Respecto al delito de tráfico ilícito de migrantes

SUMILLA. La estructura típica del delito de tráfico ilícito de migrantes describe una serie de verbos (promover, favorecer, financiar y facilitar) los mismos que deben estar dirigidos a la entrada o salida en forma ilegal del país. Es decir que la conducta y la intención del agente deben concretarse en acciones específicas dirigidas a conseguir el ingreso o salida ilegal del país nacional y/o extranjero; todo ello con el fin de obtener una ventaja patrimonial u otro beneficio indebido.

Lima, seis de mayo de dos mil diecinueve

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por la encausada HAYDÉ ISABEL ROJAS SALAZAR y el representante del Ministerio Público contra la sentencia del cinco de enero de dos mil dieciocho, en el extremo que condenó a HAYDÉ ISABEL ROJAS SALAZAR como autora del delito contra el patrimonio-estafa, en perjuicio de Bernardo Juan Castañeda Arias; y contra el orden migratorio-tráfico ilícito de migrantes, en perjuicio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años; inhabilitación por el mismo término de la pena, conforme con los incisos uno al cinco, del artículo 36, del Código Penal; fijaron en mil quinientos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar la sentenciada, sin perjuicio de devolver el monto total del dinero indebidamente apropiado. Con lo expuesto en el dictamen del fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema Barrios Alvarado.

CONSIDERANDO

PRIMERO. Agravios planteados. La defensa de la encausada Hayde Isabel Rojas Salazar solicita, en su recurso impugnatorio, la nulidad del fallo condenatorio y la absolución de los cargos formulados en su contra. Como agravio sostiene que se incurrió en una indebida

valoración del caudal probatorio, en ese sentido, cuestiona que no se haya considerado que no realizó ninguna acción ilegal para favorecer el ingreso del agraviado a la República de Italia. Agrega que su accionar se circunscribió a la venta de *tours* a la India que incluía los pasajes aéreos, pues en dicho país no se requería visa para su ingreso, viaje que el mismo agraviado reconoció que efectuó. Añade que fue error del agraviado el intentar ingresar a España, circunstancia que generó su retornó a Perú. Acota que en ningún momento le ofreció algún tipo de empleo en Italia, puesto que ello no era su función, sino la de ofrecer paquetes turísticos al exterior. Finalmente, advierte que el delito de estafa a la fecha se encuentra prescrita; por lo que solicita la extinción de la acción penal.

A su turno, el fiscal superior solicita, en su recurso impugnatorio, que se incremente la pena y el monto de la reparación civil impuesta a la imputada Haydé Isabel Rojas Salazar. Como agravio sostiene que al momento de fijar dichos extremos no se consideró la modalidad empleada para sorprender al agraviado, que en este caso se utilizó una agencia de viajes como fachada para alcanzar su cometido criminal; agrega que tampoco se valoró que la cantidad de dinero entregada por el agraviado resulta considerable, la misma que no pudo recuperar. Advierte que la referida imputada registra antecedentes por la misma modalidad delictiva, lo que revela que, bajo dicha actividad ilícita, pretende procurarse de ingresos económicos.

SEGUNDO. Marco incriminatorio. De la acusación fiscal escrita se desprende que los encausados HAYDÉ ISABEL ROJAS SALAZAR, Juan Manuel Rojas Mosqueira, Eduardo Palomino Ramos y Julio Pacheco Álvarez, utilizaron la Agencia de Viajes y Turismo R & R Travel Service E. I. R. L., representada legalmente por el referido imputado Rojas Mosqueira, para inducir en error al agraviado Bernardo Juan Castañeda

Arias, quien desembolsó una suma considerable de dinero en moneda extranjera. Previamente, el referido Pacheco Álvarez contactó a su coimputado Palomino Ramos para que se reúna con la víctima y lo ayude con su viaje a la República de Italia. Es así que, en una reunión, el referido Palomino Ramos recibió de parte del agraviado la suma de siete mil dólares americanos, a cambio de ayudarlo con su viaje, quedando en reunirse el veintitrés de febrero de dos mil nueve en la agencia de viajes para coordinar el trámite del mismo, lugar donde se entrevistó con la imputada HAYDÉ ISABEL ROJAS SALAZAR, a quien el referido Palomino Ramos le entregó la suma de siete mil dólares americanos, a cambio esta le extendió al agraviado un comprobante de pago por dicha suma de dinero y bajo la consignación de cancelación del *tour*.

