



Proceso No 25465

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta No. 115.

Bogotá D.C., octubre doce (12) de dos mil seis (2006)

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *DUHAMEL GONZÁLEZ LEÓN*, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 18 de enero de 2006, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de la misma ciudad el 27 de octubre de 2005, por cuyo medio lo condenó como autor penalmente responsable del concurso de delitos de tráfico de migrantes agravado y falsedad ideológica en documento público.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL



Los hechos que motivaron este averiguatorio fueron adecuadamente sintetizados por el *ad quem*, en los siguientes términos:

“DUHAMEL GONZÁLEZ LEÓN, detective del DAS adscrito al Grupo de Coordinación de Servicios Migratorios del Aeropuerto El Dorado, registró el 13 de febrero de 2005 como mejicanos (que ingresaban al país procedentes de Méjico, se aclara) a JOSÉ LUIS SOTO SALAZAR, LILIANA MARTÍNEZ OROPEZA y LUIS SOTO MARTÍNEZ (menor), siendo colombianos, cuyos nombres son ALFREDO MANCERA CARDONA, LILIA OLARTE ALZATE Y JUAN SEBASTIAN MANCERA OLARTE. Estas personas el 16 de dicho mes salieron del país con destino a Méjico en el vuelo 392 de Mejicana de Aviación, pero al día siguiente fueron deportadas a Colombia al descubrirse su falsa identidad”.

Por los referidos hechos la Fiscalía solicitó al Juzgado Veintiocho Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá la captura de *DUHAMEL GONZÁLEZ*, la cual se materializó. Una vez legalizada el 21 de abril de 2005 ante el Juez Diecinueve Penal Municipal con función de Control de Garantías de la misma ciudad, la Fiscalía le formuló imputación en audiencia por la comisión del concurso de delitos de tráfico de migrantes agravado y falsedad ideológica en documento público, a la vez que solicitó le fuera impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva de su libertad.



El imputado no aceptó los cargos formulados y el mencionado juzgado no dispuso la medida de aseguramiento solicitada por no haber sido deprecada en debida forma, providencia contra la cual el ente acusador interpuso sin éxito recurso principal de reposición y subsidiario de apelación.

Presentado por la Fiscalía el escrito de acusación contra el inculcado el 20 de mayo siguiente, el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Bogotá realizó la respectiva audiencia de acusación, ulteriormente efectuó la audiencia preparatoria y luego, la audiencia de juicio oral, para finalmente proferir fallo el 27 de octubre de 2005, por cuyo medio condenó al acusado a la pena principal de ciento cuarenta (140) meses de prisión, multa de ochenta y ocho punto ocho (88.8) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, como autor penalmente responsable del concurso de delitos de tráfico de migrantes agravado y falsedad ideológica en documento público.

En la misma oportunidad le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, así como la prisión domiciliaria.

Impugnada la sentencia por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó mediante fallo del 18 de enero de 2006,



decisión contra la cual el mismo sujeto procesal interpuso recurso extraordinario de casación y allegó oportunamente el libelo correspondiente.

A través de proveído del pasado 8 de junio, esta Sala decidió admitir únicamente el tercer cargo de la referida demanda “*específicamente en cuanto se refiere a establecer si la conducta de tráfico de migrantes por la cual se acusó a DUHAMEL GONZÁLEZ lesionó o puso en peligro de manera efectiva el bien jurídico objeto de protección*”.

LA DEMANDA

Respecto de la temática abordada en la censura cuya admisión dispuso la Sala, el recurrente afirma al amparo de la causal primera de casación establecida en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 que los falladores incurrieron en violación directa de la ley sustancial (artículos 11, 12, 188 y 188 B de la Ley 599 de 2000), dado que no se configura en este asunto el delito de tráfico de migrantes.

En la fundamentación del reproche señala que no incurre en el referido delito quien facilita la salida de Colombia a tres personas supuestamente mejicanas, dado que estas, como lo declaró *Alfredo Mancera Cardona*, voluntariamente querían viajar a Méjico, es decir, no fueron violentadas en su autonomía personal.



También anota que la conducta investigada no es típica en cuanto no hay presencia en este caso del objeto material o del objeto jurídico del ya mencionado comportamiento delictivo y que además, ni siquiera se puede estructurar el juicio de antijuridicidad formal y material, dado que no se lesionó o puso en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal.

