

# REPENSANDO LA LEGITIMIDAD DELICTUAL DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

## Rethinking the Criminal Legitimacy of Smuggling of Migrants in the Constitutional State of Rights

PABLO ANDRÉS LEÓN GONZÁLEZ<sup>1</sup>

Investigador independiente, Cuenca, Ecuador

### Resumen

El presente artículo analiza al delito de tráfico ilícito de migrantes en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), e identifica la existencia de un problema de legitimidad, que es la falta de determinación del bien jurídico protegido. Esta indeterminación ha llevado a que la doctrina y los jueces en sus sentencias emitan sus propias consideraciones sobre el bien jurídico, llegando a reconocer a la soberanía y regulación migratoria del Estado como el centro de enfoque de la protección penal. Este artículo cuestiona esta fundamentación y propone reestructurar la protección penal hacia los derechos de las personas mediante el uso del peligro abstracto como respuesta legitimadora. Esta labor se realiza mediante el empleo de una metodología inductiva y hermenéutica.

### Palabras clave

Tráfico ilícito de migrantes, Bien jurídico, Estado constitucional de derechos, Peligro abstracto.

### Abstract

This article analyzes the crime of smuggling of migrants in the Código Orgánico Integral Penal (COIP), and identifies the existence of a legitimacy problem, which is the lack of determination of the “legal good”. This indeterminacy has led doctrine and jurisprudence to issue their own considerations on the “legal good”, coming to recognize the sovereignty and migratory regulation of the State as the center of focus of criminal protection. This article questions this rationale and proposes to restructure the penal protection towards the rights of individuals using the figure of abstract endangerment as a legitimizing response. This work is carried out with an inductive and hermeneutic methodology.

### Keywords

Smuggling of Migrants, Legal Good, Constitutional State of Rights, Abstract Endangerment.

## 1. Introducción

El tráfico ilícito de migrantes es un problema que han venido enfrentando los Estados desde hace mucho tiempo, y cuya magnitud se ha ido agravando en los últimos años. Esto ha reportado un gran desafío para la sociedad ecuatoriana, incluyendo a la comunidad internacional. Es así como este fenómeno se ha convertido en una problemática social, que también le interesa al ámbito jurídico.

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad del Azuay, Ecuador. Maestrante en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar. Correo electrónico: [pabloleonlegal77@gmail.com](mailto:pabloleonlegal77@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2770-596X>.



Por su parte, el ámbito internacional, ha adoptado varios instrumentos para combatir este fenómeno, entre los que destaca el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que sirve de complemento a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Estos instrumentos tienen como objetivo fomentar la colaboración entre los Estados, mejorar los sistemas de salvaguardia de los derechos de los migrantes y castigar a aquellos que se dedican al tráfico ilícito de individuos.

El proceso del tráfico ilícito de migrantes es un proceso complejo, que opera fuera de la legalidad. Esto sucede porque los migrantes, muchas veces, se ven forzados por diversas circunstancias económicas, políticas, sociales, etcétera, a recurrir a individuos que forman parte de redes criminales que facilitan la travesía a los destinos esperados. En este proceso, los migrantes se exponen a que varios de sus derechos se vean vulnerados.

Aunque hay muchas formas de combatir este fenómeno, el Estado ecuatoriano ha optado también por la respuesta penal, incorporando un delito de tráfico ilícito de migrantes. Este delito ha pasado por varias modificaciones desde su primera aparición en el año 2000, terminando finalmente en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), con varios problemas de legitimidad. Uno de estos problemas es la indeterminación del bien jurídico protegido en este delito, ya que, de su análisis, la doctrina y los jueces en sus sentencias han llegado a conclusiones sumamente diversas enfocando la protección penal a la soberanía del Estado y su regulación migratoria.

Es así como, el presente trabajo se enfoca en cuestionar esta fundamentación del bien jurídico, teniendo en cuenta la actual inclinación del Estado ecuatoriano. Lo que permitirá reestructurar la composición de la protección penal hacia los derechos de las personas mediante la figura del peligro abstracto, para conseguir una legitimación penal-constitucional.