Finalmente, el once de marzo de dos mil nueve el agraviado emprende el viaje por la ruta señalada por la acusada Rojas Salazar; sin embargo, al llegar a Madrid, personal de migraciones de dicho país revisaron su documentación y al advertir que no contaba con la visa de tránsito para permanecer en España fue retornado a Lima, previa escala en Caracas.

Luego, el agraviado se dirigió a la agencia de viajes para efectuar el reclamo respectivo; sin embargo, la referida acusada Rojas Salazar para calmarlo le indicó que debían renovar la documentación para que pueda volver a viajar, pero antes debía reembolsar la suma de dos mil dólares americanos para que pueda ingresar directamente a Italia con contrato de trabajo, suma que el agraviado cumplió con entregar, a cambio se le expidieron los comprobantes números 002355 y 002356; sin embargo, a la fecha no obtuvo el pasaporte correspondiente ni la devolución de su dinero pese de haberlo requerido notarialmente el diecinueve de octubre de dos mil nueve. Asimismo, los encausados a fin de ocultar utilizaron nombres que no le corresponden con el objeto de

incurrir en sus actividades ilícitas, logrando determinar que la procesada Rojas Salazar se hacía llamar Isabel Rojas Mosqueira y su coacusado Eduardo Palomino Ramos.

FUNDAMENTOS

TERCERO. Antecedentes. La sentencia recurrida declaró probado que la encausada Haydé Isabel Rojas Salazar, mediante engaño y astucia, logró apropiarse, de forma indebida, de la suma de nueve mil dólares americanos, monto entregado por el agraviado Bernardo Juan Castañeda Arias, a cambio de que la imputada, mediante su empresa (agencia de viaje), logre desplazarlo hasta la República de Italia, donde pretendía residir con un contrato de trabajo.

3.1. El juicio de condena de la referida Rojas Salazar, según los fundamentos de la sentencia, se asienta sobre la base de la sindicación del agraviado Bernardo Juan Castañeda Arias, prueba de cargo valida con entidad suficiente para revertir la presunción de inocencia que asiste a la imputada, pues señala que cumplió con las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario N.° 02-2005/CJ-116.

3.2. En ese sentido, resalta que el agraviado, desde su denuncia policial, fue enfático en describir las circunstancias que rodearon el evento delictivo, pues narró como mediante engaños desembolsó una considerable suma de dinero, en moneda extranjera, a favor de la imputada Rojas Salazar, quien se presentó como representante de la agencia de viajes R & R Travel Service E. I. R. L., la misma que se encargaría de hacerlo ingresar a la República de Italia; no obstante, no logró su objetivo ni recuperar el dinero invertido; imputación que le enrostró, ante el plenario, en la diligencia de confrontación, con lo que se cumple con la garantía de la persistencia.

3.3. De la misma forma, señala que la sindicación cumple con el aspecto subjetivo, pues se descarta que la denuncia en contra de la

imputada tenga algún ánimo de revancha o venganza, pues previo a los hechos ambos no mantenían ningún tipo de amistad o enemistad.

3.4. Finalmente, sostiene que dicha incriminación se corrobora con la declaración del coencausado Juan Manuel Rojas Mosqueria, quien afirmó que la recurrente era la gerente general de la referida agencia de viajes, y se encargaba de la venta de pasajes aéreos y trámites relacionados los viajes; igualmente, la declaración de Eduardo Palomino Ramos, quien presenció la entrega del dinero a la sentencia por parte del agraviado.