Puntualiza que si bien *Alfredo Mancera* y su familia fueron inadmitidos en Méjico y por ello devueltos a Colombia, tal circunstancia no comporta un atentado contra su autonomía personal perpetrado por *DUHAMEL GONZÁLEZ*, como erradamente se afirma en la sentencia atacada.

Con fundamento en lo expuesto, el recurrente solicita a la Sala casar parcialmente la sentencia impugnada, para en su lugar proferir fallo de reemplazo de carácter absolutorio en favor de su procurado por el delito de tráfico de migrantes.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Intervención del demandante

Adicional a la reiteración de los planteamientos que ofreció en su libelo de casación, el defensor de *DUHAMEL GONZÁLEZ LEÓN* manifiesta que si la familia *Mancera* se encuentra vinculada a un proceso penal en el cual se le imputa la comisión de la misma conducta por la que aquí se procede, es evidente que su procurado no cometió el delito de tráfico de



inconforme con el juicio de antijuridicidad material de la misma por estimar que el bien jurídico tutelado de la autonomía personal no fue quebrantado de manera alguna.

Manifiesta que en la exposición de motivos del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 747 de 2002 por cuyo medio se tipificó el delito de tráfico de personas se decía que la conducta reprochable no es la del migrante que es objeto de tráfico, sino la del traficante que a cambio de una remuneración transporta seres humanos utilizando medios ilegales a otro país.

El delito de tráfico de migrantes se ubica dentro de los delitos que atentan contra la autonomía personal, agrega, habida cuenta que no se impide que un mayor de edad voluntariamente decida emigrar de su país aunque corra riesgos, pues el bien jurídico protegido se concreta en el interés de evitar que personas emigren sin requisitos legales y por tanto, se les convierta en mercancías y que además, alguien obtenga un provecho económico por dicho comportamiento.

Considera que si un individuo en condiciones normales puede solicitar los documentos legales para salir del país, pero pese a ello se vale de un traficante asumiendo riesgos, esa persona está viendo forzado su consentimiento para pedir que le ayuden a salir ilegalmente del territorio nacional, motivo por el cual, el tipo está ubicado en el capítulo ya mencionado.



Para concluir señala que el título tercero de la Ley 599 de 2000 se refiere a “*la libertad y otras garantías*”, de donde deduce que movilizarse libremente de un país a otro sin correr riesgos constituye una de esas garantías objeto de protección.

A partir de lo anterior, el Fiscal Delegado considera que en este asunto el procesado sí puso en peligro el bien jurídico de la autonomía personal de la familia *Mancera*, esto es, su comportamiento tiene el carácter de antijurídico y delictivo. Por las razones expuestas, solicita a la Sala no casar la sentencia objeto de impugnación.

3. Intervención de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

Inicialmente la Delegada señala que la Constitución de 1991 obligó a revisar los contenidos del Código Penal a fin de ponerlos a tono con el concepto de Estado social y democrático de derecho declarado en la Carta Política.

Añade que en desarrollo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se suscribió el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Resalta que en el proyecto de Código Penal que culminó con la Ley 599 de 2000 se habló únicamente de tráfico de



personas, comportamiento referido a delitos contra la libertad sexual. Posteriormente, en los debates legislativos, la referida norma se ubicó dentro del título de delitos contra autonomía personal.

También informa que a la par del proyecto de Código Penal, se presentó otro proyecto de ley en el cual se diferenció la trata de personas y el tráfico de migrantes, en desarrollo del Protocolo de Palermo de 2000 contra la trata de personas, que corresponde a la Ley 747 de 2002, declarada exequible mediante sentencia C-969 de 2003. No obstante, puntualiza que el protocolo de tráfico ilícito de migrantes no fue ratificado por Colombia, por no ser compatible con sus intereses y no defender a los colombianos radicados en el exterior.

Agrega la Delegada que tanto en el preámbulo del mencionado protocolo, como en su texto, se hace referencia a conformación de grupos delictivos organizados, pese a lo cual, en el artículo 188 de la Ley 599 de 2000 el sujeto activo es monosubjetivo y no plurisubjetivo como aparece en el tratado.

