no obsta que al tomar conocimiento de los casos se apersonen a las investigaciones; situación que tampoco ocurre.

De otro lado, ante la notificación de un archivamiento fiscal, que, por lo general, se realiza casi al límite del vencimiento del plazo, los escritos de impugnación que se presentan ante el fiscal Superior, no tienen mayor sustento, por lo cual las resoluciones de archivo son confirmadas en la segunda instancia.

Sin perjuicio de lo señalado, en los casos que sí han sido debidamente notificados, llama la atención la mínima actividad que realizan en el proceso, habiéndose observado que, salvo una comunicación inicial de apersonamiento o constitución de parte civil, no existe evidencia de alguna otra labor desarrollada. Un ejemplo de ello, es el escaso nivel de apelaciones planteadas. En efecto, únicamente en siete ocasiones se ha tomado conocimiento de apelaciones formuladas por la Procuraduría Pública. Es importante que este actor asuma mayor diligencia, dada la gravedad de esta conducta y su vinculación con el delito de trata de personas, que constituye una forma de explotación de los seres humanos.

Cuadro N° 22. Apelaciones presentadas por la Procuraduría Pública

¿Procuraduría apeló?	Número de investigaciones
NO	95
SI	7
No fue notificada	40
No aplica/sin dato	14
Total general	156

Fuente: Base de Datos OIMD.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

3. Acciones en materia de asistencia y protección de la persona objeto de Tráfico Ilícito de Migrantes

3.1 Normativa nacional específica en materia de asistencia y protección

El Decreto Supremo N° 001-2016-IN, norma que aprueba el reglamento de la Ley N°28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, define como víctima, a la persona que sin distinción de ninguna índole ha sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal. La consideración de víctima es independiente de la relación familiar entre el autor del hecho delictivo y la persona objeto de tráfico⁶⁰.

En ese sentido, en lo que se refiere a la asistencia⁶¹ y protección a la víctima⁶², el capítulo V) de la norma, en sus artículos 48 al 52, señala las

60 Numeral 31) del artículo 3, Definiciones, del Título I) Disposiciones Generales del Reglamento de la Ley N° 28950.

61 Numeral 2) del artículo 3°, Definiciones. Asistencia: Acciones que le Estado directamente o en coordinación con otros estados, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, ejecutan a favor de la víctima de Trata de Personas y de las y los migrantes objeto de tráfico ilícito, colaboradores, testigos, peritos y sus familiares dependientes, a fin de brindarle alojamiento, temporal, asistencia médica, psicológica y legal, así como mecanismos de reintegración social, y en su caso de repatriación segura.

62 Numeral 26) del artículo 3°, Definiciones. Protección: "Conjunto de medidas destinadas a garantizar la

acciones que competen al Estado, en consonancia con lo estipulado en el numeral III del 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, señalando que las y los migrantes no pueden ser sometidos a un proceso penal por el hecho de ser objeto de tráfico ilícito de migrantes. En esa medida, para preservar sus derechos, dispone un conjunto de cláusulas de protección, que parten de la obligación de que ninguna persona migrante puede ser sometida a tortura, tratos inhumanos, crueles o degradantes. Además, se les debe garantizar su seguridad, identidad, privacidad y respeto de su personalidad jurídica; informarles sobre su derecho a ponerse en contacto con los representantes diplomáticos o consulares de su país; brindarles información en forma clara y comprensible sobre su situación legal y migratoria, así como proporcionarles los medios de protección y asistencia en un idioma o en la forma que comprendan conforme a su edad. De igual forma, se les aplicará la protección que emana del derecho internacional humanitario y la normativa internacional sobre refugiados cuando corresponda, en particular, el no retorno y no rechazo en fronteras.

En cuanto a las cláusulas de asistencia a las personas migrantes objeto de tráfico, la norma establece que todas las entidades competentes del Estado deben ejecutar acciones con esta finalidad, en especial cuando se ha puesto en peligro la vida o seguridad de las personas migrantes como consecuencia de haber sido objeto de este delito, o cuando por su condición sean más vulnerables. En efecto, se les debe garantizar el derecho a recibir asistencia médica emergencia o urgencia, así como acceder a la atención integral de su salud sin ninguna distinción y conforme a la normativa nacional.

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes, cualquier medida protectora debe tener en cuenta una consideración especial, en virtud al interés

integridad física y mental de las víctimas de Trata de Personas y de los migrantes objeto de tráfico, colaboradores, testigos, peritos y familiares dependientes"

superior del niño. En esa medida toda entrevista o examen a un menor de edad, deberá realizarse por personal especialmente capacitado, en un entorno seguro, y en los medios e idioma que comprenda, acompañado de sus padres, tutor legal, o representantes de su Embajada o consulado, en caso sea extranjero y viaje solo; o con una persona de apoyo, si así se requiere. Si se tratara de un menor no acompañado, el artículo 51º precisa que la autoridad tiene la obligación de:

- a) Adoptar las medidas de protección que aseguren su integridad física y psicológica.
- b) Tomar medidas urgentes para determinar su identidad y nacionalidad.
- c) Realizar acciones para localizar a su familia, si ello redundaría en su beneficio.

En el caso de que la persona migrante estuviera detenida por un hecho distinto al tráfico ilícito de migrantes, un mandato judicial y de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley, la autoridad lo comunicará a su representante consular, salvo que se renuncie a este derecho. Asimismo, conforme a los estándares internacionales se le deben asegurar sus derechos constitucionales y a ser asistidos por un intérprete. La norma también prevé la posibilidad de que el migrante objeto de tráfico sea repatriado a su país.

Adicionalmente a estas obligaciones específicas, con la finalidad de prevenir situaciones de tráfico ilícito que vulneren los derechos de las personas migrantes, el reglamento señala diversas medidas que deben adoptar los sectores y, en particular, los Ministerios de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Educación así como Justicia y Derechos Humanos. Deben identificar a la población en situación de riesgo, para focalizar acciones en programas que implemente su sector (en el caso de los dos primeros) y priorizar los servicios de asesoría legal y defensa técnica en el caso

del último. Los gobiernos regionales y locales deben contribuir con esa labor, lo que les permitirá promover intervenciones preventivas en sus jurisdicciones.