CUARTO. Sobre el delito de tráfico de migrantes. El bien jurídico protegido en este delito es el orden migratorio del país, entendido en una doble dimensión, la primera, el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que estos sean aprovechados por grupos criminales y, por otro lado, evitar situaciones que atenten contra los derechos y seguridad de las personas. Este delito no castiga a la persona que sale o entra del país, sino a aquella que de cualquier manera lo hace posible de manera ilegal[1].

4.1. En ese sentido, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrante por Tierra, Mar y Aire, del año dos mil, en su artículo tercero, literal a, define que el tráfico ilícito de migrantes, es entendido 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 de orden material[2].

4.2. Según la sentencia los hechos declarados probados configuran, en concurso ideal, los delitos de tráfico ilícito de migrantes y estafa, previstos en el artículo 303-A, concordado con las agravantes previstas

[1] García Cantizano, M. C.; El nuevo delito de tráfico ilícito de personas, cit., p. 60.
[2] http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/18645/18979

en los incisos segundo y quinto del artículo 303-B y el artículo 196 del Código Penal, respectivamente.

4.3. En el caso, del delito de tráfico ilícito de migrantes, se encuentra regulado en el artículo 303-A del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28950, del dieciséis de enero de dos mil siete, el cual establece lo siguiente:

> **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.

Con sus agravantes incisos segundo y quinto, del artículo 303-B, del mismo cuerpo legal, que señala lo siguiente:

> **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 con el artículo 36, incisos 1, 2, 3, 4 y 5, del Código Penal, cuando […]:
> 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.
> 5. El hecho es cometido por dos o más personas.

4.4. La estructura típica del delito de tráfico ilícito de migrantes describe una serie de verbos (promover, favorecer, financiar y facilitar), los mismos que deben estar dirigidos a la entrada o salida en forma ilegal del país. Es decir que la conducta y la intención del agente deben concretarse en acciones específicas dirigidas a conseguir el ingreso o salida ilegal del país nacional y/o extranjero, todo ello con el fin de obtener una ventaja patrimonial u otro beneficio indebido. Asimismo, según la doctrina, lo que se persigue al tipificar como delito el tráfico ilícito de personas es reprimir la actividad de aquellas personas que facilitan y/o promueven el cruce ilegal de personas por la frontera de un país, con el propósito de obtener un beneficio económico; es decir, se

persigue la actividad de aquellos que lucran con la necesidad migratoria del emigrante. Igualmente, este tipo penal exige el dolo, pues resulta necesario que el agente sea consciente de la realización típica.

4.5. En el presente caso, no se advierte que la encausada Haydé Isabel Rojas Salazar haya realizado alguna acción dirigida a buscar la entrada ilegal del agraviado en la República de Italia, pues más allá, de sus promesas y la compra de los pasajes a la India, no gestionó ningún documento ni adulteró información (contrato de trabajo, cartas de invitación del país de destino, falsificación de sellos, timbres, visas falsas, suplantación de identidades, etc.), que ponga en evidencia la real intención de coadyuvar o facilitar la entrada ilegal del agraviado en el referido país extranjero.

4.6. En efecto, la misma víctima en sus declaraciones afirmó que él mismo tramitó su pasaporte y visa (este último expedida por la Embajada de la India en Perú) con la ayuda y/o asesoría de la ahora sentenciada Rojas Salazar; por lo que es un hecho probado que este abandonó el país de forma legal y se descarta que haya burlado los controles migratorios nacionales. Asimismo, si bien las autoridades españolas ordenaron su retorno al país, debido a que no contaba con la visa de tránsito (visa Schengen), según el propio agraviado, la finalidad de la entrega del dinero y la supuesta gestión que realizó la imputada no estaba dirigido para su ingreso y permanencia en territorio español, sino que solo era un punto de conexión hacia su destino que era la India, país del cual sí contaba con la visa respectiva.