Como bienes jurídicos lesionados con el delito de tráfico de migrantes, la Delegada señala el orden estatal sobre normas que regulan el ingreso y la salida de personas de un país, el derecho al trabajo, la dignidad de la persona y su libertad, pero señala que su selección queda a criterio del legislador.

Ya en cuanto se refiere al caso objeto de estudio, la representante del Ministerio Público afirma que la conducta de



DUHAMEL GONZÁLEZ se adecua típicamente al artículo 188 del Código Penal. No obstante, precisa que al verificar su antijuridicidad se encuentra que si colaboró y recibió dinero de *Alfredo Mancera Cardona* para que le facilitara a él, su esposa y su hijo la salida del país, es evidente que no se violó el bien jurídico de la autonomía personal de la familia *Mancera*.

Finalmente argumenta que en todos los tipos penales que protegen el bien jurídico de la autonomía personal, las víctimas son violentadas en su voluntad y por tanto, si en este caso los migrantes no solo querían salir ilegalmente del país, sino que *Alfredo Mancera* fue quien contactó a *DUHAMEL GONZÁLEZ* para que le colaborara en tal propósito y le pagó por ello, el comportamiento del inculpa carece de antijuridicidad material.

Con base en lo expuesto, la Delegada solicita a la Sala casar parcialmente el fallo atacado, para marginar el delito de tráfico de migrantes y su consecuente sanción proporcional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que según se expresó, la Sala decidió admitir únicamente el tercer cargo de la referida demanda de casación “*específicamente en cuanto se refiere a establecer si la conducta de tráfico de migrantes por la cual se acusó a*



DUHAMEL GONZÁLEZ lesionó o puso en peligro de manera efectiva el bien jurídico objeto de protección”, tal será la temática que corresponde ahora dilucidar, en cuyo marco jurídico se tiene:

1. La conducta punible

De conformidad con lo establecido en el artículo 9º de la Ley 599 de 2000 “*para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable*”, texto del cual se desprende que el hecho humano (activo u omisivo) debe pasar por el tamiz de las tres referidas categorías dogmáticas para que pueda tener la condición de delictivo.

1.1. La tipicidad

En virtud de la tipicidad, es necesario, de una parte, que la conducta se adecue a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como el sujeto activo, la acción, el resultado, la causalidad, los medios y modalidades de la acción y de otra, que cumpla con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido que de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial requieren de una conducta dolosa, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.



1.2. La antijuridicidad

De acuerdo con la categoría dogmática de la antijuridicidad, la conducta no sólo debe contrariar el ordenamiento jurídico considerado en su integridad (antijuridicidad formal), sino que además, debe lesionar o poner efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por la ley (antijuridicidad material), de modo que no todo daño o peligro comporta un delito, pero sí, todo delito supone necesariamente como condición insustituible la presencia de un daño real o por lo menos, de un peligro efectivo para el interés objeto de protección jurídica.

1.2.1. El bien jurídico

Constituye uno de los objetos de protección de la norma penal, razón por la cual corresponde a una estructura delimitadora de interpretación en punto de la órbita de protección de los preceptos que cobija, pues si bien el legislador dentro de su libertad de configuración normativa tiene la facultad de agrupar determinados tipos penales bajo un capítulo o título dentro del estatuto penal, según su criterio, no hay duda que una tal sistemática no puede ser arbitraria y caprichosa, sino que debe permitir al intérprete desentrañar el ámbito protector de cada disposición, esto es, identificar el bien jurídico objeto de tutela estatal para emprender a partir de allí el estudio de la antijuridicidad que pueda o no predicarse de la conducta analizada.



1.2.2. Delitos monoofensivos y pluriofensivos

Los primeros son aquellos cuya finalidad se encuentra orientada a proteger un solo bien jurídico, como ocurre, por ejemplo, con el delito de estafa que asegura el patrimonio económico.

Los delitos pluriofensivos comportan la protección simultánea de dos o más bienes jurídicos, como sucede con el delito de secuestro extorsivo, en el cual se protege tanto la libertad personal individual, como el patrimonio económico. En estos casos, corresponde al legislador seleccionar dentro de los varios bienes jurídicos susceptibles de protección, aquél que en su criterio y de conformidad con el plexo de valores de la Carta Política resulte de mayor importancia al momento de ubicar el tipo dentro de un conjunto normativo.