Si bien el reglamento de la Ley N° 28950, aborda las acciones en materia de asistencia y protección al migrante, no hace una distinción muy clara ni desarrolla las obligaciones que competen al Estado cuando esta persona ha sido víctima de la vulneración de sus derechos fundamentales durante el proceso del tráfico, razón por la cual adquiere la condición de víctima. El énfasis de la norma está orientado a garantizar los derechos del migrante como objeto de este delito, lo que implica su no criminalización y, en caso fuera privado de su libertad, se le deben asegurar sus derechos constitucionales.

Esos vacíos han sido ampliamente abordados en las “Directrices Intersectoriales para la Prevención y Persecución del delito y, la Atención y Protección de las Personas Migrantes en situación de Tráfico Ilícito de Migrantes y Víctimas de Delitos en el contexto de la Migración”, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 008-2018-IN, el 7 de septiembre del 2018. Esta norma complementa las acciones que competen al Estado en la materia, y en particular, define con mayor claridad los ejes estratégicos para abordar esta problemática. Así como las responsabilidades de las autoridades en atención, protección, integración y reintegración de las personas objeto de tráfico, subdivide en dos estas responsabilidades: i) atención inmediata y ii) protección.

En lo que se refiere a la atención inmediata. Esta comprende:

1. Asistencia médica
2. Contención emocional y psicológica
3. Información jurídica
4. Atención a necesidades básicas
5. Espacios de atención temporal

6. Servicio de traducción
7. Seguridad del migrante

En cuanto a la protección, la norma prevé:

1. Atención médica
2. Información jurídica y asistencia legal
3. Espacios de acogida
4. Regularización migratoria
5. Retorno seguro
6. Protección consular
7. Integración o reintegración educativa y laboral

Además, reconoce –al igual que el D.S. 001-2016-IN- que los niños, niñas y adolescentes merecen una protección especial en razón a su vulnerabilidad.

Como se puede apreciar, las directrices abordan de manera más precisa un conjunto de acciones que debe implementar el Estado frente a la persona migrante, no sólo por su condición de tal, sino en particular, cuando pudiendo haber dado su consentimiento para someterse a este tráfico, las condiciones del traslado afectan sus derechos fundamentales, como la vida, integridad, dignidad, salud. También cuando es forzado a continuar a pesar de su negativa, se convierte en una víctima, que requiere asistencia y protección. Por ello, la norma no se limita únicamente a la atención en salud (física y psicológica) y asistencia legal, sino que contempla la posibilidad de albergue temporal, en caso se le dicten medidas de protección y que requiera cubrir sus necesidades básicas de alimentación, aseo, higiene y vestimenta. En una segunda fase, considera espacios de acogida con condiciones habitacionales adecuadas, accesibles, equipos interdisciplinarios de atención y con sistemas de gestión que favorezcan su integración o reintegración educativa y laboral. De igual forma, la norma regula la visa humanitaria con un enfoque de derechos, que le permite la posibilidad de integración o reintegración educativa y laboral; y en el caso de que se disponga el retorno, éste se deberá realizar adoptándose todas

las medidas para la seguridad y dignidad de la persona.

Las directrices al igual que el Reglamento también señalan que se deben garantizar medidas de protección al tercero denunciante, al colaborador o testigo.

Es importante señalar que ambas normas, enfatizan la labor del Estado en el caso de las víctimas extranjeras, debiendo tomar en cuenta que también tenemos connacionales que son afectados en sus derechos cuando deciden someterse a estas condiciones de tráfico, situación que no debe perderse de vista por parte de las autoridades, quienes tienen la obligación de adaptar las medidas y acciones dispuestas en nuestro marco normativo frente a estos casos.

3.2 Información recopilada de los sectores sobre sus avances y desafíos

La Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias, remitió diversas comunicaciones a los sectores, gobiernos regionales y locales, para conocer los avances en materia de asistencia y protección a la persona objeto de tráfico, pudiéndose observar que todavía tenemos muchos desafíos pendientes. Llama la atención que algunas autoridades aún no tengan claras sus competencias, las mismas que entendemos deben ser reevaluadas a partir de la dación de las directrices⁶³.

En cuanto al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), en la comunicación dirigida a dicho sector se solicitó información referida a cuatro aspectos que señala el reglamento: i) estadística sobre la atención a la población en situación de riesgo asociada al TIM que haya sido beneficiaria/o de programas implementados por el Ministerio; ii) directivas, protocolos o lineamientos aprobados con la finalidad de

⁶³ Es importante precisar que las comunicaciones a los diversos sectores se cursaron antes de la dación de las Directrices, solicitándose información sobre las acciones realizadas en el marco de la Ley N° 28950 y su reglamento, Decreto Supremo N° 001-2016-IN.

generar mecanismos de información dirigidos a los centros de atención residencial, las agencias internacionales y nacionales de adopción, padres biológicos y pre-adoptantes, específicamente sobre TIM; iii) medidas de protección dispuestas en el caso de niños, niñas y adolescentes objeto de tráfico ilícito de migrantes y; iv) presupuesto destinado para cumplir con sus responsabilidades. En su respuesta, dicho sector señaló que en las bases de datos de registros administrativos del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual (PNCVFS), no se dispone de información sobre la atención a la población en situación de riesgo asociada al Tráfico Ilícito de Migrantes. Solamente se cuenta con data sobre los casos recibidos por trata de mujeres con fines de explotación sexual como una de las modalidades de la violencia sexual que se atiende en los Centros de Emergencia Mujer (CEM) y que forma parte del D.S. N° 001-2016-IN. Asimismo, indicaron que desde el 2015, han incorporado la variable de nacionalidad en su sistema de registro, razón por la cual cuentan con información sobre casos de violencia contra mujeres extranjeras, solo a partir de ese año. De igual forma, precisaron que en el marco de la normativa vigente, el tráfico ilícito de migrantes escapa del alcance de las competencias y funciones del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual, salvo que estuviera vinculada a riesgos de violencia de género y este fuera identificado, por haberse presentado en un CEM, dándosele protección a la víctima y realizando articulación con la Fiscalía de la Nación, la Policía Nacional del Perú y el Ministerio del Interior para una acción conjunta. Así, señalaron que en el año 2017, atendieron a un total de 237 mujeres extranjeras víctimas de las distintas formas de violencia (económica, psicológica, física y sexual) y a mayo del 2018, a 145.