Así, este trabajo se encuentra estructurado de la siguiente manera. Primero, se revisan los antecedentes importantes de este delito, desde su inicial incorporación hasta su inclusión en el COIP. Una segunda parte en la que se expone la concepción que tiene la doctrina y los jueces acerca del bien jurídico protegido, para posteriormente pasar a un análisis de los elementos constitutivos del tipo penal, que resalta algunas cuestiones importantes y problemas en su estructura típica. Finalmente, se toma una posición al respecto y se fundamenta el peligro abstracto como respuesta legitimadora de la intervención penal en el Estado constitucional de derechos ecuatoriano.

## **2. Antecedentes importantes en la evolución del delito de tráfico de migrantes**

En el año 2000, la legislación ecuatoriana incorporó por primera vez en el Código Penal al tráfico ilegal de migrantes, dentro del capítulo XII, que pertenece al título IV delitos contra la fe pública. Esta incorporación se hizo efectiva a través de su publicación en el Registro Oficial 110, el cual tuvo lugar el 30 de junio del año 2000.

Desde esa fecha, el delito ha estado presente en nuestra legislación, incluyéndose dentro del Proyecto de Ley del Código Orgánico Integral Penal en el año 2011. En este proyecto se encontraba en el libro primero, título III, capítulo primero de las infracciones contra los derechos de libertad, dentro de la sección octava infracciones contra la movilidad humana. Esta sección se componía de dos artículos, el 137 y 138. El primero, tenía por nombre tráfico ilegal de migrantes (coyoterismo), y el segundo, como tráfico de personas. En este proyecto se incorporó a los delitos contra los derechos de libertad en el principio de las infracciones penales.

En el primer debate, que analizó el Proyecto de Ley, se emitió un informe en el que se depura varios tipos penales repetidos y se desplazó a los delitos contra los derechos de libertad al capítulo segundo, y se agregó como capítulo primero a los delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, que contiene a la trata de personas. Ahora ya no se encontraban dos delitos contra la movilidad humana, sino

uno solo en el artículo 196, título III, capítulo segundo, sección novena. El artículo presente en este informe prescribe lo siguiente:

**Artículo 196.- Tráfico de migrantes e inmigrantes.-** La persona que, por medios ilegales, transporte, promueva, capte, traslade, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración e inmigración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado Ecuatoriano hacia otros países o viceversa respectivamente, con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material, siempre que ello no constituya infracción más grave, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Con la misma pena se sancionará a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, cuando se estableciera su conocimiento y participación en la infracción.

Si el tráfico de personas recae sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, se sancionará con pena privativa de libertad de ocho a once años.

Cuando como producto de la infracción se hubiere provocado la muerte de la víctima, se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veinticinco años.

Serán comisados los medios de transporte, instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento de la infracción; de ser el caso, se procederá a su destrucción (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012, p. 86).

En el informe para el segundo debate del Proyecto de Ley, se realizan cambios importantes al delito, principalmente en la redacción y en las penas. El delito se encuentra en la sección décima y prescribe lo siguiente:

**Artículo 213.- Tráfico de migrantes.** La persona que, por cualquier medio ilegal, promueva, capte, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración e inmigración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado ecuatoriano hacia otros países o viceversa; o, facilite la permanencia ilegal en el país con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material, siempre que ello no constituya infracción más grave, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Con la misma pena se sancionará a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimos o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, cuando se estableciera su conocimiento y participación en la infracción.

Si el tráfico de personas recae sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Cuando como producto de la infracción se provoque la muerte de la víctima, se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica se la sancionará con la extinción de esta (Asamblea Nacional del Ecuador, 2013a, p. 80).

Entre las diferencias que se pueden encontrar entre los dos debates es, primeramente, la denominación del delito, pues el artículo contenido en el primer informe se refiere al “Tráfico de migrantes e inmigrantes”; mientras que el segundo se refiere al “Tráfico de migrantes”. También una diferencia importante se encuentra en los medios ilegales y las acciones delictivas, pues en el primero se enumera una lista más extensa de medios ilegales y acciones delictivas relacionadas con el tráfico de migrantes, como transporte, promoción, captación, traslado, acogida, facilitación, inducción, financiamiento, colaboración, participación y ayuda. El segundo enumera una lista más reducida de medios ilegales y acciones delictivas, como promoción, captación, acogida, facilitación, inducción, financiamiento, colaboración, participación y ayuda.