1.2.3. Delitos de lesión y de peligro

Los delitos de lesión son aquellos que comportan la destrucción o mengua del bien jurídico protegido, como ocurre con los establecidos en los artículos 103 (homicidio – vida) o 239 (hurto – patrimonio económico) de la Ley 599 de 2000, respectivamente.

Por su parte, los delitos de peligro se caracterizan porque la conducta comporta la amenaza o puesta en riesgo del bien



jurídico objeto de protección. Se dividen en delitos de peligro presunto y delitos de peligro concreto o demostrable.

(i) Delitos de peligro presunto. En estos, el legislador presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado. Como, entre otros los contenidos en los artículos 471 (conspiración), 434 (asociación para la comisión de un delito contra la administración pública) y 365 (porte ilegal de armas) de la Ley 599 de 2000.

Sobre los delitos de peligro presunto tenía dicho la Sala en posición que ulteriormente fue modificada:

“Puede afirmarse que existen dos clases de delitos de peligro, cuya diferencia obedece a la proximidad y gravedad del riesgo respecto al bien jurídico tutelado (...). Delitos ‘de peligro presunto’ y ‘de peligro demostrable’, porque en los primeros la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requieren, sino que, por el contrario, excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste”.

“En tanto que los otros requieran que se demuestre la posibilidad de daño, es decir, comprobación de que hay un peligro”.



*“Implica esta distinción la consecuencia de que en los delitos de peligro presunto una determinada situación subsumible en la respectiva descripción legal, debe ser sancionada aun cuando no haya determinado el peligro que constituye la razón de la norma”*¹ (subrayas fuera de texto).

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley presentado por el Fiscal General de la Nación al Congreso de la República que finalmente con las modificaciones que se impusieron como consecuencia del debate legislativo se convirtió en Ley 599 de 2000, en punto del término “*efectivamente*” que aparece en su artículo 11 se dijo:

*“Se mantiene la norma sobre antijuridicidad, no obstante, se resalta la necesidad de abandonar la llamada presunción iuris et de iure de peligro consagrada en algunos tipos penales. Se clarifica que el interés jurídico, protegido, cuando toma relevancia penal, se designa como bien jurídico; con lo cual se establece que necesariamente sobre el mismo debe recaer la afectación”*² (subrayas fuera de texto).

Recientemente la Sala retomó el estudio del referido tema, para llegar a las siguientes precisiones:

¹ Sentencia del 22 de septiembre de 1982. M.P. Dr. Luis Enrique Romero Soto.

² GÓMEZ MÉNDEZ Alfonso. Exposición de motivos del proyecto de Código Penal. En revista Derecho Penal y Criminología No. 64. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.



Si bien en los delitos de peligro presunto el legislador presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado, lo cierto es que tal presunción *“no puede ser de aquellas conocidas como juris et de jure, es decir, que no admiten prueba en contrario, porque el carácter democrático y social del Estado de derecho, basado, ante todo, en el respeto a la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), así lo impone, en tanto tal especie de presunción significa desconocer la de inocencia y los derechos de defensa y contradicción”*.

“Al contrario, al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro. En otro lenguaje, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela”³ (subrayas fuera de texto).

De lo anterior razonable es concluir que, contrario a lo expuesto por la doctrina tradicional que entendía que en los delitos de peligro presunto se suponía de derecho la antijuridicidad de la conducta, lo cierto es que ahora, respecto de tales comportamientos no basta con realizar simple y llanamente el proceso de adecuación típica de la conducta para

³ Sentencia del 15 de septiembre de 2004. Rad. 21064.



luego dar por presupuesta su antijuridicidad, pues siempre se impone verificar si en el caso concreto tal presunción legal es desvirtuada por alguna prueba en contrario, dado que de ser ello así, el comportamiento no deviene antijurídico y sin tal categoría dogmática, la conducta no configuraría delito.

(ii) Delitos de peligro concreto o demostrable. En estos, es menester que se demuestre la efectiva ocurrencia del peligro para el bien jurídico protegido. Entre ellos se encuentra v.gr. el incendio establecido en el artículo 350 de la Ley 599 de 2000, el cual requiere que la conducta de prender fuego en cosa mueble se produzca “*con peligro común*”, por manera que se debe demostrar que se ha creado con la referida conducta un riesgo para la colectividad.