Por su parte, la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, dio cuenta de que, conforme al artículo 28 del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), dicho sector asume la rectoría del “Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente en el Perú”, entendido como el conjunto de órganos, entidades y servicios públicos y privados que formulan, coordinan, supervisan, evalúan y ejecutan

programas y acciones para la protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes. El sistema funciona a través de un conjunto articulado de acciones interinstitucionales desarrolladas por entidades públicas y privadas.

De igual forma, en cuanto a las obligaciones señaladas en el reglamento, relacionadas con la prevención, asistencia y protección de las víctimas de TIM, en particular en el caso de los niños, niñas y adolescentes, refirió que la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1297 “Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos”, cuyo reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP, ha sido un paso importante en el fortalecimiento de este sector de la población frente a circunstancias en las que se vea amenazado o vulnerado su derecho a vivir dentro de un entorno familiar adecuado. Se creó, a propósito, la Unidad de Protección Especial (UPE), instancia administrativa del MIMP que tendrá a su cargo los procedimientos de desprotección familiar.

En la comunicación, se precisa que si bien en la Tabla de Valoración de Riesgo aprobada por Resolución Ministerial N°065-2018-MIMP, no se menciona de forma expresa la situación de las niñas, niños y adolescentes víctimas del delito de Tráfico Ilícito de Migrantes como una tipología a evaluar, sí se consideran factores asociados como la negligencia en los deberes de cuidado, conductas de riesgo en las familias de origen, entre otros. En ese contexto, dieron cuenta de que en el período 2016 – 2017, en las Unidades de Protección Especial, de Lima, Arequipa, Cajamarca, Cusco, Huancayo, Piura y Tambopata, se atendieron 115 niños, niñas y adolescentes, 58 mujeres y 57 varones, que se encontraban en situación de riesgo.

Es importante mencionar que la UPE todavía no funcionan a nivel nacional, sin embargo frente a la necesidad de atender situaciones complejas, como el flujo migratorio creciente de las personas venezolanas que han llegado

al país y que podrían favorecer contextos que ponen en riesgo la situación de los niños, niñas y adolescentes, se ha inaugurado una UPE en Tumbes⁶⁴ y en Tacna⁶⁵.

De otro lado, respecto a las directivas, lineamientos o protocolos, la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes señaló que en el D.L. N° 1297, en su artículo 16 queda claro que tratándose de niñas, niños y adolescentes extranjeros en situación en riesgo o desprotección familiar, la autoridad competente debe coordinar en lo que corresponda, con las autoridades competentes que velan por la protección en su país de origen para lograr su retorno en condiciones de seguridad, además de articular con los Consulados y Embajadas así como con la Gerencia de Servicios a Migrantes en Situación de Vulnerabilidad de la Superintendencia Nacional de Migraciones, para que facilite su salida. En caso de no existir autoridades del país de origen de la niña, niño o adolescente, se coordina con el Consulado o Embajada del país más próximo al de su origen.

Asimismo, se señala que en el marco de la Comisión Multisectorial de naturaleza permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de migrantes, cuya Secretaría Técnica recae en el Ministerio del Interior, se ha impulsado el proceso de diseño y validación de la Política Nacional sobre este ilícito penal, encontrándose el documento en su fase de validación, habiendo participado el sector en su calidad de miembro.

Finalmente, en el tema presupuestal se dio cuenta de la asignación para el 2017 en lo que se refiere al Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, así como las estrategias y acciones de prevención y protección contra la violencia y la trata de personas.

Ministerio de Salud (MINS): En las comunicaciones cursadas se solicitó información sobre: i) estadísticas respecto a la atención a población en

64 Mediante Resolución Ministerial N° 241-2018-MIMP, de fecha 7 de septiembre de 2018.

65 Mediante Resolución Ministerial N° 240-2018-MIMP, de fecha 7 de septiembre de 2018.

situación de riesgo asociada al TIM, ii) directivas, protocolos o lineamientos aprobados para la atención a las víctimas o personas objeto de TIM, iii) planes de capacitación y fortalecimiento de competencias del recurso humano en salud y, iv) presupuesto asignado para cumplir con sus responsabilidades⁶⁶. En su respuesta, la Dirección de Salud Mental del MINSA señaló que no cuentan con información estadística asociada al TIM, no obstante, indicó que en base a evidencias científicas y a la experiencia tienen indicadores sobre maltrato y preguntas para la detección de casos que son sistematizados en las fichas de tamizaje o de detección, implementadas en los establecimientos de salud a nivel nacional a cargo del personal de los servicios de ginecología, pediatría y salud mental.

Asimismo, se dio cuenta de un conjunto de normas y guías técnicas para atender la salud mental de la población y la violencia de género en los establecimientos del MINSA, ninguno de los cuales está referido al tráfico ilícito de migrantes o delitos conexos con la migración y en cuanto al presupuesto refirió que no cuentan con una partida específica, sin embargo en el marco de las actividades que se desarrollan en consonancia con las Leyes N° 28950 y N° 30364 y su Plan Estratégico Multianual 2016 – 2021, han previsto acciones para mejorar la salud de la población, ampliar la cobertura de aseguramiento de la protección en salud de la población sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida, además de ejercer la rectoría y gobernanza del Sistema de Salud en beneficio de la población.

Ministerio de Educación: En el oficio remitido a este sector se solicitó información sobre tres aspectos: i) directivas, protocolos y lineamientos aprobados por su sector para la prevención del TIM, ii) N° de acciones de sensibilización y capacitación sobre esta problemática a los educandos y población estudiantil y, iii) presupuesto destinado para el cumplimiento de sus obligaciones⁶⁷. A su turno dicho sector señaló que su sector participa en la Comisión Multisectorial dentro del eje de prevención y sensibilización

66 Oficios N° 114-2018/DP-ADHPD y N° 149-2018/DP-ADHPD, de fechas 15 de mayo de 2018 y 22 de junio de 2018.

67 Oficio N° 115-2018/DP-ADHPD, de fecha 15 de mayo de 2018.

sobre este delito, no habiendo aprobado ninguna directiva, lineamiento o protocolo para la prevención del TIM y en cuanto a las acciones de sensibilización y capacitación estos se han centrado en la trata de personas, los mismos que se han desarrollado en el año 2017, en las regiones de Puno y Madre de Dios, a través de dos mesas de concertación intersectoriales dirigidas a especialistas de la Dirección Regional de Educación (DRE) y las UGEL, habiéndose visitado cuatro instituciones educativas de la región Puno y tres en Madre de Dios a fin de sensibilizar a líderes estudiantiles.