Con respecto a las penas privativas de libertad, se puede notar claramente que el primero establece una pena de siete a diez años de privación de libertad para el tráfico de migrantes e inmigrantes en general. En caso de que las víctimas sean niñas, niños, adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, la pena se incrementa de ocho a once años. Si la víctima muere como resultado del tráfico, la pena es de veintidós a veinticinco años. En el segundo se establece una pena de siete a diez años de privación de libertad para el tráfico de migrantes en general. Si las víctimas son niñas, niños, adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, la pena se incrementa a diez a trece años. En caso de muerte de la víctima, la pena es de veintidós a veintiséis años. Además, el segundo incluye la responsabilidad penal de una persona jurídica, cuya pena será la extinción.

El texto incorporado en el segundo debate también agrega la conducta de facilitación de permanencia ilegal, sancionando a aquellos que faciliten la permanencia ilegal de personas en el país con el fin de obtener beneficio económico u otro de orden material. Con respecto a la confiscación de bienes, el texto del primer debate menciona que los medios de transporte, instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del delito serán comisados y, de ser el caso, se procederá a su destrucción. No se menciona explícitamente la confiscación de bienes en el texto del segundo debate.

Una vez que los debates finalizaron se emitió el Texto Aprobado en el Pleno de la Asamblea, el delito se ubicó en la sección undécima, prescribiendo lo siguiente:

**Artículo 213.- Tráfico ilícito de migrantes.-** La persona que, con el fin de obtener directa o indirectamente beneficio económico u otro de orden material por cualquier medio, promueva, capte, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración ilícita de personas nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado ecuatoriano hacia otros países o viceversa o, facilite su permanencia irregular en el país, siempre que ello no constituya infracción más grave, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Con la misma pena se sancionará a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, si se establece su conocimiento y participación en la infracción.

Si el tráfico de migrantes recae sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Cuando como producto de la infracción se provoque la muerte de la víctima, se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica será sancionada con la extinción de esta (Asamblea Nacional del Ecuador, 2013b, p. 92).

Las diferencias entre el texto incorporado en el segundo debate y el texto aprobado son mínimas. La principal diferencia se encuentra en la denominación del delito, donde el texto aprobado utiliza el término tráfico “ilícito” de migrantes. Además, el Texto aprobado amplía la definición de la facilitación de permanencia irregular en el país. Sin embargo, en términos de penalización y penas privativas de libertad, así como en la responsabilidad penal de la persona jurídica, ambos son prácticamente idénticos. El texto aprobado por la asamblea que contiene al delito de tráfico ilícito de migrantes permanece hasta la actualidad en el COIP sin modificación alguna.

Una característica que diferencia la regulación actual del COIP con la del Código Penal anterior (1971), es el hecho de que este último solamente sancionaba la migración desde el territorio ecuatoriano hacia otros países, es decir, desde adentro hacia afuera. Esto se evidencia porque incorporaba textualmente la frase: “El que, por medios ilegales, promueva, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado Ecuatoriano hacia otros países [...]”.

Esto dejaba fuera las conductas de individuos que, desde otros países, ayudaban a la migración hacia territorio ecuatoriano, desde afuera hacia adentro. Este particular se solucionó en el COIP incluyendo la usual frase “viceversa”, dando a entender textualmente que ahora el delito se puede cometer desde otros países al Ecuador y desde el Ecuador a otros países.

### 3. La cuestión del bien jurídico

Para la determinación del bien jurídico, es pertinente considerar las palabras de Vega, quien sostiene que: “[...] para determinar el objeto jurídico debemos remitirnos al título al cual pertenece el tipo penal en cuestión” (2016, p. 59). Aunque no siempre se cumple esta regla, comporta un punto de partida importante para el presente análisis.

En el presente caso, el delito de tráfico ilícito de migrantes se encuentra dentro de dos títulos, el título del capítulo y el título de la sección. El primero, se denomina “delitos contra los derechos de libertad”, y el segundo, “delitos contra la migración”. Bajo este contexto, se podría decir que el bien jurídico que se pretende proteger mediante la tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes es el derecho de libertad, y a su vez, el derecho a la libertad de migrar. Sin embargo, no parece lógico que sea el derecho a la libertad y la libertad de migrar, si se sanciona justamente a la persona que ayuda a que de una u otra forma este derecho se realice, aunque de forma ilegal.

Ha habido algunos autores en el ámbito internacional que han analizado la cuestión del bien jurídico, y también han emitido su criterio al respecto:

[...]el bien jurídico tiene distintas miradas, pero la variable de mayor aplicación se concentra en la necesidad de tener una migración controlada, que resguarde los intereses de los Estados en este sentido y también la protección de los derechos individuales de las personas como son la vida, la integridad, la salud y la dignidad humana, por lo que nos encontramos en puridad ante un bien jurídico “pluriofensivo” (Goite y Medina, 2014, p. 149).

Algo que llama la atención es el hecho de que se denomine al delito como pluriofensivo, que proteja la vida, la integridad, la salud y la dignidad humana. Sin embargo, cabe la legítima pregunta: ¿De qué forma se ve lesionada o afectada la vida, la integridad, la salud y la dignidad

humana mediante el tráfico de migrantes? La respuesta es que de ninguna forma, en caso de que la persona haya llegado a su destino. Por ejemplo, si una persona quiso migrar a Estados Unidos desde Ecuador, y a los dos meses logró llegar a su destino, aunque de forma ilegal y siendo asistida por una banda criminal. ¿Se afectó o lesionó su vida, su integridad o salud? De ninguna manera. ¿Se afectó o lesionó su patrimonio? De ninguna manera. Sin embargo, esa conducta se sigue sancionando en el derecho ecuatoriano como delito de tráfico ilícito de migrantes, entre otras cosas, por la amplitud desmesurada de los verbos rectores. Por lo tanto, la solución no va por esa vía.

Por su parte, la doctrina y los jueces ecuatorianos en sus sentencias también han tratado de dar su posición al respecto del bien jurídico en este delito. Calahorrano (2020) menciona que el bien jurídico en este delito, en el contexto ecuatoriano, es la soberanía del Estado y su regulación migratoria. A su vez, algunos jueces en sus sentencias, como es el Caso 19-2012 de 14 de febrero de 2013, han reforzado esta idea al mencionar que estos delitos ponen en peligro la seguridad del Estado, destacando su naturaleza peculiar de cruzar las fronteras de manera irregular e ilegal. Esta línea también se ha seguido en el Caso 17282-2015-05685, el 01283-2016-04319, y el 17283-2019-00295.

Siguiendo con este razonamiento, en la sentencia 07 de julio de 2014, dentro del el Juicio No. 0482-2013, jueces de la Corte Nacional de Justicia han mencionado que el tráfico de personas se configura como una infracción contra la legislación migratoria de un país, implicando la acción de transportar individuos de manera ilegal, a menudo con la colaboración de terceras personas, para introducirlos en un Estado en el cual no son ciudadanos, evadiendo o eludiendo los controles migratorios establecidos.

Esta concepción sobre el bien jurídico que tienen los jueces y la doctrina se debe justamente a que se toma como referencia el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en su artículo 3 ha definido al tráfico ilícito de migrantes de la siguiente manera:

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

Esta definición ha llevado a que la regulación migratoria del Estado se ubique en cúspide de la protección penal.

#### **4. Análisis de los elementos constitutivos del tipo penal de tráfico ilícito de migrantes**

El delito de tráfico ilícito de migrantes incorpora cuatro conductas punibles de forma general. La primera conducta se encuentra en el primer párrafo del artículo y sanciona a la persona que promueva, capte, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración ilícita de personas nacionales o extranjeras. La segunda conducta sanciona a la persona que facilite la permanencia irregular de los migrantes ilícitos en el país. La tercera conducta sanciona a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción (para la migración ilegal). Finalmente, la cuarta, en caso de que el delito lo cometa la persona jurídica, será sancionada con la extinción.

A estas cuatro conductas se suman algunos elementos que las caracterizan y las diferencian de las demás. Las conductas requieren un sujeto activo genérico, y mono subjetivo, en el sentido de que para que el delito se cometa debe intervenir, como sujeto activo, al menos una persona, sin menoscabar el hecho de que sean más. El sujeto pasivo no se encuentra específicamente mencionado en la norma, sin embargo, si nos basamos en la definición misma de su naturaleza, podemos notar que se refiere al “destinatario de la protección del bien jurídico” (Bustos y Hormazábal, 1999, p. 50). Si consideramos el contexto del delito como tal, y lo contrastamos con el bien jurídico anteriormente analizado, fácilmente podríamos llegar a la conclusión de que el sujeto pasivo de este delito es el Estado.

Con respecto al objeto del delito, la doctrina ha reconocido que puede tener una naturaleza material y jurídica. El objeto jurídico se equipará al bien jurídico, y el objeto material según Hernández (2017), se refiere a la manifestación concreta de la violación del interés jurídico que el legislador busca proteger con la incorporación de cada tipo penal. En algunos casos el objeto material es coincidente con el sujeto pasivo, en otros, no. Es así como el objeto material puede ser: real, personal o fenomenológico. En el presente delito, el objeto material personal es la persona nacional o extranjera que realiza la migración ilícita.

El delito de tráfico ilícito de migrantes es un tipo penal compuesto, que incorpora varios verbos rectores, al respecto de este particular se ha señalado que:

Hay varios verbos rectores que traerían problemas prácticos al momento de la imputación; por ejemplo, acoger, colaborar, participar, ayudar; de hecho, estos abren desmesuradamente el espectro de las conductas que podrían ser punibles. El tráfico ilícito de migrantes, por lo general, es asumido por una red de servicios, algunos de ellos lícitos y otros ilícitos; con verbos rectores tan abiertos como los señalados, cualquier participación, por más indirecta que sea, podría generar que una persona sea imputable por este delito (Calahorrano, 2020, p. 55).

El tipo penal también incorpora circunstancias específicas que agravan la pena en el delito. La primera, en caso de que el delito recaiga sobre niñas, niños o adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad, la pena será de diez a trece años. La segunda, cuando como producto de la infracción se provoque la muerte de la víctima, la pena será de veintidós a veintiséis años.

#### **4.1. El problema: la estructura típica**

Para entender la estructura típica del delito, se debe entender primeramente el bien jurídico y su naturaleza. Así, al bien jurídico se le asignan funciones distintas, una función político criminal, una función dogmática, y una función teleológica. Aquí nos interesa la función teleológica, que según Lascaraín (2007) aporta una función interpretativa en el sentido de que nos ayuda a responder a la pregunta de qué debe hacer el sujeto activo frente al bien jurídico para que el derecho penal intervenga de forma legítima. Aquí toman parte los delitos de lesión y de peligro.

Cabe proponer un ejemplo: dentro del capítulo segundo de los delitos contra los derechos de libertad, sección tercera en los delitos contra la libertad personal se encuentra el secuestro (artículo 161). Para que el sujeto activo cometa el delito de secuestro debe privar de la libertad a otra persona contra su voluntad. En este caso el sujeto activo lesiona la bien jurídica libertad personal, al privar de la libertad en contra de la voluntad de la otra persona (delito de lesión).

El ejercicio teórico realizado parece sencillo cuando se trata de delitos de lesión frente a bienes jurídicos individuales como el derecho a la libertad personal. El problema radica en la existencia de delitos con bienes jurídicos indeterminados orientados esencialmente a tutelar meras funciones o finalidades, así lo ha resaltado Moccia (1997).

En el presente caso nos encontramos ante un bien jurídico indeterminado, pues el título del capítulo nos permite inferir que estamos frente a un bien jurídico individual (derechos de libertad), el título de la sección nos informa que estamos frente a otro bien jurídico individual (derecho a la migración). Empero, de la misma lectura del tipo penal no se puede encontrar un fundamento claro que permita justificar la existencia de esos bienes jurídicos. Por otra parte, algunos jueces y la doctrina han mencionado que se trata de la soberanía del Estado y su regulación migratoria, que se constituye en un bien jurídico colectivo supraindividual, que tutela funciones y finalidades estatales, que se materializan en el hecho de controlar que las personas no migren ilegalmente. Cerezo (2002) ha mencionado que los bienes jurídicos son supraindividuales si no tienen la finalidad de proteger bienes jurídicos individuales. Esto es justo lo que sucede en el presente caso.

En este contexto, no se avizora la posición que debe tener el sujeto activo frente al bien jurídico para que el derecho penal intervenga legítimamente en el delito de tráfico ilícito de migrantes. No nos permite saber si el sujeto activo debe lesionar el bien jurídico, o debe ponerlo en peligro. Esto también afecta al principio de lesividad que guarda una especial relación con la antijuridicidad material. Este principio se encuentra recogido textualmente en el COIP: “Art. 29.- Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”.

Así las cosas, cabe preguntarse ¿Cómo se lesiona o se amenaza la soberanía del Estado y su regulación migratoria con el acto del sujeto activo? De entrada, se puede resaltar que es sumamente complejo que la soberanía del Estado y su regulación migratoria se vea lesionado o puesto en peligro comprobable con un solo acto de asistencia a la migración ilegal por parte del sujeto activo del delito, ¿Tal vez con efecto de acumulación? Es decir, la suma de todos los actos cometidos por todos los sujetos activos que asisten a la migración ilegal en el Ecuador.

Sin embargo, nada de esto guarda sentido si volvemos a analizar el derecho a la migración (artículo 40 de la Constitución). La Constitución reconoce el derecho a migrar y no distingue si es legal o ilegal, es más, reconoce textualmente que se evitará identificar o considerar a cualquier ser humano como “ilegal” debido a su condición migratoria. Entonces, si lo que está haciendo el sujeto activo del delito es ayudar de una u otra forma, a ejercer el derecho a migrar a la persona nacional o extranjera ¿Está justificada la conducta punible? La respuesta es obviamente no. En este sentido, también se ha mencionado que:

[...]el delito de tráfico ilícito de migrantes resulta inconstitucional. En primer lugar, por cuanto quebranta el núcleo duro de este derecho, es decir, dentro de la esfera de lo indecible, vacía la voluntad de la persona, cuando decide salir, entrar y residir en otro país de forma irregular. En segundo lugar, por cuanto no existe un bien jurídico de carne y hueso que se lesione, lo cual ha provocado que las decisiones político-criminales vacíen el contenido del derecho a migrar (Faican, 2016, p. 91).

## **5. Toma de posición: el peligro abstracto como respuesta legitimadora de la intervención penal en el Estado constitucional de derechos**

A simple vista nos encontramos con un delito que no tiene justificación penal ni constitucional para transitar dentro del COIP. Así las cosas, se podría pensar que una salida idónea sería la depuración de este delito y optar más bien por una sanción administrativa al sujeto activo que ayude al tráfico ilícito de migrantes como una política securitaria del Estado. En caso de que efectiva mente dentro de este proceso de migración ilegal se produzca una situación de trata de personas, se sancionará penalmente al sujeto activo por este delito contenido en los

artículos 91-94 del COIP; o en caso de que se produzcan lesiones, muertes o secuestros, o cualquier otro tipo de delito relacionado, que se sancione por ese delito.

Sin embargo, esta respuesta no es del todo factible, si consideramos el contexto en que se encuentra la persona —en un ámbito de ilegalidad—, en el que es más fácil que sus derechos se vean vulnerados. Entonces, cabe legítimamente la pregunta ¿Realmente el derecho penal debería esperar a que se vulneren derechos para recién actuar en ámbitos como estos?

Para tomar una posición al respecto, se debe tener en cuenta primeramente la orientación actual del Estado ecuatoriano. De acuerdo con nuestra Constitución, nos encontramos en un Estado constitucional de derechos (artículo 1), lo que según González (2013), implica que el Estado y su sistema jurídico están subordinados a los derechos de las personas, y no viceversa. De ahí que el pretender fundamentar el delito de tráfico ilícito de migrantes en la sola soberanía del Estado y su regulación migratoria no encuentra plena legitimación.

En este sentido, el tráfico ilegal de migrantes, de forma general, no lesiona ningún derecho individual (delitos de lesión), ni lo pone en peligro concreto (delitos de peligro concreto). Pero migrar ilegalmente si supone la realización de acciones generalmente peligrosas por parte del sujeto activo que, a futuro, pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de la persona que migra, tales como la salud, la integridad, la vida y la libertad. La migración ilegal se constituye como tal porque se la realiza mediante mecanismos ilegales, que no están sujetos a control estatal, en cuyo ámbito existe más probabilidad de que se vulneren derechos de las personas. Son mecanismos ilegales justamente porque no cumplen con lo requerido en el artículo 123 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMH), que es que todas las personas que ingresen o salgan del territorio nacional, deban hacerlo por puntos de control migratorio oficiales.

Debido a que el ingreso o salida no están sometidos a supervisión estatal en los puntos de control migratorio oficiales, se permite que el sujeto activo actúe al margen del derecho, o forme parte de una organización criminal internacional para cruzar las fronteras. Esto puede derivar en delitos que atenten contra la salud, la libertad, la integridad, y la vida de la persona que migra. Incluso, el tráfico ilegal puede derivar en trata de personas, que es un delito sumamente grave contra la dignidad de la persona.

Es por eso, que se sostiene que el delito de tráfico ilícito de migrantes encuentra su fundamento esencial en el peligro abstracto, en el que:

Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado, aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido (Cerezo, 2002, p. 47).

Aquí se trata de preservar —a futuro— bienes jurídicos individuales de la persona que migra, tales como la salud, la libertad, la integridad, y la vida. Por esto, se afirma que ante el tráfico ilegal de migrantes el derecho a la migración de las personas no se ve menoscabado.

## 6. Conclusión

El delito de tráfico ilícito de migrantes ha evolucionado en la legislación ecuatoriana a lo largo de los años. Desde su incorporación en el Código Penal en el año 2000 hasta su inclusión en el CIOP, se ha modificado en la redacción y las penas asociadas al delito. La estructura gramatical del delito identifica cuatro conductas punibles, que incluyen varios verbos rectores y sujetos activos genéricos. El primer problema que se evidencia es que los verbos rectores incluyen acciones demasiado generales, que terminan ampliando desmesuradamente la imputación de este delito, para lo cual, se propone la revisión y supresión de algunos de aquellos.

El presente análisis también manifiesta la complejidad en la determinación del bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilícito de migrantes. Aunque inicialmente se podría inferir que se trata de bienes jurídicos individuales, como los derechos de libertad y el derecho a la migración, la falta de un fundamento claro en el tipo penal dificulta su justificación. Ante este panorama, tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado que el bien jurídico protegido en este delito es la soberanía del Estado y su regulación migratoria, considerado como un bien jurídico colectivo supraindividual que busca salvaguardar las funciones y finalidades estatales relacionadas con el control de la migración ilegal. Esta interpretación del bien jurídico por parte de los jueces y la comunidad académica se deriva directamente de la referencia al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Esta fundamentación ha tenido variaciones a lo largo del tiempo, llegando incluso a mencionarse que es un delito pluriofensivo, que además afecta la vida, el patrimonio, la integridad, la salud y la dignidad humana. Sin embargo, se ha puesto en evidencia que el delito se sigue sancionando en el derecho ecuatoriano, aunque ninguno de estos derechos de la persona se haya lesionado o puesto en peligro concreto.

En este sentido, se ha argumentado que el tráfico ilegal de migrantes no lesiona directamente derechos individuales ni los pone en peligro concreto, pero sí implica la realización de acciones generalmente peligrosas que pueden afectar a los derechos de las personas que migran, como la salud, la integridad, la vida y la libertad. Al realizarse mediante mecanismos ilegales y al margen del control estatal, existe una mayor probabilidad de que se vulneren los derechos de las personas, lo que puede derivar en delitos graves como la trata de personas.

En este contexto, el delito de tráfico ilícito de migrantes encuentra su fundamento en el peligro abstracto. Mediante este tipo de peligro algunas conductas son sancionadas debido a que, generalmente, suelen implicar el riesgo de afectar un bien jurídico, incluso si en circunstancias particulares no se ha materializado dicho riesgo en una lesión o peligro concreto. El objetivo es preservar a futuro los bienes jurídicos individuales de las personas que migran, como la salud, la libertad, la integridad y la vida. Ante todo, esto, una limitación del estudio ha sido la de reconocer que los delitos de peligro abstracto, como tal, necesitan ser legitimados para que sean compatibles con el artículo 29 del COIP, el principio de lesividad. Esto solo será posible si se reconoce que el peligro abstracto es necesario para la protección de derechos en ciertos ámbitos de la modernidad dentro del Estado constitucional de derechos ecuatoriano.

### **Referencias bibliográficas**

Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Penal*. Suplemento del Registro Oficial No. 147, de 22 de enero 1971.

Asamblea Nacional del Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial del Ecuador N. 449, de 20 de octubre de 2008.

Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial del Ecuador N. 180 de 14 de febrero de 2014.

Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Registro Oficial del Ecuador N. 938 de 06 de febrero de 2017.

- Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malarée, H. (1999). *Lecciones de Derecho penal, volumen II*. Madrid: editorial Trotta.
- Calahorrano, E. (2020). El delito de tráfico ilícito de migrantes desde el principio de proporcionalidad: un análisis comparado de los casos chileno, español y ecuatoriano. *Revista Republicana*, 29 (29), 47–68. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2020.v29.a86>
- Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, (10), 47–72. Disponible en: <https://bit.ly/3GZwgO6>
- Faicán, D. F. (2016). El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).
- Goite, M., y Medina, A. (2014). El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico y trata de personas y otras figuras afines. Una visión desde Cuba en el Siglo XXI. *Revista Mundi Migratorios*.
- González, F. (2013). El alcance del Estado constitucional de derechos y justicia del artículo 1 de la Constitución del 2008. *Revista Iuris*, (14). Disponible en: <https://publicaciones.ucuena.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/74>
- Hernández, H. (2017). Aspectos polémicos sobre el objeto material del delito de lavado de activos (delitos fuente). *Justicia*, 22 (32), 118–138. Disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2908>
- Lascuraín, J. (2007). Bien jurídico y objeto protegible. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (60), 119–163. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2863873>
- Moccia, S. (1997). De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo iliberales. En J. Silva Sánchez (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal* (pp. 113–142). Barcelona: JMB.
- Naciones Unidas. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Nueva York. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOC-Book-s.pdf>
- Presidencia de la República del Ecuador. (2011). *Proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal*. 14 de octubre, Quito. Disponible en: <https://bit.ly/3yyT9Vj>.
- Vega Arrieta, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, (29), 53–71. Disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.21.29.1233>

### **Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes**

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2012). *Informe para primer debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”*. 13 de junio, Quito. Disponible en: <https://bit.ly/3yvH6be>.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2013a). *Informe para segundo debate del “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal”*. 04 de octubre, Quito. Disponible en: <https://bit.ly/3COrjqA>.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2013b). *Texto aprobado por el Pleno de la Asamblea*. Quito. Disponible en: <https://bit.ly/3etO1Lj>.

### **Sentencias**

- Corte Nacional de Justicia de Ecuador (2013). Proceso nro. 19-2012 de 14 de febrero de 2013.

- Corte Nacional de Justicia de Ecuador (2014). Proceso nro. 0482-2013 de 07 de julio de 2014.
- Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano De Quito (2015). Sentencia de primera instancia. Proceso nro. 17282-2015-05685.
- Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca (2016). Sentencia de primera instancia. Proceso nro. 01283-2016-04319.
- Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito (2019). Sentencia de primera instancia. Proceso nro. 17283-2019-00295.