1.3. La culpabilidad

Como tercera categoría dogmática, la culpabilidad apunta a individualizar el juicio de reproche judicial que se concreta en quien teniendo capacidad para discernir o conocer los hechos constitutivos de infracción a la ley penal y pudiendo actuar de manera diversa y conforme a derecho, decide vulnerar sin justa causa bienes jurídicos tutelados por el Estado.

2. El delito de tráfico de migrantes

Los movimientos migratorios a gran escala han aumentado ostensiblemente en las dos últimas décadas, al punto que se afirma estadísticamente que en la actualidad cerca de “*150 millones de mujeres, hombres y aun niños, que*



representan alrededor del 3% de la población mundial, han abandonado su suelo natal y viven como extraños en el país en que residen"⁴.

La exclusión social y económica, las mejores oportunidades reales o supuestas que brindan los países más desarrollados, los conflictos armados internos, los desastres naturales y los efectos de la globalización, se erigen como algunas de las causas que han determinado el incremento de los procesos migratorios, todo lo cual ha impuesto a la comunidad internacional reaccionar con el propósito de evitar abusos y desmanes por parte de la criminalidad que encuentra en las personas migrantes el caldo de cultivo para sus ilícitos fines.

Entonces, la respuesta internacional a la criminalidad que recae sobre los migrantes se ha concretado en la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional firmada en Palermo en el 2000 y los dos protocolos del mismo año, esto es, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire⁵.

En el ámbito nacional el delito de tráfico de migrantes se encuentra ubicado sistemáticamente en el Capítulo Quinto que trata "*de los delitos contra la autonomía personal*", el cual a la postre hace parte del Título III del Libro 2º de la Ley 599 de 2000,

⁴ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Conferencia mundial contra el racismo. Durban. África. 7 de septiembre de 2001.

⁵ Los dos primeros instrumentos internacionales fueron aprobados mediante Ley 800 de 2003.



que se ocupa de los “*delitos contra la libertad individual y otras garantías*”.

De acuerdo con el artículo 188 de la referida legislación, modificado por el artículo 1º de la Ley 747 de 2002, incurre en tal delito quien “*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 o otra persona*”.

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

En el ámbito de la tipicidad resulta indiferente, no así en cuanto corresponde a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado o a la intensidad del dolo, si el ingreso ilegal al país tiene por objeto trasladar a los migrantes a otro Estado o procurar que se radiquen en el territorio patrio.



Además, el legislador dispuso un ingrediente subjetivo que debe concurrir en el traficante de migrantes, cual es, el de que se actúe “*con el ánimo de lucrarse*” o de obtener “*otro provecho para si o (sic) otra persona*”.

Tampoco tiene importancia en sede de tipicidad de la conducta si el migrante consiente en su ingreso o salida ilegal del país, ni aún, si es quien decididamente procura entrar o salir del Estado en tales condiciones, pues ello en nada desvirtúa el peligro al que se verá expuesto al estar en un territorio diverso al nacional sin contar con las exigencias dispuestas para una permanencia ilegal allí.

Sin lugar a dudas, se trata de un delito pluriofensivo, pues si bien el legislador presume que se pone en peligro la autonomía y libertad del individuo traficado, lo cierto es que también atenta contra la soberanía del Estado, en cuanto comporta violación de las normas legales que regulan el ingreso al país y salida del mismo. No obstante, el legislador colombiano en ejercicio de la facultad de configuración enmarcada dentro de una especial política criminal, en tratándose del tráfico de migrantes dio prevalencia al bien jurídico de la autonomía personal.

Ahora bien, en punto de la antijuridicidad del delito analizado, encuentra la Sala que se trata de uno de los delitos denominados de peligro presunto, en la medida en que el legislador supone el peligro para el bien jurídico de la autonomía personal del migrante. No obstante, como ya se advirtió en precedencia, tal presunción no puede ser *juris et de*



jure sino que siempre será *juris tantum*, es decir, no corresponde a una presunción de derecho, sino a una presunción legal que por ser tal admite prueba en contrario y que, en punto de la ponderación de la antijuridicidad de la conducta, impone su verificación en cada caso concreto.