En el año 2018, se ha puesto a disposición de los docentes a nivel nacional las sesiones de tutoría donde se aborda la problemática de la trata de personas, así como la cartilla de prevención con el video ¡Que la trata te atrape!, materiales que se encuentran publicados en el portal Tutoría Minedu, habiéndose previsto realizar visitas de asistencia técnica y sensibilización a las regiones con mayor incidencia del delito de trata.

Finalmente, en cuanto al presupuesto señaló no contar con una partida específica para atender esta problemática y las acciones en materia de trata se cubren con la partida destinada a las acciones de tutoría⁶⁸.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: En las comunicaciones enviadas se solicitó información sobre: i) estadísticas de la Dirección de Defensa Pública a nivel nacional conforme al Registro de Asistencia Legal que les corresponde implementar, ii) directivas, protocolos y lineamientos aprobados para la prevención del TIM y atención prioritaria a las personas vulnerables, iii) Nivel de avance de las acciones en materia del Plan Nacional de Derechos Humanos y, iv) presupuesto asignado para cumplir con sus obligaciones⁶⁹. En su respuesta⁷⁰ este sector señaló que se encuentra formulando el Sistema de Monitoreo y Evaluación (SIMEDH), para efectos de hacer el seguimiento de las acciones contempladas en

68 Oficio N° 1352-2018-MINEDU/VMGP/DIGEBR, de fecha 31 de julio de 2018.

69 Oficios N° 112-2018/DP-ADHPD y N° 148-2018/DP-ADHPD, de fechas 15 de mayo de 2018 y 22 de junio, respectivamente.

70 Oficio N° 311-2018-JUS/VMDHAJ, de fecha 26 de junio de 2018.

dicho Plan, entre otras, las referidas con la atención de las víctimas del tráfico ilícito de migrantes⁷¹. Asimismo, dio cuenta que desde la Dirección de Defensa Pública, por el delito de tráfico ilícito de migrantes, se atendieron 76 personas entre los años 2014 al 2017, que comprende a 5 presuntas víctimas de este ilícito y 71 personas en defensa penal.

Ministerio de Relaciones Exteriores: Se les cursó una comunicación mediante la cual se les solicitó información sobre: i) directivas, lineamientos y protocolos de atención en materia de tráfico ilícito de migrantes, en particular en los casos de niñas, niños y adolescentes en coordinación con sus misiones y representaciones diplomáticas peruanas, ii) planes de capacitación y sensibilización sobre la materia, iii) mecanismos implementados para canalizar adecuadamente las denuncias a las autoridades competentes en los Estados de ubicación de peruanos en el exterior, iv) acciones desarrolladas por sus oficinas descentralizadas en zonas fronterizas para coadyuvar especialmente en materia de prevención, v) convenios bilaterales o multilaterales suscritos para contrarrestar esta problemática transnacional⁷².

En su respuesta indicaron⁷³ que sus acciones y planes se encuentran en concordancia con la Comisión Multisectorial, correspondiéndole a sus 140 oficinas consulares en el exterior brindar asistencia consular prioritaria a connacionales víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, mediante acciones de sensibilización preventivas y luego del conocimiento de un caso o una denuncia, se brinda asistencia y protección a las víctimas; si es necesario la repatriación de un connacional es posible la subvención económica al amparo del Decreto Supremo N° 063-2016-RE.

De igual forma, en materia de capacitación se cuenta con un curso de

71 De acuerdo con el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018 – 2021, para la atención de las personas objeto de tráfico ilícito de migrantes se estableció como objetivo estratégico promover la atención de las víctimas de TIM, su regularización migratoria y/o su retorno seguro. Como meta al 2018, se debe adoptar una ruta de atención multisectorial para estas víctimas en base a estándares internacionales.

72 Oficio N° 128-2018/DP-ADHPC.

73 Oficio RE (ASN) N° 3-0-E/1962 de fecha 22 de octubre de 2018.

inducción a los Terceros Secretarios y cursos de preparación dirigidos a funcionarios/as y personal administrativo que asumirán funciones en el exterior, los mismos que se organizan anualmente, los mismos que contienen un módulo sobre protección y asistencia al nacional, la lucha contra la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes y el trabajo forzoso. Adicionalmente, los funcionarios/as que realizan labores en las oficinas consultares en el exterior participan en espacio de formación continua en la materia.

Con relación a los mecanismos para canalizar las denuncias de nuestros connacionales en el exterior, dicho sector señaló que como parte de su labor, las oficinas consulares tienen estrecha vinculación con las entidades y servicios públicos de los países donde se encuentran acreditados que coadyuvan a facilitar la asistencia y protección consular, entre otros los agentes policiales, judiciales y sociales dedicadas a luchar contra la trata y el TIM. Por el contrario, en el caso de sus oficinas descentralizadas en zonas fronterizas actúan conforme a sus competencias para canalizar denuncias de ciudadanos extranjeros que cuenten con representación consular en el país y, si no tuvieran coordinan con organizaciones internacionales (ACNUR, OIM, Cruz Roja) o entidades no gubernamentales para contribuir en la atención de las víctimas y de ser el caso, en la repatriación a su país de origen o un tercero.

Asimismo, detallaron algunas acciones concretas de sus oficinas descentralizadas, así por ejemplo, la ODE-Trujillo participó en la aprobación del Plan Regional de Lucha contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, suscrito el 4 de abril de 2018; la ODE-Tumbes participa en la red Descentralizada Multisectorial contra la Trata de Personas en Tumbes y a través del Comité de Fronteras El Oro – Tumbes en la Mesa Binacional Perú – Ecuador en la lucha contra la trata así como en la acción cívica binacional realizada en la frontera Perú – Ecuador, los días 19 y 20 de octubre último; la OE-Piura, en el marco del Comité de Frontera Piura – Loja ha coordinado en la elaboración de cartillas actualizadas binacional y en talleres de

capacitación para instituciones ecuatorianas; la ODE – Cajamarca, viene trabajando con las autoridades para fortalecer el Comité de Fronteras Zamora Chinchipe Cajamarca, incluyendo la problemática de la trata; ODE-Puno, realiza campañas y ferias interinstitucionales para sensibilizar a la población en general sobre los delitos de trata y TIM; la ODE-Iquitos participar en la Mesa Regional de Prevención, Atención y Sanción de casos de Trata de Personas, que se aprobó en el marco del Plan Regional contra la Trata 2018 – 2021. Dicha Mesa realiza reuniones trinacionales anuales (Perú-Brasil-Colombia) y, la ODE-Arequipa, participa en la Mesa Regional contra la Trata de Personas, reactivando la Mesa Interinstitucional de Apoyo al Migrante.