4.7. En esa misma línea, sobre su ingreso a Italia, el agraviado indicó que la imputada le aseguró que al llegar a la India lo iba a contactar una tercera persona, quien lo llevaría hasta un hotel y, luego, esta misma persona, lo ayudaría a ingresar a territorio italiano; no obstante, la imputada no le proporcionó la identidad de esta persona, ni menos le

entregó algún documento que sirva para burlar los controles migratorios del referido país extranjero; por el contrario, el mismo agraviado indicó que sus familiares en dicho país le iban a enviar un contrato de trabajo que pretendía utilizar para ingresar a Italia; y si bien al retornar al Perú, luego de su viaje fallido, la imputada se comprometió a extenderle una carta de trabajo para facilitar su entrada al país extranjero; sin embargo, el mismo agraviado afirmó que esta no cumplió con entregarle dicho documento ni con devolverle el dinero invertido.

4.8. De lo expuesto, no se advierte que la encausada haya tenido la real intención de lograr el ingreso ilegal del agraviado a territorio italiano o español, pues no desplegó alguna actividad ilegal dirigida a dicho fin, sino que está, aprovechando el giro comercial de la empresa que representaba, sorprendió e hizo incurrir en error a la víctima, a efectos de procurarse una ventaja económica indebida, incurriendo en otro ilícito penal diferente del trafico ilícito de migrantes; por lo que no se cumple con los elementos objetivos de este delito, en ese sentido, corresponde su absolución.

QUINTO. Respecto al delito de estafa. La defensa de la encausada solicita en sus agravios que se verifique si la acción penal por el referido delito aún se encuentra vigente. En ese sentido, cabe recordar que el *ius puniendi* estatal, frente a comportamientos que lesionan o ponen en peligro los más preciados bienes jurídicos, no es ilimitado sino, por el contrario, está determinado por ciertas condiciones, como el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito, el mismo que de verificarse en la realidad impide que el Estado despliegue su actividad persecutoria y sancionadora contra quienes quebranten las normas jurídico penales.

5.1. Por los hechos atribuidos a la encausada Hayde Isabel Rojas Salazar se le imputa el delito de estafa, previsto en el artículo 196 del Código

Penal, el mismo que sanciona con una pena no menor de uno ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad.

5.2. El artículo 80 del Código Penal, prescribe que el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad; y su plazo extraordinario opera conforme con la parte *in fine* del artículo 83 del precitado cuerpo legal, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. Así, pues, el plazo ordinario de prescripción, en este caso, sería de seis años, y el extraordinario se amplía hasta los ocho años.

5.3. Para efectos del cómputo del plazo prescriptorio se considera que el delito imputado es de comisión instantánea; por lo que el plazo comienza a partir del día en que se consumió el delito. En este caso, corresponde al veintitrés de febrero de dos mil nueve, fecha en que el agraviado hizo entrega del dinero a los encausados. En ese sentido, el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal venció el veintitrés de febrero de dos mil diecisiete; por lo que corresponde de oficio declarar fundada la excepción de prescripción de la acción penal y, por ende, extinguida la acción penal.

DECISIÓN

Fundamentos por los cuales, declararon:

I. HABER NULIDAD en la sentencia del cinco de enero de dos mil dieciocho, en el extremo que condenó a HAYDÉ ISABEL ROJAS SALAZAR como autora del delito contra el orden migratorio-tráfico ilícito de migrantes, en perjuicio del Estado; y, reformándola, **ABSOLVIERON** a la referida encausada Rojas Salazar de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra el orden migratorio-tráfico ilícito de migrantes, en perjuicio del Estado. En consecuencia: **ORDENARON** se

anulen los antecedentes policiales y judiciales de la misma Rojas Salazar generados por estos hechos.

II. De oficio, **FUNDADA** la excepción de prescripción de la acción penal a favor de Haydé Isabel Rojas Salazar; en consecuencia, extinguida la acción penal incoada en su contra, por el delito contra el patrimonio-estafa, en perjuicio de Bernardo Juan Castañeda Arias. **MANDARON**: se anulen los antecedentes generados como consecuencia del presente proceso y se archiven definitivamente los de la materia. Hágase saber a las partes apersonadas en esta sede suprema, y los devolvieron.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

EBA/wcpm