Lo anterior es así, dado que 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.

Al respecto, según la Organización Internacional para las Migraciones, *“los migrantes ilegales se convierten cada vez más en chivos expiatorios de todo tipo de problemas internos que hoy aquejan a diversas sociedades, en particular el desempleo, la delincuencia, las drogas e, inclusive, el*



*terrorismo*⁶. A su vez, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, observa que se adopta esa actitud especialmente “*en el caso de numerosos migrantes indocumentados o en situación irregular, incluidas las víctimas de la trata de personas, que son vulnerables a las violaciones de sus derechos humanos*”⁷.

Sobre el particular el Senador Ponente del proyecto que culminó con la Ley 747 de 2002 precisó en la ponencia para primer debate en el Senado de la República, lo siguiente:

“Este proyecto llena el vacío que existe en nuestra legislación, la trata de personas y el tráfico de migrantes que azota nuestro diario vivir. Es un delito que cada día viene en aumento en el mundo criminal (...) No podemos seguir de espaldas a una realidad diaria de nuestros compatriotas que son explotados, esclavizados, discriminados en distintas formas y que son un objeto más de exportación. El proyecto va más allá de un control de emigrantes del país, quiere proteger a los colombianos de todas formas de esclavitud, de servidumbre y de trata excluyente y discriminada, tanto aquí en Colombia como en el extranjero”⁸ (subrayas fuera de texto).

⁶ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Conferencia mundial... Ob. cit.

⁷ RODRIGUEZ PIZARRO Gabriela. Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes. 2001

⁸ MARTÍNEZ BETANCOURT Darío. Ponencia para primer debate en el Senado al Proyecto de Ley 190 de 2001. 17 de junio de 2002.



En suma, no hay duda que por tratarse de un delito de peligro presunto, su antijuridicidad corresponde evaluarla ponderando en cada caso concreto si la autonomía personal, como bien jurídico protegido, se colocó o no de manera efectiva en peligro.

Ahora bien, dado que por virtud de la Ley 747 de 2002 se adicionó el artículo 188 de la Ley 599 de 2000 en el sentido de crear un artículo 188A, en el cual se tipificó el delito de trata de personas, oportuno resulta fijar las semejanzas y diferencias entre esta conducta y el tráfico de migrantes, en cuanto es frecuente que se los confunda, como a continuación se procede.

Los referidos comportamientos pueden ser realizados por un solo individuo, tratante o traficante, respectivamente. En los dos delitos, el sujeto activo pretende un beneficio económico o de otra índole, para sí o para un tercero.

No obstante, el momento consumativo de los mencionados delitos es diverso, pues en el tráfico ilícito de migrantes la consumación se presenta cuando el migrante es ingresado al territorio nacional o egresado del mismo de manera irregular, mientras que en el delito de trata de personas, la consumación tiene lugar cuando se traslada al individuo dentro del territorio nacional o al exterior recurriendo a cualquier forma de violencia.



Por lo anterior, se tiene que el delito de tráfico de migrantes es instantáneo, en tanto que el de trata de personas es de carácter permanente en la medida en que se prolonga durante el tiempo que la víctima permanezca en situación de sometimiento al autor del comportamiento, esto es, mientras dure la explotación.

En cuanto se refiere al ámbito espacial, el delito de tráfico de migrantes supone necesariamente un contexto internacional en el cual se cruzan fronteras, es decir, por lo menos un país al que se ingresa o de donde se sale sin el cumplimiento de los requisitos legales. El delito de trata de personas puede efectuarse también en el ámbito internacional, pero puede ocurrir dentro del territorio nacional, como cuando una persona es trasladada a otra región o ciudad dentro del mismo país.

El objetivo del tráfico de migrantes se concreta en el ingreso o salida ilegal de estos de un país. El propósito de la trata de personas se circunscribe a conseguir la explotación de las víctimas.

3. El caso objeto de estudio

Precisadas las características del delito de tráfico de migrantes, así como sus semejanzas y diferencias con la conducta punible de trata de personas, en cuanto interesa para la solución del asunto, la Sala encuentra que no asiste razón al casacionista en su planteamiento orientado a que se reconozca con los efectos jurídicos consecuentes que la conducta



de *DUHAMEL GONZÁLEZ* se les expuso a ser privados de su libertad, procesados y condenados por parte de las autoridades de Méjico, no sólo por ingresar a dicho país ilegalmente, sino por utilizar para tal fin documentos de identificación falsos, circunstancias estas que precisamente son las que el legislador intenta evitar con la sanción del delito de tráfico de migrantes.