En cuanto a los convenios y acuerdos binacionales o multinacionales suscritos, entre otros señaló los siguientes:

- Acuerdo entre el Perú y Colombia para la prevención, investigación, persecución del delito de trata de personas y para la asistencia y protección a las víctimas, suscrito el 25 de mayo de 2015.
- Acuerdo entre el Perú y Ecuador para la prevención e investigación del delito de trata y la asistencia y protección integral a sus víctimas, concluido el 2 de diciembre de 2016.
- Memorándum de Entendimiento Alianza de Cooperación para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes entre el Perú y los Estados Unidos de América suscrito el 15 de junio de 2017.
- Acuerdo entre Perú y Chile para fortalecer la lucha contra la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes y los delitos conexos, suscrito el 7 de julio de 2017.
- Acuerdo entre Perú y Argentina para la prevención y sanción

del delito de trata y para la asistencia y protección a las víctimas, suscrito el 3 de noviembre de 2017.

- Entre los mecanismos de trabajo y/o coordinación bilateral o multilateral se tienen, entre otros:
- Con Bolivia, en el 2018 se aprobaron los lineamientos de “Protocolo de Asistencia y Protección a Víctimas de Trata de Personas, Tráfico Ilícito de Migrantes y Delitos Conexos”.
- En MERCOSUR, se cuenta con la “Guía de Actuación Regional para la detección temprana de situación de trata de personas en pasos fronterizos MERCOSUR y Estados Asociados”.

A nivel de estadísticas de casos han reportado que atendieron a 37 connacionales víctimas de trata en el período 2016 – 2018, brindándoles distintas modalidades de asistencia, entre otras consular (23), legal (3) psicológica (3), repatriación (1) y otros (7). En el tema presupuestal precisaron que cuentan con 568,820.00 para el año 2018 en materia de subvenciones económicas a los nacionales en el exterior y para las demás acciones de la política en general de protección y asistencia al nacional, no existe una partida exclusiva porque forma parte del presupuesto general del sector.

Ministerio del Interior: En la comunicación cursada se solicitó información sobre: i) directivas, planes, lineamientos aprobados para el trabajo multisectorial que realiza dicha Comisión en materia de TIM, así como las que ha impulsado el sector de manera específica, ii) estadísticas respecto a la atención a población en situación de riesgo asociada al TIM, iii) presupuesto asignado a los sectores, iv) planes de capacitación para los miembros de la Policía Nacional, v) situación de las personas objeto de tráfico y el tratamiento que se les viene dando especialmente en materia de protección y, vi) convenios bilaterales o multilaterales que se hayan

suscrito por el Perú para la prevención y erradicación de este delito⁷⁴. En su respuesta indicó,⁷⁵ que a nivel de normas se ha elaborado las “Directrices para la Prevención y Persecución del delito y la Atención y Protección de las Personas en situación de Tráfico ilícito de Migrantes”⁷⁶ y sobre las estadísticas en la atención de este delito, se encontraba pendiente la información de la Dirección contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes de la Policía Nacional del Perú (DIRCTPTIM)⁷⁷.

En cuanto al presupuesto de los sectores que integran la Comisión Multisectorial para el cumplimiento del D.S. N° 001-2016-IN, es el que aparece en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 23. Presupuesto de los sectores

Sectores	Presupuesto	
	2017	2018
MININTER (incluido DIRCTPTIM-PNP)	S/. 6'604,093.00	S/. 7'016,615.00
MIMP	S/. 352,707.00	S/. 963,577.00
MTPE	S/. 248,768.00	S/. 1'179,845.00
MINETUR	S/. 400,300.00	S/. 821,991.00

Fuente: Ministerio del Interior.

Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Respecto a los planes de capacitación en materia de TIM, se ha emitido la Resolución Directoral N° 0485-2018-ENFPP-PNP/ESCOCON, que aprueba el Plan Curricular del I Curso de Capacitación en Investigación del Delito de Tráfico Ilícito de Migrantes en el marco del Nuevo Código Procesal Penal – 2018 y el Propio Plan Curricular, que corresponde a la Policía Nacional. Este

74 Oficio N° 126-2018/DP-ADHPD, de fecha 7 de junio de 2018.

75 Oficio N° 000385-2018/INVSP/DGSD, de fecha 22 de junio de 2018.

76 Se debe precisar que en el momento de la respuesta recibida, las citadas Directrices ya habían sido aprobadas en el Consejo de Coordinación Viceministerial quedando pendiente su proceso de visado para su aprobación final.

77 Es importante mencionar que la Defensoría del Pueblo, mediante Oficios N°106-2018/DO-ADHPD y 144-2018/DP-ADHPD de fechas 15 de mayo y 22 de junio respectivamente, ha solicitado información a dicha entidad y hasta la fecha de culminación del presente documento no se ha recibido respuesta.

curso de capacitación es del segundo nivel formativo de la PNP que tiene como público objeto a los efectivos policiales en actividad. De igual forma, mediante Resolución Directoral N° 0230-2018-ENFPP-PNP/ESCFON, que aprueba el Plan Curricular del Curso de Capacitación en Investigación del Delito de Trata de Personas en el marco del Nuevo Código Procesal Penal – 2018, se incorpora una asignatura sobre tráfico ilícito de migrantes. Este curso también está dirigido a efectivos policiales en actividad que tiene 22 réplicas, una en Lima y el resto en las diversas regiones policiales.

En cuanto a la normativa, se ha emitido el Reglamento de la Ley N° 29850, y el 6 de enero de 2017 se emitió el Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, que reformula el sistema migratorio nacional, incluyendo principios para la protección de las personas migrantes y la reunificación familiar, así como la protección de personas extranjeras en situación de vulnerabilidad, cuya competencia en atención a sus mandatos institucionales corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Superintendencia Nacional de Migraciones (Migraciones). De igual modo, en esta norma se reconoce la calidad migratoria humanitaria para quienes han sido víctimas de trata o tráfico ilícito de migrantes, entre otros supuestos para su aplicación. Esta visa les permite, como se ha mencionado anteriormente, realizar actividades lucrativas de manera subordinada, autónoma o por cuenta propia. Es otorgada por Relaciones Exteriores y permite una permanencia de hasta 183 días, pudiéndose prorrogarse en cuanto persistan las condiciones de vulnerabilidad.