También fueron expuestos, según surge de autos, a que se los devolviera a su país de origen, como en efecto ocurrió, todo ello en cuanto se refiere a peligros específicos para el mencionado bien jurídico y sin tener en cuenta, de conformidad con las claras exigencias jurisprudenciales de esta Sala en punto de los delitos de peligro presunto, aquellos riesgos que corrió su libertad al poder caer en manos de tratantes de personas, como atrás se dijo.

Es por ello que sin dificultad se llega a la razonable conclusión de que la conducta realizada por *DUHAMEL GONZÁLEZ*, de registrar el 13 de febrero de 2005 a los colombianos *Alfredo Mancera Cardona*, *Lilia Olarte Alzate* y al menor *Juan Sebastián Mancera Olarte* como extranjeros procedentes de Méjico, en el puesto de inmigración del Departamento Administrativo de Seguridad DAS ubicado en el Aeropuerto El Dorado, con el propósito de que tres días más tarde pudieran superar los controles migratorios y salir de Colombia con destino al mencionado país, de donde fueron devueltos al descubrirse su falsa identidad, corresponde a un comportamiento típico (artículo 188 de la Ley 599 de 2000), en cuanto facilitó y colaboró en la salida de tales personas del país



sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el fin de obtener como beneficio un pago por la suma de diez mil quinientos dólares (U\$10.500).

Si, además de ello, se advierte que el proceder del procesado se produjo de manera consciente y aprovechando para ello su condición de funcionario del mencionado ente administrativo de seguridad, amén de su especial ubicación en el puesto de migración localizado en el referido aeropuerto, no hay duda que su conducta en punto del tipo subjetivo correspondió a un proceder doloso.

De otra parte, si como ya se dijo, tal comportamiento puso en peligro de manera efectiva el bien jurídico de la autonomía personal de la familia *Mancera*, es evidente que del mismo puede predicarse su antijuridicidad tanto formal, en cuanto contrarió el ordenamiento jurídico, como material, dado que la autonomía personal de los miembros de la familia *Mancera* fue expuesta de manera cierta a múltiples peligros tales como ser privados de su libertad en Méjico, pero se concretó en su devolución a Colombia.

Si además de lo expuesto se encuentra acreditado que *DUHAMEL GONZÁLEZ* voluntariamente acordó con *Alfredo Mancera* a cambio de diez mil quinientos dólares (U\$10.500) colocar a los pasaportes de éste, su esposa y su hijo los sellos de ingreso al país a fin de que días después pudieran utilizar



tales documentos falsos para salir de Colombia e ingresar ilegalmente a Méjico, no hay duda que decidió libremente cometer la citada conducta, esto es, actuó con culpabilidad.

En suma, considera la Sala que la conducta por la cual se acusó y condenó durante las instancias a *DUHAMEL GONZÁLEZ LEÓN* es típica, antijurídica y culpable, motivo por el cual resultaba imperativo legalmente imponerle la condigna sanción penal, previa declaratoria de responsabilidad.

Ahora bien, como el defensor de *DUHAMEL GONZÁLEZ LEÓN* manifiesta que su procurado no cometió el delito de tráfico de migrantes, pues la familia *Mancera* no podría tener simultáneamente la condición de sujeto activo y pasivo del mencionado comportamiento delictivo, estima la Sala que tal planteamiento no se orienta de manera alguna a desvirtuar la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad de la conducta por la cual se acusó y condenó al inculcado.

En efecto, si la responsabilidad penal es de carácter individual y si el objeto de este diligenciamiento se circunscribe a establecer si *DUHAMEL GONZÁLEZ* es responsable por la comisión de los delitos objeto de acusación, sin dificultad se advierte que respecto de la conducta de tráfico de migrantes la familia *Mancera* tiene la condición de sujeto pasivo, dado que



sus integrantes son titulares del bien jurídico objeto de protección penal, esto es, la autonomía personal.