El 24 de marzo de 2017, se emitió el Decreto Supremo N° 007-2017-IN, que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones, el mismo que regula la gratuidad del carné de extranjería para las víctimas que reciban la calidad migratoria humanitaria y establece el derecho al trabajo. Si bien aún esta calidad no está regulada por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, Migraciones ha emitido la Directiva “Atención a Víctimas de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes”, aprobada por Resolución N° 0000357-2017-MIGRACIONES, de fecha 28 de diciembre

de 2017. Esta norma dispone que se debe tomar en cuenta la voluntad de la persona de permanecer dentro de nuestro país por lo que se le debe otorgar la calidad migratoria especial y sin aplicación de sanciones por exceso de permanencia, tomándose en cuenta el atestado o informe policial donde se indica que la persona es una víctima de tráfico ilícito de migrantes, además debe contar con un documento de identificación y un informe de la Gerencia de Servicios Migratorios, sustentando la condición de víctima. Si por el contrario, la presunta víctima decide salir del territorio nacional y se encuentra en situación de irregularidad, se le debe otorgar una autorización de salida sin impedimento de ingreso y sin aplicación de sanciones migratorias.

Desde el ámbito de la gestión de la política exterior, desde el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Comisión Multisectorial, se elaboró un proyecto de estrategia peruana en el tema de lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, que contempla la conformación de cinturones de protección jurídica contra estos ilícitos penales. A partir de dicha estrategia se han suscrito diversos acuerdos, con Ecuador, Argentina y Colombia en materia de lucha contra la trata de personas y, con Bolivia y Chile se amplió al tráfico ilícito de migrantes y los delitos conexos.

Superintendencia Nacional de Migraciones: En la comunicación cursada se solicitó información sobre los lineamientos, directivas y protocolos emitidos en materia de TIM⁷⁸. En su respuesta⁷⁹, Migraciones señaló que aprobó dos directivas EO1.PM.001 “Atención a Víctimas de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes” y la M01.SM.DI.001 “Lineamientos para el Registro, Actualización y Levantamiento de Alertas Migratorias” y se encuentran en proceso de elaboración las siguientes propuestas normativas:

- Directiva de Acreditación de personas extranjeras en situación de vulnerabilidad.

78 Oficio N° 091-2018/DP-ADHPD de fecha 18 de abril de 2018

79 Oficio N° 000241-2018-GG/MIGRACIONES, de fecha 14 de mayo de 2018.

- Procedimiento de Atención a personas extranjeras en situación de vulnerabilidad.
- Instructivo de Evaluación de pobreza y pobreza extrema de migrantes en situación de vulnerabilidad
- Matriz para la identificación y validación de vulnerabilidad.

Cabe señalar que, según el reporte de la Gerencia de Usuarios, hasta el mes de mayo de 2018, no han atendido ningún caso de personas víctimas de tráfico ilícito de migrantes, únicamente se han recibido cuatro casos de personas víctimas de trata que han logrado ser exoneradas de las multas y pagos por conceptos migratorios, así como se les ha eliminado de cualquier sanción, facilitándoles el retorno a su país de aquellas personas que así lo solicitaron. Finalmente, en cuanto a la capacitación a su personal estas se han enfocado en materia de trata de personas.

Es importante subrayar que se enviaron comunicaciones a los gobiernos regionales de los lugares donde se ha centrado el presente estudio de casos (Madre de Dios, Tumbes, Tacna, Cajamarca, Piura, Puno y Callao), no habiéndose recibido respuesta.

Como puede verse de la información enviada por los sectores, si bien es cierto la Trata de Personas es una problemática vinculada estrechamente al Tráfico Ilícito de Migrantes, este último tiene particularidades que deberían ser abordadas por las entidades para no dejar de atender e invisibilizar sus terribles consecuencias. Aún en nuestro país es necesario tomar conciencia sobre este delito transnacional y unir esfuerzos para identificar a los responsables, juzgarlos y sancionarlos drásticamente, como atender a las potenciales víctimas, fortaleciendo las labores de prevención, sensibilización y capacitación con los funcionarios/as y la población, en especial, con aquellas que se encuentran en situación de riesgo y vulnerabilidad. De igual forma, se requiere un mayor compromiso para

contar con registros administrativos tal como lo señala la normativa vigente y un conjunto de servicios claramente definidos e institucionalizados.

CONCLUSIONES

Capítulo I: Marco Normativo Internacional y Nacional en Materia de Tráfico Ilícito de Migrantes

1. Tanto la Convención como el Protocolo, establecen los criterios básicos para la criminalización del delito de Tráfico Ilícito de Migrantes. Por su parte, la Ley Modelo ofrece alternativas para realizar una adecuada tipificación de esta conducta. En esa medida se advierte que cada país tiene una regulación específica.
2. El delito de Tráfico Ilícito de Migrantes tiene particularidades que deben ser consideradas por las legislaciones nacionales: la búsqueda de algún beneficio por parte del sujeto activo, la existencia de un consentimiento por parte del migrante, la existencia de una diversidad de agravantes, el bien jurídico regularmente es el control migratorio del país, la conducta a sancionar es el ingreso e ingreso ilegal a un país, asimismo es posible sancionar la permanencia ilegal. En cuanto a la persona objeto de tráfico, no puede ser procesada por su participación en este delito, pero sí por otros que cometa; asimismo no es considerada como víctima, salvo que adquiera dicha categoría en tanto se afecte algún derecho fundamental.

3. Países como Argentina, Colombia y Chile regulan el delito de Tráfico Ilícito de Migrantes, observándose que todos sancionan el ingreso o salida ilegal de migrantes, pero sólo Argentina la permanencia ilegal en el país. En general estas legislaciones recogen, con sus particularidades las disposiciones de la Convención y del Protocolo, manteniendo en lo general los mismos lineamientos que la legislación peruana.
4. En nuestro país el delito fue incorporado en la legislación luego de la dación del Código Penal de 1991, el cual no contenía este tipo penal. La norma penal vigente (Ley N° 28950), establece la sanción tanto para el ingreso como egreso ilegal, más no la permanencia ilegal. En cuanto al tratamiento de la persona objeto de tráfico, si bien se considera que no puede ser procesada por este delito, ello no se encuentra especificado en una norma de carácter penal, sino en la legislación migratoria y otras normas reglamentarias donde se desarrollan sus derechos y la protección especial en el caso que adquiriera la condición de víctima.
5. No hay fiscalías especializadas en tráfico ilícito de migrantes, solo en trata de personas, sin perjuicio de ello, la Ley contra el Crimen Organizado, Ley N° 30077, incluye al Tráfico Ilícito de Migrantes dentro de los delitos que pueden ser incorporados a la categoría de criminalidad organizada, estableciendo para su procesamiento técnicas especiales de investigación, encontrándose bajo la competencia de las Fiscalías de Crimen Organizado. En el caso de la Policía Nacional, existen divisiones especializadas sin embargo sus competencias no han sido debidamente delimitadas, por ello la mayoría de investigaciones estuvo a cargo de unidades que no tienen una competencia específica para conocer estos delitos.
6. Durante la elaboración del presente estudio se advirtieron dificultades

para poder acceder a la documentación necesaria, tanto por la ausencia de una estadística clara que permitiera saber el número de casos, así como para ubicar las carpetas o expedientes tanto en el Ministerio Público como en el Poder Judicial. Ello evidencia que no se estaría cumpliendo lo que señala el Plan de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2005-JUS.

Capítulo II: Análisis de las carpetas fiscales y expedientes judiciales sobre Tráfico Ilícito de Migrantes materia del estudio

7. **Casos materia del estudio.** Se han analizado 156 casos, que comprenden a 858 personas objeto de tráfico y 253 personas investigadas o condenadas. Los casos provienen de 8 regiones, siendo Tumbes donde se da el mayor número (67), seguido por Lima Centro (29), Callao (18), Madre de Dios (17), Tacna (13), Piura (6), Cajamarca (4) y Puno (2).
8. **Características de los procesados y objetos de tráfico.** La mayoría de las personas objeto de tráfico son: hombres, haitianos o senegaleses, con educación primaria, entre 18 y 35 años y solteros. No obstante, debe precisarse que en una gran cantidad de casos, la autoridad policial o fiscal no ha recogido datos básicos de estas personas. Por su parte, las personas investigadas o sentenciadas en su mayoría son hombres, peruanos, de 26 a 50 años, choferes o comerciantes.
9. **Patrones identificados en regiones.** Se puede apreciar la existencia de un patrón de acuerdo a las regiones estudiadas: en Tumbes y Piura se aprecia la actividad de choferes transportistas que recogen a las personas migrantes una vez cruzada la frontera para

llevarlos al interior del país; en Madre de Dios, se aprecia el paso de haitianos hacia Brasil; en Lima y el Callao, se aprecia la adulteración de documentación para que el migrante pueda viajar a otro país; en Tacna, se aprecia el cruce ilegal hacia Chile; mientras que en Puno y Cajamarca, los delitos denunciados no configuran el tipo penal de tráfico ilícito de migrantes aunque fueron investigados bajo esta figura penal.

10. **El Perú en el contexto internacional.** En caso del Perú, puede decirse que se trata de un país de tránsito, el cual es usado por las personas migrantes (especialmente haitianos y senegaleses) para llegar a Brasil y Estados Unidos.
11. **Intervenciones policiales y fiscales.** La mayoría de intervenciones policiales ocurre cuando las personas se trasladan en alguna movilidad o esta se realiza en los ambientes del aeropuerto. Generalmente se inician por intervenciones comunes y regulares que hace la Policía y, en muy pocos casos, intervienen unidades especializadas. De igual forma, se ha determinado que la Policía no realiza investigaciones específicas y especializadas dentro la lógica de la naturaleza y complejidad de este delito.
12. **Estado del proceso.** En cuanto al estadio procesal, el 47.44% ha culminado, a nivel fiscal, mediante el archivo del caso y el 8.97%, ha sido sobreseído en la etapa intermedia. En la investigación, 5.29% llegó a sentencia mediante terminación anticipada. A nivel del juicio oral, de los 23 casos, 3 fueron absueltos y 20 fueron condenados (en 8 casos mediante la conclusión anticipada. El 19.87% se mantiene en trámite.
13. En la investigación preliminar y preparatoria. Se ha podido observar:

- a) Deficiencias en la investigación; escaso pedido de información a Interpol y otras diligencias específicas sobre las personas intervenidas y las personas migrantes objeto de tráfico; no cumplimiento con las diligencias programadas; ausencia en el uso de técnicas de investigación especial; toma de declaraciones de las personas migrantes objeto de tráfico deficientes, al no recoger datos personales básicos ni tampoco hacer una investigación detallada de los hechos. Estas deficiencias llevan a un alto nivel de archivo o sobreseimiento.
- b) El enfoque del Ministerio Público se basa en considerar cada caso como un hecho aislado, probablemente cometido sólo por los denunciados, no estimando como hipótesis la existencia de organizaciones criminales, ni que los actos sean parte del proceso de tráfico ilícito de migrantes. En tal sentido, en escasas situaciones se ha observado la participación de las Fiscalías de Crimen Organizado, pese a que tienen competencia en estos delitos.
- c) En relación al actor civil, se aprecian defectos en la notificación a las Procuradurías, no teniendo claro cuál es la competente para este tipo de casos. Regularmente, la primera notificación se da con la resolución del archivo inicial. De otro lado, constituida como actor civil, la actuación de la Procuraduría es mínima, reservándose para algunas pocas apelaciones.
- d) El tratamiento de las personas migrantes objeto de tráfico muestra claras deficiencias. En muchos casos no toman sus declaraciones; en otras se hacen sin presencia de intérpretes; en otros se evidencia el uso de plantillas o copias de las mismas para recoger estas declaraciones; en otras no se informa de su intervención a las autoridades consulares no se solicita la participación de las UDAVITs, con lo cual no se logra

un adecuado nivel probatorio que lleve a una mejor decisión final del caso.

14. **Criterios de los operadores de justicia.** Se consideran atípicas algunas situaciones que podrían estar comprendidas en el tipo penal, siempre que los operadores de justicia comprendan de mejor manera la complejidad de esta conducta y no la entiendan como actos individuales o fuera del proceso del tráfico ilícito de migrantes. Cabe señalar que, en todo caso en otros países, en consonancia con el marco internacional, se tipifica también la facilitación de la permanencia ilegal en un país, con lo cual aquellos casos límite donde no es posible demostrar la conexión de la conducta con el delito de TIM, podrían ser comprendidos y así evitar su impunidad. Por ejemplo, la intervención de un taxista dentro de la ciudad (donde no es posible demostrar que facilitó la entrada del migrante de manera ilegal) o el albergue con fines de lucro (cuando, igualmente, no se puede demostrar que están en ese lugar previamente a la salida del país de manera ilegal), entre otras conductas que finalmente han sido consideradas atípicas y que por dicha razón los casos se archivaron. Lo único que debe quedar claro es que esta conducta delictiva no puede conllevar la criminalización de aquellos casos en los que el apoyo que se le brinda al migrante, no tiene fines de lucro sino humanitarios.

15. **Contenido de las sentencias condenatorias.** En cuanto a la determinación de la pena, se observa una mayor disminución en los casos de conclusión anticipada que en los de terminación anticipada, lo que contradice la normatividad procesal vigente y evidencia una falta de proporcionalidad en las penas establecidas, considerando la magnitud del delito. Sobre la determinación de la reparación civil, no existen criterios homogéneos para aplicarse y en algunos casos, esta es menor que el monto que habría obtenido el traficante por el pago de las personas migrantes.

16. **Asistencia y protección a las personas objeto de tráfico y víctimas.** La Defensoría del Pueblo solicitó información a diversos Ministerios respecto a la asistencia y protección que establecen la normatividad vigente, considerando: estadística de personas atendidas, acciones realizadas, desarrollo normativo y presupuesto asignado. De la información recopilada se puede señalar lo siguiente:
- a) La mayoría de sectores no tiene información estadística de personas atendidas, en tanto no establecen como prioridad los casos de TIM. Así el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, de Salud, Ministerio de Educación, del Interior, ni de la Superintendencia Nacional de Migraciones cuentan con esta data; solamente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (a través de la Dirección de Defensa Pública) y el Ministerio de Relaciones Exteriores han remitido información específica.
 - b) Actualmente, las personas objeto de tráfico ilícito de migrantes no son consideradas como un objetivo específico de su labor, de manera tal que su situación se invisibiliza, y ello se aprecia incluso porque no cuentan con un presupuesto para atender esta temática; y salvo los Ministerio de Relaciones Exteriores y el MININTER han reportado capacitaciones regulares a su personal sobre esta esta problemática, incluyendo módulos de capacitación específica en la currícula.
 - c) Sólo los Ministerios de Relaciones Exteriores, la Superintendencia Nacional de Migraciones y el MININTER, cuentan con marcos normativos internos para la atención de estas personas, más allá que por ejemplo en el caso de la segunda no necesariamente se ha logrado implementar adecuadamente la norma.

RECOMENDACIONES

Al Poder Judicial

1. Incorporar en los planes de capacitación a jueces penales y a sus auxiliares jurisdiccionales de todas las cortes superiores del país, el tratamiento del delito de tráfico ilícito de migrantes.
2. Convocar a un Acuerdo Plenario con la finalidad de establecer: 1.- Criterios de determinación de pena para el delito de TIM. 2.- Limite de reducción de la pena cuando el procesado se acoge a la terminación o conclusión anticipada del proceso. 3.- Criterios a considerar para la determinación de la reparación civil.

Al Ministerio del Interior y a la Policía Nacional del Perú

3. Desarrollar sistemas de capacitación integral para el personal policial que interviene en la investigación de casos de tráfico ilícito de migrantes, atendiendo la complejidad y particularidades de este delito.

Al Ministerio Público

4. Evaluar la ampliación de las funciones de las Fiscalías Especializadas

en Trata de Personas, para que comprendan el Tráfico Ilícito de Migrantes, entendiendo la vinculación entre ambos delitos.

5. Ampliar el nombramiento de otras Fiscalías Especializadas en Criminalidad Organizada con competencia nacional para investigar delitos de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, dada la complejidad y naturaleza de los mismos y su vinculación con la criminalidad organizada transnacional.
6. Emitir una directiva que incorpore las consideraciones procesales para garantizar la presencia de un intérprete en las declaraciones del migrante objeto de tráfico; los derechos que este tiene durante la investigación no solo en su calidad de víctima (cuando así corresponda) sino por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra; y los supuestos en los que el/a fiscal a cargo de la investigación debe convocar la participación de la Unidad Distrital de Víctimas y Testigos (UDAVIT) para la atención del migrante en su calidad de testigo o para su protección, si fuera víctima.
7. Optimizar el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva (RENADESPLE) con el fin de contar con información actualizada sobre el número de casos existentes a nivel nacional, el nombre de las personas investigadas, procesadas y sancionadas por el delito de tráfico ilícito de migrantes, así como la pena impuesta.
8. Implementar en todos los distritos fiscales del país planes de capacitación dirigidos a las fiscales y los fiscales, así como a sus asistentes, respecto al tratamiento del delito de tráfico ilícito de migrantes. Resulta necesario abordar técnicas de investigación, custodia del material probatorio, uso de prueba anticipada o pre constituida, entre otros aspectos técnicos y operativos esenciales para asegurar el éxito de las investigaciones por este delito.

Al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, al Ministerio de Educación, al Ministerio de Energía y Minas, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Ministerio de Salud, al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones

9. Cumplir e implementar lo estipulado en las “Directrices Intersectoriales para la Prevención y Persecución del delito y la Atención y Protección de las Personas Migrantes en situación de Tráfico Ilícito de Migrantes y Víctimas de Delitos en el contexto de la Migración”, en lo que respecta a la asistencia y protección de la persona objeto de tráfico. En particular es importante tener registros administrativos que den cuenta de la situación de las víctimas y la atención que reciben no solo en su condición de tales -cuando fuera el caso- sino desde el momento en que la autoridad toma conocimiento de una denuncia.

Tratamiento penal del Tráfico Ilícito de Migrantes en el Perú: avances, desafíos y retos se terminó de imprimir en abril de 2019 en los talleres gráficos de Voreno E.I.R.L. ubicados en Jirón Puerta del Sol, Mz. T5, lote 4, N° 202 La Molina
Se imprimieron 500 ejemplares.



DEFENSORÍA DEL PUEBLO



OIM
ONU MIGRACIÓN