Si en otro averiguatorio se procesa a la familia *Mancera* por el delito de tráfico de migrantes, tal situación en nada interfiere o afecta la declaración de responsabilidad penal de *DUHAMEL GONZÁLEZ* dentro de esta actuación, esto es, carece de virtud para declarar que éste no cometió el referido comportamiento delictivo, como lo pretende su defensor.

Dado que también el demandante – en postura avalada por la Delegada del Ministerio Público – aduce que su asistido se limitó a apoyar, complacer y colaborar con la intención de *Alfredo Mancera* de viajar con su familia a Méjico, por lo cual no pudo haber vulnerado el bien jurídico de la autonomía personal, baste señalar que el consentimiento de la persona traficada carece de trascendencia alguna en la configuración del delito, como a espacio se indicó párrafos atrás, pues lo que se procura proteger es precisamente, que bien sea con el consentimiento del traficado o sin él, no se lo exponga a peligros evidentes al permanecer de manera ilícita en un país extraño, según lo ha establecido ampliamente la experiencia de la comunidad internacional.

Es decir, el celo del legislador en la protección de los migrantes dada la muy segura exposición al peligro de su



autonomía personal en otro país al que han ingresado ilegalmente, descarta la posibilidad de excluir la antijuridicidad de tal conducta con base en el consentimiento de la persona traficada, más aún, si las experiencias recientes de la comunidad internacional permiten advertir los vejámenes a que se han visto sometidos migrantes ilegales que voluntariamente procuraron su ingreso a otro país diferente al suyo, precisamente en razón de tal situación de ilegalidad que a la postre les impide acudir a las autoridades a fin de obtener la correspondiente protección de sus derechos.

En atención a que el censor también argumenta que si bien el delito por el que se procede es pluriofensivo, es necesario verificar si se quebrantó el interés jurídico de la autonomía personal, razonable resulta señalar que, en efecto, la Sala logró establecer que en el caso de la especie sí se puso en peligro de manera efectiva el mencionado bien jurídico, según clara precisión que al efecto se incluyó como resultado del análisis sobre el particular.

Además, como a manera de argumento final orientado a sugerir la casación parcial del fallo impugnado, la Delegada manifiesta que si en los tipos penales que protegen el bien jurídico de la autonomía personal las víctimas son violentadas en su voluntad, el delito de tráfico de migrantes no sería la excepción, observa la Sala que tal planteamiento debe ser ponderado de conformidad con la naturaleza que en sede de



antijuridicidad corresponda a cada uno de los delitos que protegen la autonomía personal.

En efecto, la antijuridicidad de los delitos de tortura, desplazamiento forzado, constreñimiento ilegal, fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas y trata de personas, conlleva la lesión efectiva del bien jurídicamente tutelado de la autonomía personal, es decir, no corresponden a delitos de peligro (presunto o demostrable), sino a comportamientos de lesión en los cuales el bien jurídico es quebrantado.

Asunto diverso ocurre con el delito de tráfico de migrantes, el cual, como ya se ha expuesto en detalle, es un delito de peligro presunto, es decir, que basta para estimar satisfecha su antijuridicidad con que el bien jurídico de la autonomía personal se vea efectivamente amenazado o en peligro, sin que sea necesario su quebranto.

Aquí es oportuno reiterar que en este asunto, la autonomía personal de los miembros de la familia *Mancera* sí fue puesta en peligro efectivo, pues se les expuso a ser privados de su libertad, procesados y condenados por parte de las autoridades de Méjico, no sólo por ingresar a dicho país ilegalmente, sino por utilizar documentos de identificación falsos, amén de que fueron devueltos a su país de origen.



Así las cosas, considera la Sala que el argumento de la Delegada no es de recibo, en atención a que, a diferencia de los demás delitos que se ocupan del bien jurídico de la autonomía personal, el delito de tráfico de migrantes es un comportamiento de peligro y por ello, no implica violentar la voluntad de la persona traficada, pues se configura aún con su consentimiento sobre el particular.

Lo dicho en precedencia constituye razón suficiente para llegar a la conclusión de que el cargo postulado y desarrollado por el recurrente no está llamado a prosperar, lo que conlleva a anunciar que no se dispondrá la casación del fallo atacado.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Excusa justificada

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria