

**Defensa
Pública**



**Selección
y Capacitación**

**CONSIDERACIONES SUSTANTIVAS
Y RECOMENDACIONES PRÁCTICAS
EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE
NO PENALIZACIÓN POR ENTRADA ILEGAL
DE PERSONAS REFUGIADAS Y DE NO
CRIMINALIZACIÓN DE PERSONAS
MIGRANTES OBJETO DE TRÁFICO**

Defensa Pública de Costa Rica

Morales Jiménez, Juan Carlos (coordinador)
Campos Cerdas, Marcela
González Salas, Marco Vinicio
Gutiérrez Sancho, Angélica
Vega Quesada, Karol

2017

341.77

C755c Consideraciones sustantivas y recomendaciones prácticas en relación con los principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico / Coordinado por Juan Carlos Morales Jiménez; en colaboración con Marcela Campos Cerdas; Marco Vinicio González Salas; Angélica Gutiérrez Sancho; Karol Vega Quesada — 1ª ed. — San José, C.R.: Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas, 2017.

73 p. (Documento digital; pdf; 6 Mb)

ISBN 978-9930-552-04-9

1. Derecho penal internacional 2. Derechos humanos 3. Personas Migrantes I. Morales Jiménez, Juan Carlos, coord. II. Campos Cerdas, Marcela III. González Salas, Marco Vinicio IV. Gutiérrez Sancho, Angélica V. Vega Quesada, Karol



Tabla de contenidos

Introducción	5
Sección I. Examen de la forma en la que el principio de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas puede ser analizado desde la perspectiva del Derecho Penal sustantivo en Costa Rica, con especial énfasis en la teoría del delito.	6
1. Preámbulo.	6
2. Particularidades de la legislación costarricense y de la normativa internacional sobre la definición de la condición de refugiado y sus aspectos circundantes.	6
3. El tratamiento del principio de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas desde la teoría del delito.	12
3.1. La entrada ilegal de una persona refugiada o que busca esa condición, como una causa de justificación.	12
3.2. Posibilidades de visualizar el principio analizado como una causa de exculpación.	14
3.3. Viabilidad de la tesis de la causa personal de exclusión de la penalidad.	14
3.4. Tipos penales específicos que podrían constituir potenciales delitos de personas refugiadas para ingresar o permanecer en el país.	15
3.5. Criterios jurisprudenciales en Costa Rica.	17
Sección II. Determinación de las implicaciones del principio de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico, contemplado en el numeral 5 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, desde el punto de vista de la teoría del delito.	19
1. Preámbulo.	19
2. La persona migrante en condición irregular y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia.	19
3. La conducta de la persona migrante objeto de tráfico amparada como causa de exculpación.	22
4. El artículo 5 del Protocolo contra el tráfico como una causa personal de exclusión de la penalidad.	22
5. Estado de necesidad justificante.	25
Sección III. Análisis de los principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y de no criminalización de migrantes objeto de tráfico, a la luz de los criterios de la autoría y participación.	27
1. Preámbulo.	27
2. Análisis de algunos criterios de autoría y participación en relación con los principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y no criminalización de migrantes objeto de tráfico.	27
3. Criminalización en relación con documentos de identidad o de viaje falsos.	28
4. Exención de responsabilidad penal en caso de personas solicitantes de asilo.	29
Sección IV. Análisis comparado de la legislación penal que los países de la región han adoptado con respecto a los principios de no penalización de las personas refugiadas y de no criminalización de los migrantes objeto de tráfico.	31
1. Preámbulo.	31
2. Estados suscriptores de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo) y del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.	31
3. Estados parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967.	32
4. Penalización del tráfico ilícito de migrantes en Latinoamérica y vigencia de los principios de no sanción por entrada irregular de personas objeto de tráfico de migrantes y personas solicitantes de refugio.	32
5. Penalización del tráfico ilícito de personas migrantes en la legislación costarricense.	37
6. Consideraciones finales en torno al Derecho comparado.	38

Sección V. Recomendaciones generales para la incorporación de los Principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico, en las estrategias de litigio de las defensoras y los defensores públicos. 39

1. Preámbulo.	39
2. Recomendaciones.	39
2.1. Consideraciones en relación con la detención de la persona.	39
2.2. Importancia de los primeros contactos con la persona imputada.	41
2.3. Análisis de algunas características generales del país origen.	42
2.4. Revisión de normativa y jurisprudencia relacionada con temáticas de refugio y tráfico de personas.	43
2.5. Necesidad de construir una teoría del caso acorde con los principios que son objeto de análisis.	44
2.6. En el caso de personas que buscan un refugio, coordinar con la Fiscalía para que se le permita a la persona imputada ponerse en contacto con la Dirección General de Migración o Extranjería a efectos de plantear su solicitud de asilo.	45
2.7. En el caso de las personas solicitantes de refugio, debe mantenerse la confidencialidad y evitar el contacto con representantes del país de origen.	46
2.8. Cuando de personas migrantes objeto de tráfico se trate y ellas estén interesadas, deben buscarse opciones de coordinación con representantes consulares del país de origen.	48

Conclusión	49
-------------------------	-----------

Bibliografía	50
---------------------------	-----------

Índice de tablas

Tabla 1. Enfoques.	8
Tabla 2. Estados suscriptores de la Convención de Palermo y sus Protocolos.	31
Tabla 3. Estados suscriptores de la Convención de 1951 y su Protocolo.	32
Tabla 4. Temor fundado.	47

Índice de imágenes

Imagen 1. Pantalla de inicio de la página web de ACNUR.	42
Imagen 2. Información sobre el país de origen.	43

Introducción

Los principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico, son dos herramientas fundamentales para un adecuado abordaje de aquellos casos en los que de alguna manera se abren procesos penales o se imponen distintas sanciones, en contra de personas que realmente son víctimas de peligros en sus países o que están sometidas a riesgos frente a grupos criminales organizados dedicados al tráfico de migrantes.

El presente, es un conciso análisis que pretende poner en relieve estos dos principios (uno presente en el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y otro en el numeral 5 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire) a la luz del Derecho Penal y a la vez, ofrecer instrumentos para que las personas que se desempeñan como defensoras y defensores públicos, puedan fortalecer sus competencias con el objetivo de brindar un servicio eficiente y de alta calidad cuando les corresponda participar en litigios que incorporen estos elementos.

Desde el punto de vista de su estructura, este trabajo se divide en cinco secciones, cada una de ellas dedicada a un punto en particular. La primera sección está prioritariamente dirigida al examen del principio de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas, acercándolo a los principales postulados de la teoría del delito y desde el punto de vista de las estrategias de defensa.

La segunda sección también lleva a cabo una correlación con la teoría del delito, pero en esta oportunidad el análisis se centra en el principio de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico, el cual, puede ser visibilizado como un referente para la protección de las personas que por encontrarse bajo el control o sometimiento de grupos criminales organizados, pueden incurrir en delitos con fines migratorios.

La tercera sección pone el acento en algunos criterios de relevancia en lo que atañe a la posibilidad de que las personas refugiadas o las que son objeto de

tráfico ilícito, puedan ser consideradas como autoras –o si hay alguna otra figura de participación– en delitos con fines migratorios, o si por el contrario tal concepción penal debe reconsiderarse.

La sección número cuatro realiza un recorrido sobre la forma en la que diversos países de la región latinoamericana han abordado los principios que son objeto de análisis, centrandó la atención en las características de la legislación y algunos de los principales efectos que estas normas han generado.

Por último, la quinta sección de este trabajo lo que hace, con base en los contenidos desarrollados en las cuatro anteriores, es ofrecer una serie de recomendaciones para que las defensoras y defensores públicos –que constituyen el público meta de este estudio– puedan efectuar una adecuada teoría del caso, erigiendo estrategias caso acorde con el contexto y planteando un litigio que privilegie la aplicación de los principios a los que se ha venido haciendo alusión.

Por la forma en la que se está desarrollando el mundo, los inevitables procesos migratorios que afectan a Costa Rica y a la región y la ineludible necesidad de darle respuestas efectivas a las personas refugiadas y víctimas de tráfico que muchas veces se ven en la obligación de incurrir en actividades ilícitas con tal de entrar, permanecer o salir del país, se promueve, con este breve estudio, que se vuelva la vista hacia dos principios que son fundamentales y máxime cuando en la Defensa Pública se representa o asiste a personas migrantes o refugiadas.

Una aclaración final para evitar confusiones conceptuales, estriba en que en esta indagación no se aborda el tema de la trata de personas y por ello se le debe deslindar del tráfico ilícito de personas migrantes, ya que existen diferencias sustanciales entre estos fenómenos, las cuales se pueden resumir en que en la trata no hay consentimiento sino que más bien hay abusos o engaños, además, hay una explotación persistente y puede darse tanto hacia fuera como a lo interno de cada país, mientras que en el tráfico siempre hay un componente transnacional, termina cuando los migrantes llegan a su destino y aunque se desarrolla en condiciones peligrosas, puede haber consentimiento de las víctimas.

Sección I.

Examen de la forma en la que el principio de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas puede ser analizado desde la perspectiva del Derecho Penal sustantivo en Costa Rica, con especial énfasis en la teoría del delito.

1. Preámbulo.

Durante el transcurso de los años, Costa Rica ha enfrentado procesos migratorios de proporciones importantes, los cuales gradualmente se han visto incrementados debido a las diferentes crisis que han golpeado muchas regiones de América Latina y de otros países alrededor del mundo.

Aspectos como el origen étnico, la ideología, la visión política, la religión y las preferencias sexuales, entre otras, se han convertido en criterios de persecución en diversos espacios geográficos del planeta y ello ha obligado a muchas personas a salir de sus países y cruzar fronteras en busca de seguridad y paz, por lo que Costa Rica se ha convertido no solo en un puente para llegar a otros Estados, sino también en un receptáculo de personas refugiadas.

Precisamente en respuesta a la situación antes descrita y a una problemática internacional que se ha venido profundizando a partir de las guerras mundiales del Siglo XX, es que Costa Rica, en resguardo de los derechos de las personas migrantes y refugiadas y en aras de acoplarse a las políticas internacionales sobre la materia, ha suscrito diversos instrumentos internacionales que tienen estricto apego con la necesidad de protección de las personas refugiadas y las que son objeto de tráfico ilícito.

Para efectos de este acápite –y del resto del estudio– la normativa internacional en la que se va a centrar la atención, está representada por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que fue adoptada por las Naciones Unidas el 28 de julio de 1951 (en adelante “Convención de 1951”), la cual encuentra complemento en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados que fue suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967 (en adelante “Protocolo”) y en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados,

que fue acogida en el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, efectuado en Cartagena, Colombia, entre el 19 y el 22 de noviembre de 1984 (de ahora en más “Declaración de Cartagena”).

Con respecto a la normativa costarricense, lo referente a las personas refugiadas está principalmente regulado en la Ley General de Migración y Extranjería, n°. 8764 (de ahora en adelante “LGME”) y en el Reglamento de Personas Refugiadas¹ (en adelante “Reglamento”).

En alusión a lo antes señalado, es de interés mencionar que a nivel de normativa penal de fondo y tipología penal, este primer apartado aproxima el análisis a delitos específicos contra la fe pública, como la falsificación de documentos públicos (artículo 366 del Código Penal) y privados (artículo 368 del Código Penal) y en el uso de documento falso (numeral 372 del mismo cuerpo normativo), entre otros, así como en algunas otras descripciones típicas contenidas en la LGME.

2. Particularidades de la legislación costarricense y de la normativa internacional sobre la definición de la condición de refugiado y sus aspectos circundantes.

La LGME, en el artículo 106 remite a los instrumentos internacionales vigentes a efectos de definir los requisitos para obtener la condición de persona refugiada. Aunado a ello, incluye que se entenderá como refugiada a toda persona extranjera a quien la Dirección General de Migración y Extranjería le reconozca tal condición.

Así, según el numeral citado en el párrafo anterior y sus referencias internacionales, se concebirá como refugiada a la persona que:

- Debido a los fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, género, pertenencia a determinado grupo u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera, por causa de dichos temores, acogerse a la protección de tal país.

1 Decreto n°. 36831-G, publicado en la Gaceta n°. 209 del 1 de noviembre del 2011.

- Al carecer de nacionalidad y por hallarse fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o no quiera, por causa de dichos temores, regresar a él.

Esta definición es prácticamente la misma que se contempla en la Convención de 1951 y en el Protocolo; de hecho en el primero de los casos, el capítulo inicial, sobre las disposiciones generales, desarrolla todos los supuestos en los cuales se le otorgará la condición de refugiada a una persona que así lo requiera.

Como ya se adelantó en el preámbulo, esta protección responde precisamente a una serie de eventos a nivel mundial que afectaron a multiplicidad de personas y que obligaron a dictar lineamientos sobre el resguardo y la protección de los derechos humanos de aquellos individuos que por motivos de raza, religión, nacionalidad, preferencia política y demás, son perseguidos en sus países de origen y requieren de la protección de otro Estado.

En este orden de ideas y con el afán de armonizar la normativa nacional con los cuerpos internacionales suscritos, se promulgó en el diario oficial “La Gaceta”, n°. 209, el Reglamento, que nuevamente recopiló el concepto de persona refugiada en el artículo 12, bajo los siguientes términos:

(...) el término refugiado se aplicará a toda persona extranjera a quien la Comisión de Visas *Restringidas y Refugio le reconoce tal condición y que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de nacionalidad o residencia habitual y no pueda o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.*

Como puede apreciarse, es la Comisión de visas restringidas y refugio² quien reconoce la condición de refugio a las personas solicitantes. Este es un punto que debe servir de base para aclarar los alcances o competencias que podría tener un juez penal dentro de esta materia, ya que en ese estrado no se puede otorgar ni definir la condición de refugio.

Ahora bien, el análisis de la condición de persona refugiada está antecedido de una serie de enfoques, que están contenidos en la Convención del 1951 y su respectivo Protocolo y que a su vez están recogidos a nivel costarricense por el Reglamento. Estos enfoques son:

2 Es una dependencia de la Dirección General de Migración y Extranjería.

Tabla 1. Enfoques.

<p>Enfoque diferenciado</p>	<p>Este enfoque –descrito en el artículo 10 del Reglamento³– supone que cuando la Dirección General de Migración y Extranjería recibe una solicitud de refugio debe conocerla de manera particular e independiente a cualquier otra, es decir, por tratarse de diversas situaciones y consideraciones personales de cada uno de los implicados en la gestión de refugio, el análisis debe ser individualizado.</p> <p>En este sentido, la Comisión de visas restringidas y refugio debe, durante todo el proceso, manejar cada caso de forma individual, ajustado a las consideraciones personales del sujeto que la solicita.</p> <p>El enfoque diferenciado permite que cada persona, inclusive apátridas⁴, menores de edad, hombres o mujeres, víctimas de trata de personas, entre otros, sean valorados conforme su condición particular.</p> <p>Cada persona que solicita refugio lo hace por situaciones que está viviendo en un determinado momento, las cuales, aún y cuando procedan de un mismo país, pueden variar en detalles y en peligrosidad, de ahí la importancia de hacer investigaciones para cada caso a efectos de obtener la información más concreta e individualizada posible.</p>
<p>Enfoque de género</p>	<p>El artículo 11 del Reglamento⁵ hace referencia a este enfoque, puesto que responde a la necesidad de realizar el análisis correspondiente respetando las políticas de género que ha promovido el Estado costarricense y tomando en consideración las variables de sexo biológico, identidad y orientación sexual, que resulten importantes al momento de valorar las circunstancias personales de la persona solicitante y las características de su país de origen.</p>

3 Artículo 10. Enfoque diferenciado. En la aplicación de este Reglamento, las autoridades nacionales promoverán y aplicarán un enfoque diferenciado en el tratamiento de los casos partiendo y tomando en cuenta las consideraciones y necesidades individuales de los apátridas, personas menores de edad no acompañados, víctimas de trata, mujeres y hombres víctimas de violencia basada en género, solicitantes de la condición de persona refugiada. Este enfoque deberá permear todas las etapas del procedimiento administrativo sea éste desde el ingreso al país hasta la efectiva integración económica, social, legal y cultural del individuo.

4 Personas que no tienen una nacionalidad definida.

5 Artículo 11. Enfoque de Género. Las Autoridades Migratorias en especial las y los funcionarios destacados en el Subproceso de Refugio están obligadas a aplicar en sus gestiones el Enfoque de Género, el cual se caracteriza por la observancia de la realidad con base en las variables sexo, género y sus manifestaciones en un contexto geográfico, étnico e histórico determinado.

Además de los dos enfoques antes expuestos, es de suma relevancia traer a colación los principios más relevantes que se han establecido dentro del marco del tema que ahora se está abordando. Estos principios son:

- **Principio de confidencialidad**

Este es uno de los principios más importantes para el examen de la solicitud de refugio que se plantea, por lo que está recogido en el artículo 8 del Reglamento⁶.

No se puede pasar por alto que quienes solicitan la condición de refugio, lo hacen porque están inmersos en situaciones de peligro y normalmente hay un alto grado de vulnerabilidad. Estas situaciones de peligro son la que obligan a las autoridades administrativas a obtener la información de la persona solicitante y de su contexto, por mecanismos poco convencionales o a través de informaciones no oficiales, con el fin de mantener la mayor confidencialidad posible.

Violentar este principio podría representar altísimos riesgos para la persona que está buscando la protección estatal o bien, podría generar una problemática entre países. No se debe perder de vista que en la interpretación pragmática de la condición de refugio, la persona se oculta de una persecución, lo que la convierte en un blanco vulnerable en caso de conocerse su solicitud y su ubicación.

Con base en todo lo antes expuesto, no es frecuente que se le requiera directamente información al país de origen de quien solicita el refugio.

- **Principio de no devolución
(*non-refoulement*)**

La no devolución es un principio angular dentro de las políticas del refugio, de ahí que se encuentre previsto de forma directa, no solo en la Convención de 1951, sino también en el Protocolo y en la Declaración de Cartagena. Tiene el objetivo de armonizar y reforzar la importancia de no expulsar ni devolver a una persona en condición de refugio —o solicitante del mismo— hasta tanto no se defina su situación, a las fronteras del país donde su vida o su integridad, pueden correr peligro.

En virtud de lo antes dicho, es factible advertir que la no devolución es un principio infaltable en la normativa relacionada con esta temática y por eso es que está, también, debidamente incorporada en los artículos 39 y 40 del Reglamento nacional⁷.

- **Principio de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas (aplicado a Costa Rica)**

Como pilar de la protección que pretende la Organización de las Naciones Unidas, el principio de no penalización de personas refugiadas por su ingreso ilegal a otro Estado, se encuentra definido en el artículo 31 de la Convención de 1951⁸.

Este es un principio que pretende evitar la penalización, por la eventual comisión de un delito, de una persona que cumpla con los requisitos para la obtención de la condición de refugiada, siempre y

6 Artículo 8. Principio de Confidencialidad. La confidencialidad es el principio rector para el registro y manejo de la información de los solicitantes de la condición de refugiado y de las personas refugiadas declaradas. Encuentra su fundamento en el derecho humano a la intimidad, reconocido en diversos instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica, esencial para garantizar una protección internacional efectiva a las personas refugiadas. La falta de observancia de este principio, puede tener serias repercusiones en materia de protección y de seguridad a las personas refugiadas y solicitantes, sus familiares y personas con las que se le pueda asociar, tanto en Costa Rica como en el país de origen.

7 Artículo 39. Ninguna persona refugiada o solicitante de esta condición pendiente de resolución firme e inapelable, podrá ser expulsado o devuelto al territorio de un país donde su vida, seguridad o libertad plegre por causa de su raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. Lo anterior en virtud del artículo 31 de la Constitución Política de Costa Rica, el artículo 33 de la Convención y los artículos 115 y 116 de la Ley.

Artículo 40. La expulsión de una persona refugiada que se halle legalmente en el territorio nacional únicamente se efectuará por razones de seguridad nacional o de orden público, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. Tal expulsión se verificará en un plazo razonable que permita a la persona refugiada gestionar su admisión legal en otro país. De no ser que se oponga a ello razones imperiosas de seguridad nacional o de orden público, en atención al debido proceso se deberá realizar una audiencia oral confidencial a la persona refugiada, en la cual podrá presentar las pruebas exculpatorias, evaluado el caso se emitirá por parte de la Dirección General, la resolución correspondiente, que de proceder será recurrible ante el órgano competente.

8 Artículo 31. Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio:
Los Estados contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales
(continúa en la siguiente página)

cuando el delito cometido haya sido el medio para tratar de obtener esa condición, por ende, cuando haya sido necesario para facilitar su paso o estadía en un país, con el propósito final de ser admitida como refugiada en este o en otro Estado⁹.

Ahora bien, la frase “no penalizar” debe interpretarse en el sentido de no aplicar cualquier medida cuyo sentido sea punitivo o represivo, ya sea por ejemplo una multa, una sanción administrativa o, peor aún, una privación de libertad.

En este mismo sentido, a partir de casos desarrollados en Europa¹⁰ y en América del Norte¹¹, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha interpretado que el término “sanciones penales”, va dirigido a todas aquellas sanciones administrativas o penales que se le puedan imponer a una persona refugiada –o que potencialmente puede asumir esa condición– y en donde el sustrato de fondo es una pena o un castigo.

Sobre el particular, la Declaración de Cartagena detalla en el inciso c) de su segundo apartado, que es necesario “Establecer los mecanismos internos necesarios para aplicar las disposiciones de la Convención y del Protocolo citados cuando se produzca la adhesión”, lo cual conlleva la verificación y aplicación del principio que ahora se está desarrollando.

Ahora bien, aún y cuando el Protocolo y la Declaración de Cartagena establecen la obligación de ajustar la normativa interna a la Convención de 1951, Costa Rica no recoge de manera expresa este principio en una ley, aunque se puede extraer una mención inferencial en el artículo 110 de la LGME, que señala: “La declaratoria, los derechos y las obligaciones del asilado y el apátrida se regirán por lo dispuesto en los convenios internacionales sobre la materia, debidamente ratificados por Costa Rica, que se encuentren vigentes”.

Esta norma es la referencia legal que puede encontrarse en la legislación costarricense con respecto al principio de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas, sin embargo, su contenido es muy laxo y no hace más que reafirmar, la ya de por sí existente obligación de quienes operan el Derecho, de respetar los convenios y tratados internacionales relacionados con el tema¹².

Ahora, si bien este principio no está contenido a nivel legal, hay una fórmula reglamentaria que trata de recoger sus postulados y es precisamente el artículo 137 del Reglamento, que expresamente señala lo siguiente:

Artículo 137. No se impondrán sanciones penales o administrativas al solicitante de la condición de persona refugiada por motivo de ingreso irregular al país, a condición de que se presente sin demora a las autoridades y alegue causa justificada de su entrada o presencia irregular. La autoridad competente no aplicará otras restricciones de circulación que las necesarias y solamente hasta que se haya regularizado la situación del solicitante en el país. En caso de que se haya incoado causa penal o expediente administrativo por ingreso irregular, estos procedimientos serán suspendidos hasta que se determine por medio de resolución firme e inapelable la condición de persona refugiada del solicitante. En caso de reconocimiento de la condición de persona refugiada los procedimientos administrativos o penales abiertos contra la persona refugiada por motivo de ingreso irregular serán cancelados, si las infracciones cometidas tienen su justificación en las causas que determinaron su reconocimiento como persona refugiada.

Cierto es que no hay una inclusión explícita dentro de una ley costarricense de este principio, pero al menos se cuenta con una aproximación de nivel

Los Estados contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país. Los Estados contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.

9 En resumen, cuando se trate de un delito con fines migratorios.

10 R. vs. Corte de Magistrados de Uxbridge y otro, ex parte Adimi (1999).

11 Van Duzen vs. Canadá (1982).

12 Sobre esto es importante considerar el principio de convencionalidad, desarrollado con medular claridad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en resoluciones como Almonacid Arellano y otros contra Chile (sentencia del 26 de setiembre del 2006), Trabajadores cesados del Congreso contra Perú (sentencia del 30 de noviembre del 2007) y Gelman contra Uruguay (sentencia del 24 de febrero del 2011)

reglamentario. Este es un aspecto, que aunque puede tener efectos positivos al no dejar al margen el criterio de la Convención de 1951, no supe la relevancia de que se pueda hacer una mención explícita del principio bajo análisis, en una ley.

En cualquier caso y más allá del contenido reglamentario, deben traerse a colación algunos presupuestos de interpretación para tratar de complementar la manera en la que puede tener aplicación, como causal directa de extinción de la acción penal¹³, el principio de no penalización por ingreso ilegal de personas refugiadas.

La primera forma de ver lo antes dicho, se relaciona con que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha promovido la aplicación de la convencionalidad y aunque no ha hecho una expresa referencia al principio de no penalización de personas refugiadas por ingreso ilegal, la argumentación que de seguido se transcribe, puede servir como una base de interpretación:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho

la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de setiembre del 2006, pár. 124).

En un sentido muy similar, puede decirse que la jurisprudencia constitucional costarricense ha venido a acordar que los convenios y tratados internacionales tienen vigencia superior a la ley y por ende, la persona juzgadora debe aplicarlos aunque no se cuente con una ley interna que los desarrolle¹⁴. Esto debe relacionarse con el artículo 7¹⁵ de la Constitución Política así como el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública y el artículo 8, en su inciso 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En relación con lo anterior, uno de los primeros precedentes que abordó esta temática fue el voto 1147-1990 de la Sala Constitucional, en el que se detalló que:

(...) tienen, no solo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino, también, un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48.

Así, según esta interpretación jurisprudencial, ciertos cuerpos normativos internacionales sí pueden ser considerados de ejecución automática y en aplicación de la máxima de que aquellas normas internacionales que conceden más derechos o que amplían la gama de protección de una garantía fundamental, se pueden aplicar de modo directo, entonces es factible incluir dentro de esta esfera a la Convención de 1951, en especial en cuanto al principio que es objeto de estudio.

Entonces, a partir de la premisa de que la Convención de 1951 es un instrumento internacional de carácter autoejecutable y que concede garantías sumamente importantes, las normas que contiene deben ser de

13 La conceptualización de la extinción de la acción penal es prioritariamente procesal y en virtud de ello no es objeto de análisis específico en este texto, sin embargo, es oportuno señalar que las principales causas a partir de las cuales puede operar esta extinción, están descritas en el artículo 30 del Código Procesal Penal.

14 El voto n°. 816-1996 de la Sala Constitucional es una de las sentencias en las que se desarrolla este tema.

15 Artículo 7. Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. // Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

aplicación directa, sin necesidad de que tengan que estar explícitamente desarrolladas en una ley o en un reglamento, tal sería el caso del principio de no penalización por entrada ilegal de persona refugiadas.

A pesar de lo que se ha venido indicando y de la posibilidad real de aplicar directamente el artículo 31 de la Convención de 1951, ciertamente otros países suscriptores de la ya aludida convención, han incluido dentro de su legislación la prohibición expresa de penalizar el ingreso ilegal de personas refugiadas e incluso, algunos incorporan que no se penará, por ejemplo, el uso de documento falso cuando es utilizado por una persona refugiada para poder ingresar al país.

En el ámbito operativo de la administración de justicia penal costarricense, el principio contenido en el artículo 31 de la Convención de 1951, aunque está reseñado en el Reglamento, es poco conocido y esta circunstancia en ocasiones impide analizar, en el ínterin del proceso penal, la posibilidad de no aplicar una sanción penal a una persona que procura obtener la condición de refugiada, cuando comete un delito para poder ingresar o permanecer en el país.

En este punto es importante hacer una aclaración, en Costa Rica el ingreso irregular al país no es, *per se*, una conducta punible desde el punto de vista penal, por lo que por ese hecho únicamente se pueden tomar medidas administrativas, dentro de las que se encuentra, por ejemplo, la detención provisional, regulada en el artículo 31, inciso 5, de la LGME¹⁶.

3. El tratamiento del principio de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas desde la teoría del delito.

Como ya se ha venido mencionando, es muy probable que las personas que han debido huir de sus países en virtud de persecuciones o situaciones de riesgo, incurran en acciones ilícitas para tratar de asegurar su ingreso a otro Estado que les pueda brindar protección y por ello es que no es extraño conocer, por ejemplo, de delitos de uso de documento falso o de falsificación de documentos privados o públicos (verbigracia pasaportes u otros documentos de identificación necesarios para salir de un país y entrar a otro).

En este sentido, la Convención de 1951 se erige como una norma de relevancia desde el ámbito penal, ya que es fundamental para determinar el proceder del aparato estatal con una persona que ingresa irregularmente a un país, pero cuya vida o integridad se encuentra en peligro.

3.1. La entrada ilegal de una persona refugiada o que busca esa condición, como una causa de justificación.

Las causas de justificación que plantea el Código Penal costarricense se encuentran contenidas en los artículos 25, 26, 27 y 28. Se trata, pues, del cumplimiento de la ley, el consentimiento del derechohabiente, el estado de necesidad y la legítima defensa.

16 Artículo 31. Las personas extranjeras gozarán de los derechos y las garantías individuales y sociales reconocidas para las personas costarricenses en la Constitución Política, salvo las limitaciones que esta establezca. Las normas relativas a los derechos fundamentales de las personas extranjeras se interpretarán conforme a los convenios en materia de derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados que se encuentren vigentes y, específicamente, por lo siguiente:

[...]

5) Las personas extranjeras únicamente podrán ser detenidas según lo dispuesto por la Constitución Política, las leyes y las disposiciones contempladas en la presente Ley. Para la aplicación de la legislación migratoria, este derecho podrá ser limitado bajo los siguientes supuestos y condiciones de carácter excepcional, siempre y cuando no exista otra medida menos gravosa:

a) Apreensión cautelar por un máximo de veinticuatro horas, para efectos de verificar su condición migratoria. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y bajo resolución justificada y emitida por el director general. Confirmada la infracción migratoria y al descartarse otra medida menos gravosa, la Dirección General deberá dictar el procedimiento de deportación.

b) Una vez resuelta la identificación de la persona extranjera, por parte del consulado de su país de origen, la detención administrativa no podrá exceder el plazo máximo de treinta días naturales y en dicho término deberá ejecutarse la deportación dictada. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y justificadas por parte de la Dirección General.

c) En caso de detención administrativa, la persona extranjera tendrá derecho a permanecer durante el período de aprehensión en un lugar que cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso, así como las especificidades de género, generacional o discapacidad.

De especial interés para este estudio es el estado de necesidad, ya que es la causa de justificación en que se podría encuadrar la situación de una persona refugiada que eventualmente puede incurrir en la comisión de un delito de índole migratorio, para salvaguardar su integridad. El estado de necesidad justificante está regulado en el artículo 27 del Código Penal¹⁷.

En relación con esta causa de justificación, Castillo (2010) señala que *“Ante la existencia de un peligro actual (o inminente) para un bien jurídico, debe escoger entre la pérdida o lesión del bien jurídico amenazado o su salvación a costa de la lesión o puesta en peligro de otro bien jurídico”* (p. 223).

Para mayor abundamiento, González (2008) también indica que *“en el estado de necesidad, se presenta una colisión de intereses jurídicos, en donde existen el inminente riesgo de pérdida de uno de ellos y la posibilidad de salvar otro de mayor valor”* (p. 281).

El mismo autor antes señalado agrega de manera oportuna, que *“a veces la ponderación de los intereses que se encuentran en juego, no resulta fácil de llevar a cabo, máxime que dicha ponderación debe ser realizada por la persona que se encuentra en la situación que genera el estado de necesidad, bajo circunstancias de apremio y premura en cuanto al tiempo”* (González, 2008, p. 282).

Así, el bien jurídico puesto en peligro debe ser superior o igual al bien jurídico que se pretende lesionar, pero del mismo modo se debe considerar que el mal o la lesión que se pretende causar, debe ser igual o inferior a la que se evita, ya que caso contrario habría un problema de proporcionalidad.

La dispensa de antijuridicidad de toda actuación salvadora en situación de conflicto se fundamenta en la ponderación de intereses (en sentido amplio) o de males, donde el Derecho preferirá que en esas situaciones el conflicto se resuelva a favor del interés superior, o del mal menor.

Este escenario de peligro puede ser para sí mismo o para un tercero, pero siempre debe estar dentro de la ponderación de los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar, en contraposición a los que se tendrían que lesionar, aspecto que lleva al siguiente requisito expuesto en el artículo del Código Penal.

Con respecto a la actualidad e inminencia del peligro, debe indicarse que por peligro actual se entiende el peligro presente o existente al mismo momento en que se actúa y por peligro inminente, el que está próximo o pronto a suceder. Ambas definiciones son importantes porque una persona que requiere el refugio se encuentra, por lo general, frente a un peligro actual e inminente, ya que la causa por la que huye de su país de origen cumple con esas características.

Como causales complementarias para que exista el estado de necesidad, están el que no se haya provocado el peligro y que no sea evitable de otra manera. Provocar el peligro es un elemento difícil de determinar en el caso de las personas refugiadas, pues va a depender mucho de los elementos que se hagan llegar al expediente administrativo y al penal, sin embargo por las razones en que se instaura la protección de las personas refugiadas, se parte de la base de que las persecuciones de las que son víctimas, no son provocadas por ellas.

Ahora bien, en lo que respecta a la evitabilidad, es fácilmente interpretable que cuando se demuestra que una persona debe huir de su país por una situación específica, ostente o no de manera formal la condición de refugio, por la situación de urgencia o de persecución en la que se encuentran, podría no tener otros mecanismos más ágiles que el uso de documentos falsos –por ejemplo– para poder salir de su país de origen e ingresar a otro.

En buena teoría, una persona que logre acreditar la situación acontecida y que procure la condición de refugio, no podría ser sancionada penalmente en Costa Rica porque su conducta sería típica pero

17 Artículo 27. No comete delito el que, ante una situación de peligro para bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- a. Que el peligro sea actual e inminente;
- b. Que no lo haya provocado voluntariamente;
- c. Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo”.

no antijurídica, al existir un permiso para actuar de esa forma en virtud de las circunstancias en que se encuentra. Al no configurarse el injusto penal, la conducta no debería ser sancionada.

Para ponderar todas estas situaciones en el contexto de un proceso penal, tendrá la persona juzgadora que analizar cada caso en concreto y considerar si existió la posibilidad, previo a ejecutar la acción típica, de valorar otras vías posibles, porque en algunas situaciones es comprensible que no haya tiempo para detenerse a pensar si concurren otras formas menos lesivas de salvación del bien jurídico.

En resumen, una de las primeras opciones que tienen las personas refugiadas o potenciales acreedoras de esa condición, para evitar la sanción penal, es alegar su actuación bajo el amparo del estado de necesidad justificante.

3.2. Posibilidades de visualizar el principio analizado como una causa de exculpación.

Las causas de exculpación son circunstancias que, dentro del análisis de culpabilidad, podrían eximir la responsabilidad penal de un sujeto en virtud de la limitación de su ámbito de libre determinación.

En un primer momento, el Código Penal costarricense en el artículo 30, establece que nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención; pero a ello debe sumarse que según el artículo 38 del mismo Código, la persona ha de haber tenido capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y dejarse motivar por eso sin dejar espacio a coacciones o amenazas.

Cuando se hace referencia a la culpabilidad se infiere un juicio de reproche, de hecho, según Zaffaroni (2002), la culpabilidad se entiende como un “juicio personalizado” (p.747) que le reprocha al autor su injusto, al considerar el ámbito de autodeterminación con que actuó.

A los efectos de este estudio, es menester indicar que dentro del análisis de culpabilidad se consideran tres

elementos indispensables, a saber, la exigibilidad de comprensión de la antijuridicidad; la exigibilidad de la comprensión del carácter criminal de la conducta¹⁸ y la exigibilidad de otra conducta.

Para lo conducente, el elemento más relevante es el tercero, es decir, la exigibilidad de otra conducta, ya que tal supuesto puede ser excluido cuando, por ejemplo, se actúa bajo coacción o amenaza.

Eventualmente, el temor fundado de una persona que huye de su país, puede impedir el curso normal de su voluntad y en ese supuesto, podría equipararse a una causal de eliminación de la culpabilidad.

Entonces, aún cuando por alguna razón no prosperase la teoría de la causa de justificación que se analizó en el acápite anterior, siempre queda la posibilidad de argumentar la existencia de una causa de exculpación. Si la persona no tuvo plena voluntad porque se encontraba menoscabada en virtud de un miedo insuperable (interpretado como una situación amenazante), sería factible excluir la culpabilidad porque no le era exigible al individuo comportarse de acuerdo a la norma.

3.3. Viabilidad de la tesis de la causa personal de exclusión de la penalidad.

Respecto al tema de las causas personales de exclusión de la penalidad, conocidas también como excusas absolutorias, lo primero que debe concebirse es que ellas son capaces de hacer excusable la pena o sanción penal con base en una condición personal del sujeto activo, incluso cuando el injusto penal se haya configurado y sea reprochable la conducta¹⁹.

Según Rojas y Sánchez (s.f.), las excusas absolutorias:

Tienen que ver con la posibilidad de excluir la penalidad en algunos casos, porque se ha considerado conveniente, no imponer una pena, a pesar de que existe una conducta típica, antijurídica y culpable. Normalmente se relaciona con causas vinculadas a la personalidad del

18 Esta es una circunstancia que se podría excluir a partir de un error de prohibición indirecto, es decir, cuando el sujeto actúa creyendo que su conducta está autorizada por encontrarse dentro del ámbito de una causa de justificación.

19 Precisamente en este nivel de análisis es que se vuelve importante la fase de la punibilidad que algunas corrientes de pensamiento (principalmente de índole utilitarista y que valoran su funcionalidad dentro de cada caso concreto) incluyen dentro del análisis de la teoría del delito.

autor y, por lo tanto, sólo lo afectan a él y no a los demás participantes (p. 482).

De la referencia anterior se puede concluir que las excusas absolutorias están básicamente dirigidas al momento del análisis de la sanción penal²⁰.

El artículo 31 de la Convención de 1951 establece que los Estados no impondrán sanciones penales por causa de su entrada o presencia ilegales, a las personas refugiadas que llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada, por lo que, si no se llegara a construir el alegato del estado de necesidad o de la causa de exculpación, entraría en juego la posibilidad de aplicación de la excusa absoluta, basada precisamente en la condición específica de riesgo y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas refugiadas inmersas en cuadros fácticos como los que se han venido desarrollando.

Podría pensarse que la puesta en práctica de una de estas causales de exclusión de la penalidad, implicaría recorrer todo el proceso penal para que en juicio se proceda con su aplicación, pero este entuerto se puede solucionar si se logra negociar la aplicación de un criterio de oportunidad con el Ministerio Público, en concordancia con el artículo 22 inciso c) del Código Procesal Penal, es decir, cuando el tribunal esté autorizado para prescindir de la pena.

3.4. Tipos penales específicos que podrían constituir potenciales delitos de personas refugiadas para ingresar o permanecer en el país.

Al analizar las conductas punibles en las que podrían incurrir las personas que pretendan solicitar refugio en Costa Rica, saltan a la vista algunos delitos que pueden tener finalidades estrictamente migratorias, como por ejemplo:

- **Falsificación de documentos públicos o auténticos (art. 366 del Código Penal²¹)**

Es un delito doloso que exige que se pueda causar perjuicio con la conducta, por lo que ese supuesto perjuicio debe valorarse con extremo cuidado tratándose de personas solicitantes de la condición de refugio, ya que el bien jurídico “fe pública” está jerárquicamente subordinado al de la vida o la integridad de la persona y por ello es de relevancia la consideración de los diversos bemoles de antijuridicidad, culpabilidad o penalidad, de la conducta de una persona que está huyendo.

Desde el punto de vista de las conductas típicas, este delito implicaría que la persona refugiada, sea la que haga –en todo o en parte– un documento falso o altere uno verdadero, de modo que aquí podrían ser de especial interés los pasaportes, las cédulas o las licencias –de conducir, por ejemplo– y otros que pueden tener la capacidad de corroborar la identificación de alguien.

- **Falsedad ideológica (art. 367 del Código Penal²²)**

La falsedad ideológica incorpora como acciones típicas el “insertar” (conducta activa) o el “hacer insertar” (puede implicar la participación de terceros) declaraciones falsas, de modo que es fundamental analizar el nivel de participación de la persona solicitante del refugio dentro del *iter criminis*.

Para la configuración de este delito se requiere como objeto material que el documento sea uno público o auténtico y un detalle relevante es que la falsedad como tal no opera sobre la materialidad del documento (que continua siendo verdadero), sino únicamente sobre su contenido.

20 En el caso costarricense se pueden mencionar como ejemplos de excusas legales absolutorias el desistimiento voluntario, en el caso de los delitos en grado de tentativa, así como el perdón judicial (artículo 93 del Código Penal), el pago del importe del cheque dentro del emplazamiento de los cinco días (artículo 250 del Código Penal) y el cumplimiento de deudas tributarias vencidas.

21 Artículo 366. Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que hiciere en todo o en parte un documento falso, público o auténtico, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si el hecho fuere cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, la pena será de dos a ocho años.

22 Artículo 367. Las penas previstas en el artículo anterior son aplicables al que insertare o hiciere insertar en un documento público o auténtico declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento pueda probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

- **Uso de documento falso (art. 372 del Código Penal²³)**

En la redacción de este tipo, no hay ninguna excepción expresa o formal para el caso de personas refugiadas, pero debe examinarse con detenimiento.

Respecto de este delito, lo primero que debe analizarse es si la persona solicitante del refugio utilizó o no el documento falso y el fin por el cual lo hizo. Si fue para tratar de ingresar al país o lo realizó cuando ya había ingresado con fines diferentes a lo meramente migratorio, eso podría incidir en la configuración efectiva del ilícito.

Si la persona ingresa de manera irregular al país y porta un documento falso pero no lo utiliza, obviamente no se estaría configurando la conducta punible (la simple tenencia no verifica la acción).

En caso de que se dé el uso del documento falso, por ejemplo en la ventanilla de migración del aeropuerto o de algún puesto fronterizo, debe examinarse si la persona pretende solicitar refugio en Costa Rica o si viene huyendo de situaciones de peligro y está utilizando al país como un puente, ya que ello también podría implicar un tratamiento diferenciado, máxime tomando en cuenta lo que dice el artículo 137 del Reglamento.

En relación con lo anterior, es posible que suceda en algunos casos que las personas pretendan refugio en un país distinto a Costa Rica y oculten su situación por temor a ser descubiertas o retenidas sin haber llegado a su destino, por lo que ante tales eventos las autoridades correspondientes deben seguir el procedimiento por el cauce normal.

En caso de que la persona solicite el refugio tenga la intención de hacerlo en Costa Rica, las autoridades migratorias están en la obligación de llevar a cabo el trámite correspondiente para el análisis de la procedencia o no de esta condición, sin embargo, eso no impedirá la eventual apertura de un proceso penal.

Ahora, si bien pueden subsistir tanto el procedimiento para el refugio como el proceso penal, en aplicación de la Convención de 1951 –la cual como ya se dijo debe interpretarse como de ejecución directa– y del artículo 137 del Reglamento, el proceso penal debe suspenderse en su totalidad mientras se resuelve la condición migratoria del sujeto imputado y dependiendo de las resultas de esta gestión, se reactivaría la causa penal, pero ya con una definición clara de la condición de la persona.

- **Contravención de usurpación de nombre (art. 392 del Código Penal²⁴)**

Con respecto a esta contravención, la relevancia penal decae, ya que la afectación al bien jurídico es mínima, sin embargo, de acuerdo con el principio de no penalización, podría incluso discutirse la procedencia de una sanción de multa (de cinco a treinta días) si tal usurpación de nombre tuvo un fin estrictamente migratorio para ingresar o permanecer en el país con la condición de refugiado.

- **Transporte ilícito de personas o “coyotaje” (art. 249 y 249 bis LGME²⁵)**

Se podría interpretar que por la forma en la que están redactados los artículos 249 y 249 bis de la LGME – que serán analizado en la siguiente sección– es difícil que una persona que pretenda solicitar la condición de refugio pueda incurrir como sujeto activo en esta

23 Artículo 372. Será reprimido con uno a seis años de prisión, el que hiciere uso de un documento falso o adulterado.

24 Artículo 392. [...] 7) A quien usurpare el nombre de otro.

25 Artículo 249. Se impondrá pena de prisión de cuatro a ocho años, a quien conduzca o transporte a personas, para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares habilitados o no habilitados por las autoridades migratorias competentes, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos legales, o bien, falsos o alterados, o que no porten documentación alguna.

La misma pena se impondrá a quien, de cualquier forma, promueva, prometa o facilite la obtención de tales documentos falsos o alterados, y a quien, con la finalidad de promover el tráfico ilícito de migrantes, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen o permanezcan ilegalmente en el país.

La pena será de seis a diez años de prisión cuando: 1) La persona migrante sea menor de edad, adulto mayor y/o persona con discapacidad. 2) Se ponga en peligro la vida o salud del migrante, por las condiciones en que ejecuta el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico o mental. 3) El autor o partícipe sea funcionario público. 4) El hecho sea realizado por un grupo organizado de dos o más personas. 5) Cuando la persona sufra grave daño en la salud.

Artículo 249 bis. Se impondrá pena de prisión de cuatro a ocho años, a quien promueva, planea, coordina o ejecute el tráfico ilícito de migrantes nacionales hacia un segundo, tercero o más países por lugares no habilitados o habilitados por la Dirección General de Migración y Extranjería, aun cuando el inicio del traslado se realice por la vías legales establecidas por dicho ente, o bien, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos o alterados, o se encuentren indocumentados.

(continúa en la siguiente página)

conducta, pero por el contrario, sí podría resultar sujeto pasivo.

Sin embargo, la determinación de la situación concreta dependerá del cuadro fáctico presente y de los elementos probatorios, ya que debe hacerse la escisión entre el principio de no penalización de personas refugiadas y el principio de no criminalización de migrantes objeto de tráfico.

3.5. Criterios jurisprudenciales en Costa Rica

La Sala de Casación Penal²⁶ es el más alto tribunal en esta materia, por lo que es de interés examinar un expediente que se discutió en esa sede y que versaba sobre el tema que aquí se ha venido tratando. Se trata de la causa n°. 09-006478-0305-PE, que discurría sobre un uso de documento falso por parte de unas personas iraquíes, a quienes, para el momento de la resolución del caso, ya se les había otorgado su condición de refugiadas.

En relación con este proceso, la Sala de Casación Penal dictó el voto n°. 1444-2011, de las dieciséis horas y veintiocho minutos del dos de diciembre del dos mil once. En dicha resolución, la Sala III respaldó la posición que en su momento había tomado el Tribunal Penal de Alajuela y ratificó la absolutoria de varios iraquíes que utilizaron un documento falso para ingresar a Costa Rica y para ello, se asumió y confirmó la tesis de la existencia de un estado de necesidad.

En lo que respecta al caso en concreto, la Sala de Casación Penal, luego del correspondiente análisis, determinó que:

Para el caso concreto, los Jueces, estimaron que los justiciables, actuaron bajo un estado de necesidad, entendiéndolo que los mismos se encontraban en una situación de peligro, cuál era, el riesgo que corrían sus vidas, manteniéndose en su país, o bien, que fueran deportados a su lugar de origen una

vez que habían logrado salir de éste, tomando en cuenta la persecución, amenaza y coacción ejercida por los islamistas extremos sobre los cristianos, producto del problema político social acaecido con la intervención militar de Estados Unidos a Irak (...). Consecuentemente, basados en los testimonios de los imputados, a los cuales el Tribunal les rindió plena credibilidad, así como en el informe rendido por Jozef Merx, representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), se puede inferir que los imputados no tuvieron mayor opción que hacer uso de los pasaportes falsos para poder huir del entorno geográfico donde se ponía en riesgo sus vidas, valorando que la probabilidad de ser deportados era inminente, además de no contar con otro medio lícito, que les permitiera obtener un estatus migratorio que les rindiera la seguridad necesaria. En consecuencia, no hay duda que los endilgados actuaron lesionando un bien jurídico (fe pública), a fin de proteger o salvaguardar uno de mayor jerarquía (integridad física y vida humana), ante un riesgo inminente, que no fuera provocado por ellos, cumpliendo de tal manera, con los presupuestos previstos para la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación. En consecuencia, se declara sin lugar el presente motivo de casación. (Voto 1444-2011, de las 16:28 horas del 02 de diciembre de 2011).

En la resolución en cuestión se reiteró que para que una conducta constituya un delito, debe de ser típica, antijurídica y culpable, conforme lo requiere el análisis de la teoría del delito, pero que en el caso concreto, aunque se consideró que la conducta era típica (ya que los imputados conocían la falsedad de los documentos y quisieron utilizarlos con fines migratorios), la misma no era antijurídica, puesto que se demostró que los encartados eran perseguidos por grupos islámicos extremistas y dada la inestabilidad política de su país de origen, no tenían otra forma de salir más que valiéndose de estos instrumentos fraudulentos.

La misma pena se impondrá a quien, de cualquier forma, promueva, prometa o facilite la obtención de documentos legales, o bien, falsos o alterados o encubra transacciones financieras legales o ilegales que afecten el patrimonio de la persona afectada o de sus garantes, con la finalidad de promover el tráfico ilícito de migrantes nacionales, y a quien coordine, facilite o efectúe acciones tendientes a alojar, ocultar o encubrir a personas nacionales que ingresen o permanezcan legal o ilegalmente en un segundo, tercero o más países, con la finalidad de consolidar el tráfico ilícito de migrantes.

La pena será de seis a diez años de prisión cuando: 1) La persona migrante sea menor de edad. 2) Se ponga en peligro la vida o salud del migrante, por las condiciones en que ejecuta el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico o mental. 3) El autor o partícipe sea funcionario público. 4) El hecho se realice por un grupo organizado de dos o más personas. 5) A consecuencia del tráfico ilícito de migrantes, la persona resulte ser víctima de trata.

26 También conocida como Sala III.

Se concluyó, entonces, que las personas acusadas se encontraban ante una causa de justificación, propiamente el estado de necesidad, sin embargo –y aquí es donde radica la crítica para la resolución de la Sala de Casación Penal–, el voto no mencionó ni aplicó el principio contenido en el artículo 31 de la Convención de 1951, con lo cual no despejó las dudas en torno a la forma en la que se debe interpretar esta norma en el ámbito penal²⁷.

Por otro lado, el Juzgado Penal de Alajuela también debió enfrentarse a un caso similar al retratado en los párrafos anteriores, ya que en el expediente n°. 15-025052-0042-PE, la Fiscalía acusó a una persona de origen sirio, por haber ingresado a Costa Rica con un pasaporte falso y con una tarjeta de identificación igualmente falsa, lo que provocó además, que insertara datos falsos en los registros migratorios, pero también argumentó el ente fiscal, que no aplicaba el artículo 137 del Reglamento, porque no había causa justificada para su ingreso al país ni requirió, sin demora, la condición de refugio a las autoridades migratorias.

Pues bien, el Juzgado Penal, haciendo eco de la fundamentación utilizada por la defensora pública que participó en este proceso, dictó un sobreseimiento definitivo y para ello efectuó varias aseveraciones importantes, principalmente con respecto a la interpretación que debe darse al requerimiento del artículo 137 del Reglamento, en cuanto a presentarse sin demora ante las autoridades. El Juzgado señaló:

(...) al haberse hecho latente su ingreso ilegal a nuestro país mediante el uso de varios documentos falsos, circunstancia que esta autoridad no niega que con probabilidad clara existiera, y pese a todas las

condiciones personales apuntadas y más que no se mencionan pero que es indudable que en este caso en particular existen, es indudable que se cumple la condición de acudir sin demora a las autoridades, pues nótese como internacionalmente se han reconocido plazos de hasta quince o más días para acudir a las autoridades del Estado contratante, siendo que en este caso la señora B acude tan solo seis días después de su ingreso al país. Considerar que en el presente caso existió una demora injustificada que excluye la aplicación del numeral 31 de la Convención de Ginebra sería caer en un absurdo que daría al traste con la finalidad de la promulgación de tales normas supraconstitucionales como lo es la Protección de los derechos fundamentales de los refugiados en todos los países contratantes (Juzgado Penal de Alajuela, resolución de las 15:39 horas del 29 de marzo del 2017).

Como corolario de su resolución, el Juzgado Penal de Alajuela reconoció el valor superior del principio contenido en el artículo 31 de la Convención de 1951, expresando lo siguiente:

Es así como esta autoridad considera que nos encontramos ante una causa de extinción de la acción penal supra legal, de rango convencional y que mal haría nuestro sistema de justicia en soslayar la aplicación de dichos principios que protegen los derechos más fundamentales del ser humano, resultando a todas luces ilógico y desproporcional la pretensión de someter a juicio y a una eventual sanción penal a una persona que ha incurrido en una conducta típica con la única finalidad de preservar su vida y su integridad de ser humano (Juzgado Penal de Alajuela, resolución de las 15:39 horas del 29 de marzo del 2017).

27 No puede dejar de mencionarse que dentro de esta resolución consta un voto salvado que sostiene como posición, la inexistencia del peligro actual o inminente y por ende, excluye el estado de necesidad.

Sección II.

Determinación de las implicaciones del principio de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico, contemplado en el numeral 5 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, desde el punto de vista de la teoría del delito.

1. Preámbulo.

Se calcula que para el año 2010 la población migrante a nivel mundial ya había ascendido a más de 210 millones de personas en el mundo y se estima que para el año 2050 podrían llegar a constituir más de 400 millones. De esa población, un aproximado del 48% son mujeres y un 13% son jóvenes menores de 20 años.

Claro está que la migración de las personas es una constante en la historia de la humanidad, sin embargo, las actuales condiciones políticas, económicas, sociales, culturales y hasta ambientales, coadyuvan para este aumento tan considerable.

Las vivencias de guerra o el mismo cambio climático, infieren negativamente en el aumento de la población migrante; unido a ello, las condiciones de pobreza, violencia de género, irrespeto a las creencias religiosas o a la libertad sexual, no vienen sino a ejercer más presión para que las personas busquen mejores alternativas de vida e inicien el proceso migratorio en condiciones irregulares.

Cualquier análisis que se pretenda hacer desde la perspectiva jurídica, no puede estar por encima de la necesidad de reconocer en la persona migrante, las condiciones de vulnerabilidad que le han llevado a buscar otra cosa que no es distinta a la de mejorar las condiciones de vida.

Solo al valorar esas condiciones de vulnerabilidad, que obligan a las personas a iniciar las travesías migratorias en condición irregular, es que se logra entender que ese proceso en la mayoría de los casos

está sometido a riesgos y amenazas de muchos factores, pero sin lugar a dudas uno de los más relevantes es la injerencia del crimen organizado.

Lastimosamente, en el abordaje que desde el Derecho Penal se hace, con frecuencia a la persona migrante en condición irregular no se le efectúa ninguna valoración de las condiciones sociales que motivan la migración y solo cuando ha existido una vinculación con actividades como la trata de personas, es que se hace un examen de esa persona, precisamente como víctima.

Por el contrario, en el caso de la migración en condiciones irregulares, durante muchos años existió un interés de los Estados por criminalizarla, creando en algunos casos tipos penales o en otros, centros de detención, en los cuales la única condición que ha llevado a la privación de libertad ha sido el ingreso en condiciones irregulares al país, recurriendo para su detención a criterios netamente administrativos.

2. La persona migrante en condición irregular y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia.

El “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire”, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia (en adelante “Protocolo contra el tráfico”), viene a constituir un mecanismo de protección de las personas migrantes que son víctimas de grupos de crimen organizado.

Para una mejor comprensión, debe verse que desde el artículo 2, el Protocolo contra el tráfico establece los fines que se persiguen, a saber: prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes y proteger los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.

El primero de los fines explícitos del Protocolo contra el tráfico está contenido en el numeral 6 de ese

instrumento normativo²⁸ y su análisis, junto con un examen comparado de otras legislaciones, permite apreciar cómo efectivamente los Estados Parte han venido paulatinamente creando esos tipos penales para sancionar el tráfico ilícito de inmigrantes.

En el caso de Costa Rica, es la LGME, específicamente en el artículo 249 del Título XV, denominado “Delito de tráfico ilícito de personas”, en donde se establecen dos figuras penales: la conducción o transporte de migrantes para el ingreso o salida de Costa Rica y la promoción, planeación, coordinación o ejecución del tráfico ilícito de migrantes nacionales hacia un segundo, tercero o más países.

A esa legislación debe agregarse que a nivel nacional existe la posibilidad de que puedan investigarse tales hechos bajo los supuestos de la Ley contra la delincuencia organizada (nº. 8754), e incluso se autoriza la intervención de las comunicaciones (art. 16 inc. j) en los supuestos de tráfico ilícito de migrantes.

Además, el artículo 369 bis del Código Penal, viene a complementar las sanciones penales por la venta o distribución de documentos públicos o privados. Tanto esta última disposición, como los artículos 249 y 249 bis de la LGME vienen a desarrollar ese primer objetivo establecido en el Protocolo contra el tráfico y de hecho fueron incorporados o modificados con la

aprobación de la ley nº. 9095, que es precisamente la Ley contra la trata de personas.

Sin embargo, algunos Estados Parte, como es el caso de Costa Rica, han sido omisos en el cumplimiento del segundo objetivo del Protocolo contra el tráfico, que es la protección de los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico. Tal afirmación deviene de que el mismo Protocolo contra el tráfico estableció en su artículo 5²⁹ la protección de las personas migrantes víctimas del tráfico ilícito, incluso antes que la creación de tipos penales.

La protección de las personas migrantes promovida por el Protocolo contra el tráfico, va más allá de la despenalización de la migración irregular, sino que reorienta lo que es la intervención de la persona migrante y le da prácticamente un estatus de víctima.

Según la norma en cuestión, en los casos que la persona migrante haya sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6, no podrá ser enjuiciada penalmente.

Con base en lo antes expuesto y a manera de ejemplo, es de interés traer a colación que la legislación panameña, propiamente la ley nº. 36-2013, titulada “Ley sobre el tráfico ilícito de migrantes y actividades conexas”, que establece por un lado una pena de ocho a doce años a quien facilite, suministre, elabore,

28 Artículo 6. Penalización.

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

- a) El tráfico ilícito de migrantes;
- b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:
 - i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;
 - ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento.
- c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

- a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del presente artículo; y c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

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

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

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

29 Artículo 5. Responsabilidad penal de los migrantes.

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

ofrezca, distribuya o posea un documento de viaje o de identidad total o parcialmente falso con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes, pero en el párrafo segundo establece que *“No se aplicarán las sanciones señaladas en este artículo, cuando la persona que posea un documento de viaje o de identidad total o parcialmente falso sea un migrante objeto de tráfico ilícito”* (artículo 456-G).

En el caso de Panamá, la legislación sí desarrolla el segundo objetivo del Protocolo contra el tráfico, al proteger expresamente a la persona migrante que posea un documento de viaje o de identidad total o parcialmente falso. Sin embargo, el caso de Panamá, resulta si se quiere excepcional, pues muchos de los demás Estados Parte no han incorporado esa excepción para las personas migrantes objeto de tráfico ilícito.

A pesar de la ausencia de regulación interna de los Estados Parte para el cumplimiento del fin propuesto en el Protocolo contra el tráfico y desarrollado en el artículo 5, es claro que dicha disposición en virtud de los principios del Derecho internacional está debidamente incorporada al sistema normativo.

En lo que respecta a Costa Rica, el Protocolo contra el tráfico fue aprobado por la ley n°. 8314 y publicado en el diario oficial “La Gaceta” n°. 221 de 15 de noviembre de 2002, por tanto, se encuentra incorporado dentro de la legislación, para lo cual incluso el artículo 7 de la Constitución Política le da a instrumentos internacionales como este, un rango superior a la ley, tal como ya se vio en la sección anterior.

Al estar el Protocolo contra el tráfico debidamente aprobado e incorporado a la legislación costarricense, conlleva la obligación del Estado, como un todo, de realizar las acciones necesarias para su implementación y aplicación.

Se debe recordar que cada Estado Parte que haya aprobado el Protocolo contra el tráfico, asume obligaciones internacionales que derivan de la misma Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), dado que bajo el principio *Pacta sunt servanda* un tratado que se encuentre vigente obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.

Bajo este principio, se tiene que los Estados Parte del Protocolo contra el tráfico, están compelidos a

cumplir plenamente con el fin propuesto de proteger a las personas migrantes víctimas del tráfico ilícito y que hayan sido objeto de alguna de las conductas reguladas en el artículo 6.

Lo ideal sería que cada Estado Parte incorporase en su legislación una norma expresa que eximiese de punibilidad a las personas migrantes en los supuestos del artículo 5 del Protocolo contra el tráfico, tal y como lo desarrolla la legislación panameña, pero la inexistencia de una norma, no exime del cumplimiento de lo dispuesto en el Protocolo, pues como se ha explicado, cada Estado ha asumido la obligación internacional de implementar tal disposición.

Estas obligaciones están aparejadas con el control de convencionalidad que debe llevarse a cabo en el análisis de los casos y en este sentido, abonando a lo que ya se anotó en la sección precedente, vale la pena recordar que en el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016), en una de las supervisiones de cumplimiento, reiteró las obligaciones de los Estados en la observancia de los tratados internacionales, al indicar que:

7. Costa Rica tiene la obligación internacional de cumplir con lo dispuesto en la Sentencia. De conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Dichos Estados tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las Sentencias, y de no cumplirse se incurre en un ilícito internacional. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional. Asimismo, este Tribunal ha resaltado en su jurisprudencia que los Estados “no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida” (Corte IDH, párr. 7).

Esta última referencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se considera esencial en cuanto al cumplimiento del artículo 5 del Protocolo contra el tráfico, pues como se indica, los Estados no podrían aducir la ausencia de una norma expresa en su ordenamiento jurídico para eludir la responsabilidad internacional adquirida con la aprobación del ya mencionado Protocolo.

Así pues, independientemente de que en cada Estado –como ocurre en el caso costarricense– no exista una norma expresa que desarrolle el artículo 5 del Protocolo contra el tráfico, no podría enjuiciarse a un inmigrante objeto de los supuestos del artículo 6 del Protocolo, por cuanto ello iría contra lo dispuesto en dicho instrumento internacional. Sin importar que exista una norma del derecho interno que desarrolle el artículo 5.

Puede apreciarse, entonces, que es una obligación de todos los Poderes del Estado y por supuesto del Poder Judicial, realizar un “control de convencionalidad”, por lo cual las actuaciones se deben acatar y estar ajustadas a las disposiciones y obligaciones asumidas en los instrumentos internacionales, como lo constituye el artículo 5 del Protocolo contra el tráfico.

3. La conducta de la persona migrante objeto de tráfico amparada como causa de exculpación.

Cuando una persona migrante es objeto del tráfico ilícito, las eventuales conductas ilícitas que pueda llevar a cabo y que tengan fines estrictamente migratorios, podrían estar bajo el supuesto de una causa de exculpación, que para los efectos, podría ser la coacción o amenaza.

En el marco de los procesos migratorios teñidos por la participación de grupos criminales organizados, es posible que aquellas personas que necesitan pasar de un país a otro, tengan que ajustarse obligatoriamente a los métodos utilizados por los sujetos activos del tráfico.

Ante este panorama, es factible que las personas migrantes, dentro de su contexto de carencias y necesidades por procurarse un mejor futuro o por buscar otras formas de vida, se vean coaccionados por los grupos criminales, para incurrir en acciones ilícitas con el objetivo de ingresar, permanecer o salir de un determinado país, pero tales eventos habría

que examinarlos en torno a la posibilidad de exigir otra conducta.

En resumen, si el ámbito de determinación de la persona migrante se encuentra limitado debido a coacciones o amenazas de los grupos criminales que pueden estar interviniendo en su proceso de movilización, desde la perspectiva penal se estaría frente a una causa de exculpación que implicaría la imposibilidad de que ese migrante pueda recibir un juicio de reproche y por ende una condenatoria.

4. El artículo 5 del Protocolo contra el tráfico como una causa personal de exclusión de la penalidad.

Como se indicó antes, el Protocolo contra el tráfico tiene como finalidad la prevención y combate del tráfico ilícito, pero al mismo tiempo procura la protección de los derechos de los migrantes objeto de ese tráfico. Precisamente en ese contexto debe comprenderse el contenido del artículo 5 del Protocolo contra el tráfico.

Dicha norma lo que prevé es que *“los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal”*, en los casos que hayan sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del Protocolo, como podría suceder en aquellos casos en que como resultado del tráfico ilícito de migrantes se les encuentre en posesión de documentos falsos.

Resultaría limitado en este momento señalar todos los supuestos a los que pudiera verse sometida penalmente una persona migrante a la luz de los conductas que se indican en el artículo 6 del Protocolo contra el tráfico, pero lo cierto es que en cualquiera de los supuestos se impone el artículo 5 que impide el enjuiciamiento penal.

Lamentablemente la redacción del artículo 5 del Protocolo contra el tráfico no facilita un análisis del alcance que tiene en la práctica jurídica la disposición de que *“los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal”*.

Como se mencionó, el caso más común que se presenta es el de la persona migrante objeto del tráfico ilícito que es detenida en puestos fronterizos o a lo interno del país con documentación falsa, provocándose por consiguiente la apertura de un

proceso penal por ilícitos como el uso de documento falso (art. 372 del Código Penal), la falsedad ideológica (art. 367 del Código Penal) o incluso la falsificación de documentos públicos o auténticos (art. 366 del Código Penal).

Un análisis desde la teoría del delito del supuesto fáctico indicado, muy probablemente permitiría concluir que la acción descrita resulta ser típica, antijurídica y culpable, sin embargo, a la luz del artículo 5 del Protocolo contra el tráfico y de los fines de dicho instrumento internacional, se le exime a la persona migrante objeto del tráfico ilícito del enjuiciamiento penal.

Desde este punto de vista, ese artículo 5 del Protocolo contra el tráfico constituye lo que en Derecho de fondo se ha denominado excusa absoluta, también conocida como causa personal de exclusión de la penalidad. Bajo este concepto, el artículo 5 de Protocolo viene a eximir de punibilidad a la persona migrante que haya sido objeto de algunas de las conductas indicadas en el artículo 6 del mismo cuerpo normativo.

Refieren Muñoz y García (2009) que:

La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata normalmente, de causas vinculadas a la persona del autor y que, por lo tanto, sólo lo afectan a él y no a los demás participantes en el delito. (p. 405).

Por su parte Zaffaroni (2002) prefiere llamarlos “obstáculos excluyentes de la punibilidad” (p. 880) dado que en su criterio el término de excusas absolutas, hace que la referencia al término de absoluciones, conlleve a “connotaciones procesales que desvirtúan su verdadera naturaleza” (p. 880).

En todo caso, los autores coinciden en que estas causas personales que excluyen la penalidad, tienen como único fin exceptuar la punibilidad, sin que se afecte el hecho de que se está frente a una acción típica, antijurídica y culpable.

Por otro lado, al ser causas personales, la exclusión de la penalidad solo abarcaría a la persona migrante, no así a los restantes autores o partícipes del tráfico ilícito.

Es precisamente el Estado en el ejercicio de una política de persecución penal, el que define qué acciones no merecen una pena, pese a que resultan configurativas del injusto penal y en principio, son culpables.

En el caso costarricense –tal como ya se mencionó en acápites anteriores–, esas causas personales excluyentes de la punibilidad se encuentran en diversas normas, como por ejemplo el caso del libramiento de cheque sin fondos (art. 250 del Código Penal) cuando el librador realiza el pago del importe del cheque dentro de los cinco días de la prevención³⁰.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a partir del voto 2994-1992, se ha referido al caso del libramiento de cheque sin fondo y ha indicado en términos generales que el pago del importe debitado, dentro de los cinco días posteriores, constituye una excusa legal absoluta, lo que no implica que no se haya cometido el delito, sino que por razones de política legislativa es posible que quede impune³¹.

Otro ejemplo a citar, lo constituye el caso del fraude contra la Hacienda Pública, el cual se encuentra tipificado en el artículo 92 del Código de normas y procedimientos tributarios y respecto del cual se indica expresamente que “Se considerará excusa legal absoluta el hecho de que el sujeto repare

30 Al respecto, mediante sentencia n°. 1037-1997 de las 14:40 horas del 23 de diciembre de 1997, el Tribunal de Casación Penal de San José indicó que “En caso de que el librador abonare el importe del cheque sin fondos, lo que se reconoce en su favor es una excusa legal absoluta, pues de acuerdo al párrafo final del artículo 243 quedará exento de pena, todo lo cual significa que la falta de pago previa prevención, no es un elemento objetivo conformante del tipo penal, por lo que el reclamo se rechaza.” En el mismo sentido el voto n°. 698-1997 de las 10:10 horas del 29 de agosto de 1997 del Tribunal de Casación Penal de San José.

31 Refiere la Sala Constitucional en este voto:
Tercero: Tampoco encuentra esta Sala que el referido tipo penal atente contra la prohibición constitucional de prisión por deudas, también recogido en el inciso 7) del artículo 7 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, pues si bien el párrafo final del artículo 243 del Código Penal contiene una excusa legal absoluta -de la que se ve beneficiado quien satisface el monto del cheque dentro del plazo allí indicado- ello no implica la existencia del delito, sino la impunidad para quien lo cometió por razones de política legislativa (Voto 2994-1992).

su incumplimiento, sin que medie requerimiento ni actuación de la Administración Tributaria para obtener la reparación.³²

Así se podrían citar otros ejemplos como lo serían algunos de los supuestos referidos en el artículo 93 del Código Penal, o incluso el desistimiento voluntario. Al referirse a este último caso, Castillo (2010, p. 296), señala el fundamento de las causas personales excluyentes de la pena se encuentra en la decadencia de los fines de la pena.

Sobre este mismo punto, Valle (2015) señala que :

La presencia de una excusa absolutoria muestra que el Legislador entiende que la pena, por razones o circunstancias de mera utilidad o conveniencia, no está indicada ni desde el punto de vista de la prevención general ni desde el punto de vista de la prevención especial. Se renuncia a la finalidad de la prevención general puesto que se considera que en los caos que concurre la excusa no sería precisa y necesaria la pena puesto que no se ha producido una alarma social, y por la falta de repercusión del hecho concreto; por otro lado, la colectividad no se escandalizará por la impunidad porque es comprensible no exigir castigo en los supuestos en los que se da una excusa absolutoria. Puede afirmarse que en estos casos la imposición de la una pena causaría más perjuicio a la convivencia que el otorgamiento de una "indulgencia". Desde el punto de vista de la prevención especial tampoco resulta necesaria la imposición de una pena, puesto que la evitación de los delitos futuros y con ella la readaptación del delincuente no depende de la imposición o no de una pena (p. 132).

No es posible en este trabajo extenderse sobre el análisis de las causas personales excluyentes de la punibilidad, pero es claro que ese artículo 5 del Protocolo contra el tráfico, tiene la capacidad de erigirse como una de ellas, pues como se ha indicado, ha sido voluntad de los Estados Parte que en protección de los derechos de las personas migrantes víctimas del tráfico ilícito, se les exima de punibilidad por los hechos en los que hayan sido objeto conforme a los supuestos del artículo 6. Es decir, aún cuando por ejemplo se le pueda atribuir y demostrar la tenencia y uso de documentos falsos como una acción típica, antijurídica y culpable, ha sido una voluntad convencional, eximirlos de la pena.

Sobre este punto e introduciendo otro ejemplo, en el caso de la legislación española y sobre la trata de personas, existe una normativa similar a la desarrollada en la legislación panameña y es la referida en el artículo 177 bis 11 del Código Penal, en el que se indica que:

Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

Esta disposición –que por demás está ausente en la legislación costarricense– exime de pena a las víctimas de trata de personas por los delitos cometidos durante la explotación, con las especificaciones indicadas y ha sido aplicada como una excusa legal

32 Artículo 92. Fraude a la Hacienda Pública. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública con el propósito de obtener, para sí o para un tercero, un beneficio patrimonial, evadiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hayan debido retener, o ingresos a cuenta de retribuciones en especie u obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o los ingresos a cuenta o de las devoluciones o los beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de quinientos salarios base, será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.

Para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior debe entenderse que:

- El monto de quinientos salarios base se considerará condición objetiva de punibilidad.
- El monto no incluirá los intereses, las multas ni los recargos de carácter sancionador.
- Para determinar la cuantía mencionada, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración y, si estos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

Se considerará excusa legal absolutoria el hecho de que el sujeto repare su incumplimiento, sin que medie requerimiento ni actuación de la Administración Tributaria para obtener la reparación.

Para los efectos del párrafo anterior, se entenderá como actuación de la Administración toda acción realizada con la notificación al sujeto pasivo, conducente a verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

absolutoria y se sustenta en disposiciones similares a las preceptuadas en el artículo 5 del Protocolo contra el tráfico³³.

Otro tema por analizar es el referido a la oportunidad procesal para aplicar esa causa personal de exclusión de la punibilidad, dado que podría considerarse que se requeriría una demostración del injusto de penal y la culpabilidad, por lo que sería en sentencia que se haría la excepción de aplicar la pena. Tal interpretación iría contra los fines propuestos por el Protocolo contra el tráfico, dado que implica someter a la persona migrante a un proceso desgastante y que le revictimizaría, donde incluso podría ser sujeto de medidas cautelares por las condiciones personales (ausencia de arraigo familiar o laboral).

Sin embargo, bastaría un examen de los hechos para que el ente fiscal decline de persecución penal. A nivel nacional el artículo 22 inciso c del Código Procesal Penal, faculta al Ministerio Público a prescindir de la persecución penal cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena. Es decir, la Fiscalía debe realizar una valoración *ex ante* de los hechos que se investigan contra la persona migrante, de manera que si se determina que se está bajo los supuestos de los artículos 5 y 6 del Protocolo contra el tráfico, debe declinar la persecución penal.

El inciso c del artículo 22 del Código Procesal Penal viene por consiguiente a autorizar al Ministerio Público para que en protección de los derechos de la persona migrante, decline de la persecución penal, en virtud de que el artículo 5 del Protocolo contra el tráfico viene a constituir uno de los presupuestos que precisamente autoriza al tribunal a prescindir de la pena³⁴.

5. Estado de necesidad justificante.

El aplicar el artículo 5 del Protocolo contra el tráfico como una causa personal excluyente de la punibilidad viene a ser un mecanismo que permitiría incluso al Ministerio Público prescindir de la persecución penal, sin embargo, se han dado casos en los cuales se vuelve fundamental valorar si se está eventualmente frente a una causa de justificación, como lo sería el estado de necesidad.

Como se ha afirmado anteriormente, es básico que en el abordaje del caso, se realice una amplia indagación sobre las razones que han motivado la migración, pues las condiciones de vulnerabilidad a las que se ve sometida la persona, podrían llevarla a la necesidad de lesionar bienes jurídicos, como mecanismo para evitar un mal mayor.

Como ya se explicó en la Sección I, el estado de necesidad está contemplado en el artículo 27 del Código Penal y de la norma se desprende que acontece como un conflicto entre dos bienes jurídicos, en el que la salvación de uno exige el sacrificio de otro de menor valor.

Ampliado lo que ya se ha dicho sobre esta causa de justificación a lo largo del documento, puede traerse a colación a Velásquez (2009, pp. 780 ss.), para quien se tiene deben darse los siguientes requisitos:

- Existencia de un riesgo, mal, daño o peligro real o potencial para un bien jurídico y que solo puede ser evitada mediante la realización de un acción típica.
- Existencia de un riesgo actual o amenaza inminente.
- La protección de un derecho propio o ajeno.
- La no evitabilidad del daño, con el empleo de otro procedimiento menos perjudicial.
- La causación de un mal menor.
- Ausencia de intención o imprudencia en la causación del mal.
- Que el daño o el mal deba afrontarse por un deber jurídico.
- La finalidad de proteger el derecho o bien jurídico.
- Existir la finalidad de proteger el derecho o bien jurídico (aspecto subjetivo ya analizado en otras justificantes, de lo contrario no se puede eximir aplicando dicha causa de justificación).

Tal como ya se aludió líneas arriba, a nivel nacional se conoció en años recientes el caso de dos iraquíes que fueron detenidos en el aeropuerto Juan Santamaría en posesión de pasaportes falsos, respecto de lo cual se logró demostrar que dichas personas se habían visto en la necesidad de usar estos documentos para poder salir de su país, dado que eran cristianos y su vida estaba amenazada por grupos islámicos radicales.

³³ Ver al respecto Valle (2015).

³⁴ En similar sentido puede verse a Velásquez (2009, pp. 1199-1200).

Así pues, de no existir un vínculo de la persona migrante como víctima del tráfico ilícito, la valoración del estado de necesidad justificante resultaría una posible solución en los supuestos que se viera enfrentado a una acción típica.

Sin embargo, en los supuestos de que la persona migrante víctima del tráfico ilícito esté siendo objeto de algunas de las conductas que describe el artículo 6 del Protocolo contra el tráfico, lo que opera es una causa personal excluyente de la punibilidad que obliga al Ministerio Público a declinar de la acción penal en virtud del artículo 5 del Protocolo.



Sección III.

Análisis de los principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y de no criminalización de migrantes objeto de tráfico, a la luz de los criterios de la autoría y participación.

1. Preámbulo.

Aunque los movimientos migratorios son de muy vieja data, la persecución de personas (potenciales refugiadas) y el tráfico ilícito de migrantes, son conductas recogidas normativamente con relativa novedad; de hecho, se visibilizaron principalmente con la Convención de 1951 y Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional³⁵ y su complemento, el Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire.

Es importante considerar que en materia de migraciones, puede confluír un esquema en el que intervienen grupos u organizaciones criminales (definidas en el artículo 2 de la Convención de Palermo), que operan en la mayoría de los casos a nivel regional de maneras muy sofisticadas y con fines comerciales de explotación altamente lucrativos.

Ante este panorama, en diferentes Estados Latinoamericanos surgió el interés por regular penalmente las conductas asociadas a este tipo de movimientos migratorios y la participación de grupos criminales y esto, unido al aumento de las movilizaciones humanas a nivel mundial (que en muchas ocasiones responden a condiciones de pobreza e inequidad de grandes sectores de la población de los países de origen) implica un nuevo posicionamiento del tema a nivel dogmático y jurisprudencial.

Como ya se señaló en acápites anteriores, lejos de promover una protección adecuada para las personas refugiadas y migrantes, muchos Estados más bien propiciaron de manera indiscriminada su enjuiciamiento y criminalización por conductas irregulares de pasaje o de traslado de país a país, lo cual, confrontado con la normativa internacional,

termina por violentar los aludidos principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y de no criminalización de migrantes objeto de tráfico.

2. Análisis de algunos criterios de autoría y participación en relación con los principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y no criminalización de migrantes objeto de tráfico.

Sin entrar a detallar particularidades entre las diferentes teorías que se han conocido a lo largo del tiempo en torno a los criterios de autoría y participación –debido a lo concreto del objetivo que se desarrolla–, la que se utiliza ahora para examinar los principios en cuestión, es la teoría final objetiva, que se caracteriza por el análisis del dominio del hecho, a lo cual debe sumarse la alta posibilidad de la aparición de la figura del autor mediato.

Para la teoría final objetiva, el autor del delito es aquel que tiene el poder de la definición del curso de la acción (el sí y el cómo), es decir, quien tiene el dominio de la acción, de la voluntad y de la ejecución sobre el hecho³⁶.

En materia de tráfico ilícito de migrantes y de personas refugiadas, hay que tomar en cuenta las posibles divergencias en las implicaciones, ya que normalmente cuando se hace referencia a las acciones de las personas refugiadas, son ellas consideradas particularmente quiénes tienen el poder de definición de la acción; empero, hablando de migrantes objeto de tráfico, normalmente existen redes criminales internacionales que están envueltas en este negocio y que pueden matizar la consideración en torno a la autoría del delito.

Una primera consideración necesaria es la que se relaciona con la posibilidad de comisión de delitos por autoría inmediata (el autor tiene en sus manos la causalidad natural de la acción), ya que esta parece ser la situación con las personas refugiadas que por ejemplo utilizan documentos falsos para ingresar o permanecer en un país.

35 También conocida como Convención de Palermo.

36 Normalmente el autor del delito incorpora dos elementos: uno objetivo que consiste en “tener en las manos” el acontecimiento; el otro subjetivo, que supone que el autor tiene la voluntad del dominio del hecho, pudiendo ser este de autoría inmediata, autoría mediata o coautoría.

La situación con las personas migrantes objeto de tráfico es un poco más compleja, ya que suele suceder que los líderes de las organizaciones criminales o incluso los integrantes de estratos medios o bajos de esas redes, mediante manipulación, coacción o amenaza, utilizan, motivan o presionan a alguien más (personas migrantes), para concretar el delito.

En virtud de lo anterior, nace la incógnita que motiva el presente acápite: ¿Puede ser la persona migrante objeto de tráfico, autora de alguno de los delitos contenidos en el artículo 6 del Protocolo contra el tráfico?

En este sentido, como ya se mencionó, inicialmente el artículo 5 del Protocolo contra el tráfico estipula que las personas migrantes no estarán sujetas a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de alguno de los delitos relacionados con el tráfico o con la documentación tipificado en dicho instrumento. Pues en efecto, el propósito del Protocolo no es penalizar la migración clandestina sino el tráfico ilícito y sus delitos conexos, por tanto, el sujeto activo del delito tendría que ser el traficante y no la persona migrante que es objeto del tráfico.

A pesar de lo anterior, la contrariedad surge cuando uno de estos sujetos migrantes incurre en alguno de los delitos tipificados en el artículo 6 del Protocolo³⁷, según el cual no debe haber criminalización. Es decir, queda claro que el delito de “coyotaje” solo puede ser cometido por quienes promueven el tráfico ilícito, pero la cuestión es qué pasa si durante los traslados de un país a otro, las personas migrantes que son objeto de tráfico, deben crear o utilizar documentos falsos o bien, alterar verdaderos.

El Protocolo contra el tráfico se aplica a delitos de carácter transnacional y que aparejan la participación de un grupo delictivo organizado, por lo que, sistemáticamente hablando, sería paradójico aceptar que a una persona objeto de tráfico ilícito de migrantes o de otras de las conductas previstas en el numeral 6 del Protocolo contra el tráfico, se criminalicen como autor, cómplice o participe cuando

más bien son víctimas dentro de un esquema de crimen organizado.

Considerando que un Estado Parte infringe el artículo 5 del Protocolo contra el tráfico si adopta medidas legislativas o de otra índole para tipificar como delito la conducta de una persona migrante que ha sido objeto de tráfico ilícito u otras de las conductas establecidas en el artículo 6, entonces queda claro que debe hacerse la respectiva diferenciación con las víctimas de ese tráfico ilícito y los verdaderos autores.

Así las cosas se podría concluir válidamente que una persona migrante objeto de tráfico, no tendría el dominio funcional del hecho delictivo, por lo que no podría ser catalogada como autora directa de alguno de esos delitos y en el tanto sea utilizada como un instrumento por parte de los miembros del grupo u organización criminal para incurrir en alguno de dichos supuestos con el objeto de facilitar los intereses propios de la red criminal, no resultaría idóneo un juicio de reproche en su contra, pues en el peor de los casos podría hablarse de una autoría mediata (dominio de la voluntad).

Debe recalcarse que los fines del Protocolo contra el tráfico, que quedan en evidencia en sus trabajos preparatorios, están especialmente dirigidos a sancionar las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan para obtener un beneficio económico, no así de dirigirse en contra de quien pretende migrar por razones de humanitarias, familiares, laborales o hasta relacionadas con el cambio climático.

3. Criminalización en relación con documentos de identidad o de viaje falsos.

En lo tocante a la penalización de conductas como la creación, facilitación, suministro o posesión de documentos de viaje o de identidad falsos, la Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes de las Naciones Unidas³⁸ (UNODC, 2016), la cual se creó en el año 2010 para complementar lo establecido en

37 Los cuales a su vez se relacionan de manera directa con los delitos de falsificación de documento, falsedad ideológica, uso de documento falso y venta de documentos.

38 La Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes fue elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en respuesta a una petición dirigida por la Asamblea General al Secretario General para que promoviese y facilitara las iniciativas de los Estados Miembros dirigidas a hacerse parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y *(continúa en la siguiente página)*

el Protocolo contra el tráfico, incorporó en su artículo 5.C lo siguiente:

Toda persona que intencionalmente, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, crea, facilita, suministra o posee un documento de viaje o de identidad falso con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes, comete un delito punible.

En ese sentido, tal y como lo estipula el Protocolo contra el tráfico, dichos actos se criminalizarían cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes y en términos más estrictos, el delito requeriría de la existencia de tres elementos intencionales distintos:

- La intención de crear, facilitar la obtención, suministrar o poseer el documento.
- La intención de obtener un beneficio financiero u de otro orden material.
- La finalidad de facilitar el tráfico ilícito de migrantes.

Todo ello viene a constituir una salvaguardia para la no criminalización de las personas que procuran sus propios traslados mediante medios que podrían resultar o parecer ilícitos (migrantes).

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas migrantes objeto de tráfico ilícito, la ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes de las Naciones Unidas, en su artículo 5.1. recalca que no podrán ser sometidas a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de las conductas antes enunciadas. Lo anterior se fundamenta en que la política que se deriva del Protocolo es la de que el tráfico ilícito de personas migrantes –y no la migración en sí misma–, es lo que constituye el núcleo de la penalización.

El Protocolo contra el tráfico propiamente dicho, adopta una postura neutral respecto de si quienes migran ilegalmente deben o no ser acusados de algún delito. En el artículo 5 se asegura que ninguna disposición del Protocolo puede interpretarse como

la exigencia de penalizar a los meros migrantes ni la de tipificar como delito conductas en que estos puedan incurrir, en contraposición a los miembros de los grupos delictivos organizados; al mismo tiempo que el párrafo 4 del artículo 6 establece que ninguna disposición del Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su Derecho interno.

4. Exención de responsabilidad penal en caso de personas solicitantes de asilo.

En relación con las personas solicitantes de asilo, a quienes de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de 1951 no se les puede penalizar por causa de su entrada o presencia ilegal en un país, es de interés señalar que el ACNUR, ha determinado que el significado de “*entrada ilegal*” puede implicar la obtención del ingreso mediante documentos falsos o falsificados, la entrada clandestina y la entrada mediante la asistencia de tratantes o traficantes.

En ese entendido, resulta viable concluir que las personas solicitantes de refugio podrían recibir un tratamiento especial cuando no entren al país con una documentación legítima que así lo acredite, puesto que se trata de personas que requieren de protección internacional y que normalmente están huyendo de su país de origen. Misma situación que debe valorarse cuando utilizan un documento falso con la finalidad de salvar su vida, seguridad o libertad.

Como detalle de interés en relación con lo anteriormente mencionado, es relevante traer a colación que la propia Suprema Corte de Justicia de México (2013) ha destacado como buena práctica internacional la resolución de la Sala Constitucional Costarricense, mediante la cual se estableció que:

el territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas [...] Implica conferir a todo perseguido por razones políticas un derecho subjetivo pleno y perfecto por el solo hecho de poner un pie en el territorio nacional, de manera que la actividad de las

sus Protocolos, así como a darles aplicación. En particular se redactó para ayudar a los Estados a aplicar las disposiciones que figuran en el Protocolo contra el Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención. La Ley modelo contiene todas las disposiciones que el Protocolo exige o recomienda a los Estados que introduzcan en su derecho interno. El comentario a la misma indica qué disposiciones son obligatorias y cuáles son facultativas.

autoridades administrativas e, incluso, de las judiciales es esencialmente declarativa y debe limitarse a comprobar si efectivamente el asilado es un perseguido por razones políticas, independientemente de la forma en que ingreso al país (Sala Constitucional voto n°. 1746-95).

En cualquiera de los casos y a pesar de las consideraciones que en torno a la autoría y participación puedan cimentarse, lo cierto es que en aplicación de una causa de justificación, de una excusa legal absoluta o de una causal de exculpación, las personas refugiadas y las migrantes objeto de tráfico, no deben ser ni penalizadas ni criminalizadas por conductas ilícitas que tengan un único carácter o sentido migratorio.

Sección IV.

Análisis comparado de la legislación penal que los países de la región han adoptado con respecto a los principios de no penalización de las personas refugiadas y de no criminalización de los migrantes objeto de tráfico.

1. Preámbulo.

Desde la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, se contempló en los artículos 5 y 6 de este último, la obligatoriedad de perseguir penalmente y sancionar el tráfico de personas migrantes, así como un principio de despenalización de las personas objeto de ese tráfico y de las víctimas de la trata de personas. Igual objetivo se persigue en el parágrafo I del artículo 31 de la Convención de 1951.

Tal como se ha desarrollado en los apartados previos de este capítulo, el tema resulta de gran interés entre quienes persiguen las organizaciones delincuenciales transnacionales y de aquellos quienes defienden los intereses de los grupos de personas migrantes objetos de tráfico, refugiadas y víctimas de trata de personas.

De ahí la necesidad de estudiar en el presente acápite en cuáles países latinoamericanos se ha ratificado la Convención y su Protocolo, así como, analizar en qué forma han ajustado sus legislaciones internas para reconocer estos principios.

2. Estados suscriptores de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo) y del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Tabla 2. Estados suscriptores de la Convención de Palermo y sus Protocolos.

Estado	Fecha de suscripción de la Convención	Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire	Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños
Argentina	19-02-2002	19-02-2002	19-02-2002
Belice	26-09-2003	14-09-2003	26-09-2003
Bolivia	10-10-2005	12-12-2000 (firma)	18-05-2006
Brasil	29-01-2004	29-01-2004	29-01-2004
Chile	29-11-2004	29-11-2004	29-11-2004
Colombia	04-08-2004	04-08-2004	04-08-2004
Costa Rica	24-07-2003	07-08-2003	09-09-2003
El Salvador	18-03-2004	18-03-2004	18-03-2004
Ecuador	17-09-2002	17-09-2002	17-09-2002
Guatemala	25-09-2003	01-04-2004	01-04-2004
Haití	19-04-2011	19-04-2011	19-04-2011
Honduras	02-12-2003	02-12-2003	02-12-2003
Nicaragua	09-02-2002	15-02-2006	12-10-2004
México	04-03-2003	04-03-2003	04-03-2003
Panamá	18-08-2004	18-08-2004	18-08-2004
Paraguay	22-09-2004	23-09-2008	22-09-2004
Perú	23-01-2002	23-01-2002	23-01-2002
República Dominicana	17-05-2013	17-05-2013	17-05-2013
Uruguay	04-03-2005	04-03-2005	04-03-2005
Venezuela	13-05-2002	13-05-2002	13-05-2002

Fuente: Unidad Legal Regional de la Oficina del ACNUR para las Américas (2015). Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9505.pdf?view=1>

Tal como se aprecia, la mayoría de Estados de la región han suscrito y ratificado la Convención y sus Protocolos.

El margen de aplicabilidad de lo contemplado en estos instrumentos internacionales, sin embargo, no ha tenido

una condición igual de favorable, ya que existen muchos países que pese a haberse adherido o ratificado dichos instrumentos, no han puesto en marcha los mandatos en ellos contenidos, en la lucha contra la delincuencia, contra el tráfico de personas y en protección de las poblaciones migrantes y refugiadas.

3. Estados parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967.

Tabla 3. Estados suscriptores de la Convención de 1951 y su Protocolo.

Estado	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados	Protocolo de 1967
Argentina	15-11-1961	06-12-1967
Belice	27-06-1990	27-06-1990
Bolivia	09-02-1982	09-02-1982
Brasil	16-11-1960	07-04-1972
Chile	28-01-1972	27-04-1972
Colombia	10-10-1961	04-03-1980
Costa Rica	28-03-1978	28-03-1978
Ecuador	17-08-1955	06-03-1969
El Salvador	28-04-1985	28-04-1985
Guatemala	22-09-1983	22-09-1983
Haití	25-09-1984	25-09-1984
Honduras	23-03-1992	23-03-1992
México	07-06-2000	07-06-2000
Nicaragua	28-03-1980	23-03-1980
Panamá	02-08-1978	02-08-1978
Paraguay	01-04-1970	01-04-1970
Perú	21-12-1964	15-09-1983
República Dominicana	04-01-1978	04-01-1978
Uruguay	22-09-1970	22-09-1970
Venezuela	-	19-9-1980

Fuente: Unidad Legal Regional de la Oficina del ACNUR para las Américas (2015). Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL>

4. Penalización del tráfico ilícito de migrantes en Latinoamérica y vigencia de los principios de no sanción por entrada irregular de personas objeto de tráfico de migrantes y personas solicitantes de refugio.

Como puede apreciarse en las tablas anteriores, la mayoría de los Estados de la región latinoamericana han aprobado los principales instrumentos internacionales en materia de protección tanto de personas objeto de tráfico ilegal de migrantes como

de aquellas herramientas jurídicas que buscan asegurar la protección de quienes requieren de la condición de refugio.

Es menester, por tanto, ubicar dentro de la normativa interna de cada país, la vigencia de los principios que se han venido examinado, de manera que se obtenga una visión panorámica sobre la posición estatal respecto al abordaje de este tipo de situaciones. En virtud de lo antes dicho, se procede ahora a hacer mención de la normativa de cada país en los temas de estudio, sin ninguna división particular más que un orden alfabético:

País	Con respecto a la no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas	En torno a la tipificación del tráfico de personas migrantes
Argentina	La Ley general de reconocimiento y protección al refugiado (nº. 26165) promulgada en el 2006, reconoce expresamente este principio en su artículo 40.	El Código Penal argentino no contiene disposiciones que refieran específicamente al tráfico ilícito de personas migrantes, pero sí se tipifica en los numerales 125 bis y 127, la promoción y la explotación económica de la prostitución. Por otro lado, la Ley nacional de migraciones (nº. 25871, de mayo 2010) sanciona el tráfico de personas migrantes con prisión o reclusión de uno a seis años en su forma simple y hasta con 20 años de prisión en el máximo agravante ³⁹ . Además, Argentina suscribió el “Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR”, el cual, el artículo 5, contiene regulaciones específicas sobre la penalización del tráfico ilícito de personas migrantes, así como también hace referencia al principio de no enjuiciamiento de migrantes objeto de tráfico.
Belice	La Ley de refugiados de Belice, que data del año 2000, en el capítulo 165, artículo 10 (1), establece como excepción, respecto a la responsabilidad que puede acarrear la entrada ilegal al país, que se trate de solicitantes de refugio que presenten la petición lo que contempla la propia ley.	El Código Penal de Belice no tipifica propiamente el tráfico ilegal de migrantes, aunque hace mención de conductas afines en algunos artículos, por ejemplo en el 49 incisos a y b (prostitución); sin embargo, a partir de febrero del 2013, la “Ley de (prohibición de) tráfico de personas”, sanciona el tráfico con penas de uno a ocho años y hasta 25 años de cárcel en sus formas agravadas.
Bolivia	En el tema de refugiados, la ley nº. 251, llamada “Ley de protección a personas refugiadas”, del 2012 contiene el principio de no sanción por entrada o permanencia irregular, en su numeral 7.	Mediante la ley nº. 3325 del 2006, denominada “Trata y tráfico de personas y otros delitos relacionados”, se fortaleció la protección de las personas objeto de tráfico, la cual se confirmó en el año 2012 con la “Ley integral contra la trata y tráfico de personas” (nº. 263), la cual sanciona el tráfico de personas y facilitó la creación del “Consejo plurinacional contra la trata y tráfico de personas”.
Brasil	Respecto al principio de no sanción por entrada ilegal de refugiados, en Brasil existe el “Estatuto del refugiado” (ley nº. 9474, del 22 de julio de 1997) que contempla en los artículos 8 y 10 la suspensión de los procedimientos sancionatorios por ingreso irregular al país hasta que no se resuelva la solicitud de la persona.	Al igual que Argentina, Brasil suscribió el “Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR”, que regula el abordaje del tráfico ilícito de personas migrantes, el cual además reglamenta expresamente el principio de no sanción por entrada ilegal. También, se contempla desde el año 2005 (ley nº. 11106) en el capítulo V “do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”, la trata de personas para fines de explotación sexual o sometimiento a condición de esclavitud.

³⁹ Esta agravación opera cuando el tráfico va encaminado a cometer actos de terrorismo, actividades de narcotráfico, lavado de dinero o prostitución.

Chile	En el caso de las personas que solicitan el refugio, la ley n°. 20430, en el numeral 6, señala que no procede sanción por el ingreso clandestino ni la residencia irregular, siempre que las personas requirentes se presenten en un plazo prudencial a la autoridad competente a realizar la respectiva solicitud.	En Chile, el tráfico ilícito de personas se tipifica en el artículo 411 bis del Código Penal, el cual fue introducido mediante ley n°. 20507 del año 2011, denominada “Ley que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”.
Colombia	No hay referencia expresa en la legislación interna al principio de no sanción por entrada ilegal de personas solicitantes de refugio, sin embargo, desde el punto de vista administrativo migratorio, existe la figura del salvoconducto, que le permite a la persona solicitante permanecer en el país hasta que se resuelva su petición de asilo.	Colombia tipifica en el artículo 188 del Código Penal, el delito de tráfico de migrantes, el cual sanciona con prisión entre ocho y doce años, más una multa.
El Salvador	En materia de personas refugiadas existe la “Ley para la determinación de la condición de persona refugiada”, de 2002, cuyo numeral 19 <i>in fine</i> es el más importante para lo que ahora compete.	El tráfico ilegal de personas fue introducido en el Código Penal en el año 2004 y está descrito en el 367-A.
Ecuador	El Decreto n°. 1182, denominado “Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967”, regula, en sus 12 y 13, lo concerniente al principio de no penalización por entrada o permanencia irregular.	En el Código Orgánico Integral Penal (COIP) se tipifica el delito de tráfico ilícito de personas migrantes mediante el artículo 213, que tiene penas siete a diez años de reclusión y hasta de 26 años en los casos de máxima agravación.
Guatemala	Para el caso de las personas solicitantes de refugio, el “Reglamento para la protección y determinación del Estatuto de Refugiado en el territorio del Estado de Guatemala” de septiembre de 2001 en su artículo 52, contiene una disposición sobre la interpretación y aplicación conforme a los principios de “no sanción por ingreso ilegal”, “no devolución” y “reunión familiar”, la cual indica que <i>“El ingreso ilegal o irregular al país no será motivo para el rechazo, devolución o deportación de una persona que haya hecho su solicitud de refugio”</i> .	El tráfico ilícito de personas migrantes está descrito en la “Ley de Migración” de 1998, propiamente en el artículo 103, el cual sanciona la facilitación para el ingreso y tránsito ilegal de personas sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país. Hay otras figuras de interés contenidas en los artículos 104, 105, 106 y 107 de esta misma norma, que hacen referencia a tránsito, transporte, ocultación y contratación de personas migrantes.

Haití	Haití es un país principalmente “exportador” de personas refugiadas, pero a lo interno no es ubicable un reconocimiento expreso, al menos a nivel de legislación, con respecto a la no sanción de personas refugiadas por entrada irregular al territorio.	En el Código Penal no se describe el tráfico ilícito de migrantes y quizá lo más cercano sea la referencia a delitos relacionados con la promoción o facilitación de la prostitución y la corrupción. Como nota de interés, en 2014 se promulgó la “Ley contra la trata de personas”, legislación que prohíbe muchas formas de trata, incluido el alojamiento de menores con fines de explotación y que como muchas organizaciones señalan que marca un hito en la lucha contra la trata de personas, un delito que afecta a miles de personas en el país, sobre todo a menores.
Honduras	En cuanto al tema de las personas refugiadas, existe un Reglamento de la Ley de Migración y Extranjería de mayo 2004, en el cual se contempla de forma expresa en el numeral 51 la no sanción de ningún tipo para solicitantes de refugio, por ingreso irregular al territorio nacional.	En el artículo 81 de la Ley de Migración hondureña, se detalla que se negará el ingreso al país a quienes se dediquen al tráfico ilegal de personas, pero no hay una tipificación expresa de este delito. Por su parte, el Código Penal contiene disposiciones de interés sobre el tráfico de personas en el artículo 195.
México	Sobre el tema de las personas refugiadas, la “Ley sobre refugiados, protección complementaria y asilo político” publicada en enero de 2011, regula en el artículo 7 el principio de no sanción por ingreso irregular.	En México se tipifica el tráfico ilícito de personas migrantes mediante la “Ley de Migración” de mayo 2011, concretamente en el numeral 159, que sanciona con penas que pueden llegar hasta los 16 años de prisión y que además contempla una multa para el sujeto activo. Un aspecto de relevancia es que el mismo artículo 159 establece que <i>“No se impondrá pena a las personas de reconocida solvencia moral, que por razones estrictamente humanitarias y sin buscar beneficio alguno, presten ayuda a la persona que se ha internado en el país de manera irregular, aun cuando reciban donativos o recursos para la continuación de su labor humanitaria”</i> .
Nicaragua	En torno al principio de no sanción por entrada ilegal de solicitantes de refugio, la “Ley de protección a refugiados”, n°. 655 de julio del 2008, establece en el artículo 10 que no habrá sanción administrativa o penal tanto por entrada irregular al Estado, como otros modos.	Nicaragua, a diferencia de los restantes Estados de la región, posee una de las regulaciones más completas sobre el tema abordado. En el Código Penal se contempla específicamente el tráfico de personas migrantes, en el numeral 318. Este tema también se toca en la ley n°. 240, denominada “Ley de control del tráfico de migrantes ilegales” de 1996, reformada en 2005 mediante ley n°. 240-513, la cual contempla el delito de tráfico ilícito en el numeral 19.

Panamá	En materia de refugio se puede señalar que por medio del Decreto Ejecutivo n°. 23 del 10 de febrero de 1998, se adoptó el Estatuto sobre refugiados y se dictaron nuevas disposiciones en materia de protección temporal por razones humanitarias. Este cuerpo normativo contiene lo relativo al principio de no sanción por entrada ilegal e irregular de quien invoque la condición de refugiado en sus numerales 28, 53 y 82.	El tráfico ilícito de personas migrantes se sanciona a través de la ley n°. 36-2013, “Ley sobre el tráfico ilícito de migrantes y actividades conexas”, la cual reformó el Código Penal y adicionó un capítulo sobre el tráfico ilícito de migrantes, el cual, en el numeral 456-F sanciona con penas entre 15 y 20 años de privación de libertad dicha actividad. Además, el artículo 21, concretamente, se adecúa al mandato del numeral 5 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que despenaliza al migrante. Por su parte, el artículo 456-G párrafo segundo señala que la sanción no será aplicable cuando sea el migrante el que posea el documento falso.
Paraguay	En cuanto al principio contenido en el artículo 31 del Estatuto sobre Refugiados, no hay mención concreta en la legislación interna ya que ley n°. 1938, sobre refugiados, no lo contempla expresamente, sin embargo, en el numeral 3 de esta norma se reconoce que en caso de dudas sobre la interpretación, aplicación o alcance, se hará prevalecer el “ <i>espíritu del solidaridad internacional</i> ”.	El Código Penal no contiene disposiciones que refieran específicamente al tráfico ilícito de migrantes, aunque, formando parte del MERCOSUR, suscribió el “Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR”, al que ya se ha hecho referencia anteriormente.
Perú	En este país, la ley n°. 27891, “Ley del Refugiado”, en los artículos 31 y 33 <i>in fine</i> , contienen el principio de no sanción para la persona solicitante que ingrese o se encuentre de forma irregular en el territorio nacional.	El Código Penal sí tipifica la figura del tráfico ilícito de migrantes, esto desde la modificación que sufrió en 2007 mediante ley n°. 28950, llamada “Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, promulgada por Decreto Supremo n°. 007-2008-IN. En la ley antes referida se agrega y sanciona en el artículo 303 el tráfico de personas, con pena de cuatro a seis años de prisión, y en su máxima forma agravada con pena de hasta 25 años.
República Dominicana	En cuanto al principio de no penalización por ingreso ilegal para personas solicitantes de refugio, en la República Dominicana por Decreto presidencial n°. 2330 de 1984, “Reglamento de la Comisión Nacional para los Refugiados”, se contempla como parte del artículo 7 que “(...) <i>La entrada ilegal no será motivo para el rechazo de la condición de refugiado en tanto el solicitante llene las condiciones establecidas (...)</i> ”.	De interés es la ley n°. 137-03, “Ley sobre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”, del 7 de agosto de 2003, que sanciona el tráfico de migrantes con penas de hasta 15 años de cárcel en su artículo 2. Precisamente la norma antes citada contiene, en el artículo 8, las causas exoneratorias, o sea, la exclusión de la persecución penal para las personas objeto de tales hechos punibles. Otro instrumento de interés es la “Ley General de Migración”, n°. 285 de agosto de 2004 que castiga, en el artículo 128, a quienes organicen, trasladen, desembarquen e ingresen ilegal al territorio dominicano, a un extranjero, o lo oculten una vez ingresado, así como a los nacionales o extranjeros que organicen la salida clandestina de dominicanos y extranjeros del territorio nacional, los transporten al exterior, o que intervenga de cualquier forma en el tráfico ilegal de personas.

Uruguay	Respecto al principio de no penalización por entrada irregular de personas solicitantes de refugio, mediante ley n°. 18076 de 2007, se introdujo claramente dicho principio, que suspende los procedimientos penales y administrativos por entrada ilegal o fraudulenta al país en el artículo 15.	Mediante la ley n°. 18250 de 2008, “Ley de Migración” se introduce la tipificación correspondiente, de modo que en el artículo 77 se castiga el tráfico de personas con pena de hasta tres años de prisión. También, como parte de MERCOSUR, suscribió el “Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR”, sobre el cual ya se ha hecho bastante alusión en líneas superiores.
Venezuela	La “Ley Orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas” de 2001, contempla este principio en el artículo 2, parágrafo 4. Sobre el particular también es muy importante el artículo 6.	En la “Ley de Extranjería y Migración”, n°. 37944, del 24 de mayo del 2004, se establece la pena de prisión de hasta diez años, para quienes promuevan o medien en el tráfico ilegal de personas (artículos 56 y 57).

5. Penalización del tráfico ilícito de personas migrantes en la legislación costarricense.

Como ya se ha venido explicando, Costa Rica ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional el 24 de julio del año 2003 y unos meses después, los Protocolos que la complementan.

A nivel interno, la ley n°. 8487, “Ley General de Migración y Extranjería”, que entró a regir a partir de marzo de 2010, contiene en el Título XV, artículos 249 y 249 bis, el delito de tráfico ilícito de personas.

En 2013 se publicó la “Ley contra la trata de personas y creación de la Coalición Nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (CONATT)” mediante la cual se reformó el Código Penal y la ley n°. 8487⁴⁰, sin embargo, no contempló expresamente el principio de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico.

En el caso de las personas solicitantes de refugio, el artículo 137 del Reglamento de personas refugiadas, publicado mediante Decreto n°. 36831-G, de 2011, establece el principio no sanción por entrada ilegal en el país; sin embargo, no hace alusión a la permanencia ilegal en el país⁴¹.

40 Artículo 249. Se impondrá pena de prisión de cuatro a ocho años, a quien conduzca o transporte a personas, para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares habilitados o no habilitados por las autoridades migratorias competentes, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos legales, o bien, falsos o alterados, o que no porten documentación alguna.

La misma pena se impondrá a quien, de cualquier forma, promueva, prometa o facilite la obtención de tales documentos falsos o alterados, y a quien, con la finalidad de promover el tráfico ilícito de migrantes, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen o permanezcan ilegalmente en el país.

La pena será de seis a diez años de prisión cuando: 1) La persona migrante sea menor de edad, adulto mayor y/o persona con discapacidad. 2) Se ponga en peligro la vida o salud del migrante, por las condiciones en que ejecuta el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico o mental. 3) El autor o partícipe sea funcionario público. 4) El hecho sea realizado por un grupo organizado de dos o más personas. 5) Cuando la persona sufra grave daño en la salud.

Artículo 249 bis. Se impondrá pena de prisión de cuatro a ocho años, a quien promueva, planea, coordina o ejecute el tráfico ilícito de migrantes nacionales hacia un segundo, tercero o más países por lugares no habilitados o habilitados por la Dirección General de Migración y Extranjería, aun cuando el inicio del traslado se realice por las vías legales establecidas por dicho ente, o bien, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos o alterados, o se encuentren indocumentados.

La misma pena se impondrá a quien, de cualquier forma, promueva, prometa o facilite la obtención de documentos legales, o bien, falsos o alterados o encubra transacciones financieras legales o ilegales que afecten el patrimonio de la persona afectada o de sus garantes, con la finalidad de promover el tráfico ilícito de migrantes nacionales, y a quien coordine, facilite o efectúe acciones tendientes a alojar, ocultar o encubrir a personas nacionales que ingresen o permanezcan legal o ilegalmente en un segundo, tercero o más países, con la finalidad de consolidar el tráfico ilícito de migrantes.

La pena será de seis a diez años de prisión cuando: 1) La persona migrante sea menor de edad. 2) Se ponga en peligro la vida o salud del migrante, por las condiciones en que ejecuta el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico o mental. 3) El autor o partícipe sea funcionario público. 4) El hecho se realice por un grupo organizado de dos o más personas. 5) A consecuencia del tráfico ilícito de migrantes, la persona resulte ser víctima de trata.

41 Artículo 137. No se impondrán sanciones penales o administrativas al solicitante de la condición de persona refugiada por motivo de ingreso irregular al país, a condición de que se presente sin demora a las autoridades y alegue causa justificada de su entrada o presencia irregular. La autoridad competente no aplicará otras restricciones de circulación que las necesarias y solamente hasta que se haya regularizado la situación del solicitante en el país. En caso de que se haya incoado causa penal o expediente administrativo por ingreso irregular, estos procedimientos serán suspendidos hasta que se determine por medio de resolución firme e inapelable la condición de persona refugiada del solicitante. En caso de reconocimiento de la condición de persona refugiada los procedimientos administrativos o penales abiertos contra la persona refugiada por motivo de ingreso irregular serán cancelados, si las infracciones cometidas tienen su justificación en las causas que determinaron su reconocimiento como persona refugiada.

6. Consideraciones finales en torno al Derecho comparado.

El breve estudio de las legislaciones de varios países latinoamericanos respecto los temas de interés, permite concluir que en prácticamente todos es usual la ratificación de instrumentos internacionales pro Derechos Humanos; pero lo cierto es que al momento de evaluar las distintas acciones tomadas por los gobiernos de cada Estado para hacer realidad las normas en ellos contenidas, deviene un cierto desfase entre el ser y el deber.

Por un lado, en los instrumentos internacionales se redactan principios generales para que encuadren en los ordenamientos jurídicos del mayor número de Estados suscriptores; pero por el otro, los Estados que ratifican estos instrumentos no se toman del todo en serio la obligación de llevar lo suscrito a la práctica en sus territorios, mediante una legislación clara y precisa, sino que muchas de las fórmulas utilizadas se ubican en reglamentos, que como se sabe, son normas de inferior jerarquía.

En este sentido, muchos Estados, al momento de trasladar los principios y mandatos generales a sus legislaciones internas, lo hacen de forma parcial, pues omiten aspectos esenciales, como lo son en el caso que nos ocupa, el principio de no criminalización personas migrantes objeto de tráfico y el principio de no penalización por entrada ilegal de solicitante de refugio.

Así pues, se desnaturaliza el sentido original de los principios y se dificulta tanto la persecución penal de los delitos de tráfico ilegal de personas migrantes, como también la defensa de las personas objeto de estos hechos.

Es con base en lo anterior que resulta necesario contemplar y aplicar adecuadamente dichos principios en beneficio de miles de personas que por las circunstancias adversas, se ven en la necesidad imperiosa de abandonar sus países en busca de protección.

Sección V.

Recomendaciones generales para la incorporación de los Principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico, en las estrategias de litigio de las defensoras y los defensores públicos.

1. Preámbulo.

Como ya se ha venido desarrollando en los puntos anteriores, los principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico, pueden tener un impacto considerable en el establecimiento de las estrategias de defensa de quienes trabajan en la representación letrada de personas que se enmarcan dentro de tales parámetros, ya que existen aspectos relevantes dentro de la teoría del delito y de la propia praxis penal, que pueden verse en cierta forma mediatizados o incluso relevados con base en los criterios derivados de los ya aludidos principios.

Desde el punto de vista fáctico no puede desconocerse que en muchas ocasiones, las personas que encuadran dentro de los estándares contemplados por los principios supra mencionados, utilizan canales no regulares para realizar el tránsito migratorio y de ahí que se valgan de documentos falsos o que participen de alguna actividad criminal –con motivos migratorios– en el país en el que están en ese momento.

En las siguientes líneas se enumeran algunas de las principales recomendaciones que pueden dirigirse al personal profesional de la Defensa Pública que, como parte de sus funciones, debe representar los intereses de personas que buscan obtener la condición de refugio, o bien, de aquellas que son migrantes objeto de tráfico ilícito y para ello se toma el núcleo normativo de los Derechos Humanos, a saber, derecho a la libertad, a la seguridad y a la libre circulación de seres humanos sin importar su condición migratoria, de refugio, de asilo o de apátrida.

2. Recomendaciones.

Las recomendaciones que aquí se plantean buscan en primer término facilitar el reconocimiento de las

características de una persona refugiada o de una que es objeto de tráfico, a efectos de que se les reconozca esa condición y si es del caso, se omita cualquier tipo de penalización o de criminalización en su contra –respectivamente–, ya que es usual que a estas personas se les considere como “imputadas” dentro de los procesos penales por incurrir en acciones que pueden encuadrar en tipos, por ejemplo, contra la fe pública, como la falsificación de documentos o el uso de documento falso, puesto que lo que se pretende es ingresar, permanecer o salir del país.

2.1. Consideraciones en relación con la detención de la persona.

La detención y la consecuente privación de libertad debe considerarse como la última *ratio* de las medidas cautelares y si bien es cierto que ella procede cuando se le endilga la posible comisión de un delito a una persona, no debe ser irrestricta ni arbitraria, sino que, por el contrario debe sujetarse a los principios de legalidad y de proporcionalidad, máxime si en medio de la discusión se encuentran personas solicitantes de refugio o migrantes objeto de tráfico.

Ahora bien, está claro que el contexto en el que se está desarrollando esta disertación es el de las personas que requieren de la condición de refugio o que son objeto de tráfico ilícito de migrantes y que, para entrar, mantenerse o salir del país (estos son los que se consideran “motivos de migración”), incurrir en una aparente conducta delictiva (como ya se mencionó anteriormente, la mayoría son actos contra la fe pública), por lo que los criterios que se detallan deben ser entendidos sobre la base de ese límite.

Así pues, al tomar como base los criterios esbozados por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2012), se procede a hacer una mención de las principales directrices que se deben considerar cuando se detiene a una persona solicitante de refugio, las cuales, mediante una interpretación *in bonam partem*, pueden ser extendidas también a los migrantes que son objeto de tráfico (con excepción de las dos primeras, que son bastante específicas para quienes solicitan el asilo):

- **Respetar el derecho de buscar refugio (asilo):** Buscar refugio se fundamenta en una necesidad de huir de persecuciones, daños graves o violaciones a Derechos Humanos, por lo que no es un acto ilegal y de ahí que no se pueda privar de libertad por el solo hecho de ingresar irregularmente a un país.
- **Los derechos a la libertad, seguridad y libre circulación, aplican para las personas que solicitan asilo:** Las restricciones en contra de quienes solicitan el refugio deben ser proporcionales y no pueden extenderse más tiempo del necesario para que se regularice la situación de estas personas.
- **La detención debe ser acorde con la ley y autorizada por ella:** Para que se pueda aplicar una detención, se requiere que tal acción esté apegada en un todo, a los parámetros que establece la legislación nacional.
- **La detención debe estar basada en una evaluación de las circunstancias específicas de la persona:** La detención debe ser necesaria en el caso concreto y esto lo que implica es que debe tener relación intrínseca con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. A lo anterior debe sumarse que la detención solo puede legitimarse cuando se le reconoce como medida excepcional basada en un fin legítimo y esto lo que involucra es que desde el punto de vista del derecho internacional, se consideren fines legítimos los siguientes

Proteger el orden público: En este apartado se incluye la posibilidad de que la persona solicitante huya u obstaculice la labor de las autoridades para esclarecer su caso.

Resguardar la salud pública: En el caso de que no se hayan cumplido los controles de salud o se genere un riesgo efectivo de contagio de enfermedades o epidemias.

Salvaguardar la seguridad de la nación: Procede la detención en el supuesto de que la persona solicitante de asilo represente un riesgo para la seguridad de la nación.

De lo antes señalado se deriva que la detención solo es viable si se le considera necesaria, razonable

y proporcional al fin legítimo, circunstancia que aparea que el principio general de proporcionalidad deba ser la base conforme a la cual se pondere la viabilidad de la detención, de ahí la trascendencia de la valoración de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La especificidad de la valoración de las condiciones de las personas detenidas supone, además, la necesidad de que las medidas alternativas a la privación de libertad (que son opciones menos perjudiciales) sean necesariamente analizadas y reguladas, de manera que su aplicación se vuelva prioritaria antes que la detención, pero, de la misma manera, debe procurarse que su utilización no sea irrestricta o arbitraria, sino que deben estar adecuadamente reguladas en la normativa nacional y ser acordes con la dignidad y los Derechos Humanos.

- **La detención no debe ser discriminatoria:** La detención no puede operar con base en criterios de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, condición de propiedad, nacimiento u otras afines.
- **La detención debe tener un plazo definido:** Toda detención indefinida o sin limitación en cuanto a su período de duración debe considerarse desproporcional, máxime si la medida se ha adoptado con base en lo ya antes mencionados “motivos migratorios”.
- **La medida de detención y su eventual prolongación deben estar sujetas a salvaguardas procesales mínimas:** Todas las personas deben ser informadas del motivo de su detención, así como también deben ser advertidas de su derecho de contar con asesoría jurídica gratuita y en caso de que sea pertinente, de traductores o intérpretes; del mismo modo, se les debe informar que tienen derecho a ser presentadas ante la autoridad competente para que revise su situación jurídica. En igual sentido, si se llegara a resolver que deben permanecer privadas de libertad, se le debe informar a estas personas que periódicamente se puede revisar la medida. En el caso concreto de quienes solicitan el refugio, se les debe advertir de la posibilidad de ser puestas en contacto con representantes de ACNUR.

- **Las condiciones de detención deben guardar relación con la dignidad humana:** La privación de libertad solo puede guardarse en lugares específicamente destinados para tales efectos, que a su vez respeten la dignidad humana y los estándares internacionales sobre detención. Es fundamental considerar que la privación de libertad de personas solicitantes de refugio por razones relacionadas con la migración (trámites administrativos o condición irregular), no debe tener carácter punitivo.
- **Se deben tomar en cuenta las necesidades y circunstancias especiales de las personas:** Es indispensable tener consideraciones individuales con personas que han sido víctimas de maltratos, de torturas o que tienen traumas graves, también, con niños y niñas, mujeres, personas adultas mayores, con discapacidad, con orientaciones sexuales diversas o que puedan haber sido víctimas de actos delictivos.
- **La detención debe estar sujeta a vigilancia y monitoreo independiente:** Los centros de detención deben estar abiertos al escrutinio periódico y sin previo aviso de organizaciones nacionales e internacionales independientes, ya que solamente de esa forma se logra un efecto de transparencia en espacios que por excelencia son opacos al derecho.

2.2. Importancia de los primeros contactos con la persona imputada.

La primera impresión es fundamental, de modo que toda persona que trabaje como defensora o defensor público, debe procurar la generación de empatía con la persona imputada y para ello es importante mantener una buena presentación personal, fortalecer la capacidad de escucha, tener sensibilidad hacia la persona a la que se atiende y brindarle una atención integral que implique tanto aspectos relacionados con lo estrictamente técnico jurídico, como con la necesidad de garantizarle un verdadero acceso a la justicia.

La defensora o el defensor público, igualmente, debe tener la perspicacia para derivar de su contacto con la persona imputada, si efectivamente se encuentra en una situación en la que es objeto de tráfico de personas migrantes o bien, si ha incurrido en alguna

acción nominalmente ilícita pero con la intención de huir de su país y solicitar el estatus de refugio.

En este sentido, es indispensable que quien está ejerciendo la defensa permanezca con la persona imputada durante toda la diligencia inicial de declaración sobre los hechos (conocida también como indagatoria) y que procure que el suministro de datos que se realice, sea fidedigno, a efectos de que las demás instancias (por ejemplo el Ministerio Público o los órganos policiales) puedan corroborar la eventual versión que se plasmaría.

Como ya se mencionó en el apartado anterior, es fundamental que la persona defensora pública examine las circunstancias especiales de su usuario o usuaria, ya que de ello puede derivar el reconocimiento de alguna situación particular de vulnerabilidad que amerite un tratamiento individualizado (esto de conformidad con el contenido de las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia).

Mención aparte requiere el tema de la declaración, propiamente dicha, en torno a los hechos que se imputan, puesto que es importante que quien represente jurídicamente a la persona usuaria, coordine con ella para –si desde el punto de vista de la estrategia de defensa lo estima oportuno– efectuar una primera manifestación que brinde luces sobre su intención de solicitar el refugio o bien, sobre su condición de migrante objeto de tráfico.

Una declaración inicial de la persona imputada en la que se ofrezcan suficientes elementos que tornen visible una situación fáctica subsumible dentro de los principios de no penalización de solicitantes de refugio o de no criminalización de migrantes objeto de tráfico, puede encarrilar el proceso penal hacia una solución pronta y favorable, sin embargo, la defensora y el defensor público deben ponderar todos los elementos probatorios y los aspectos jurídicos procesales y sustantivos para tomar –en conjunto con quien representan– una decisión informada y acorde con los intereses de la persona a la que se defiende.

Una tarea elemental para quienes se desempeñan como defensoras o defensores públicos, es propiciar una comunicación efectiva con las personas usuarias, de manera que habiendo concluido la diligencia de la declaración inicial sobre los hechos, se deben proporcionar a la persona imputada los datos que

faciliten la localización e interacción, tanto por si queda libre en ese momento como si tuviera que permanecer en detención (por ejemplo números de teléfono, correo electrónico y dirección de la oficina).

No debe olvidarse que de acuerdo con la Convención Americana en su artículo 8.1., cuando el idioma materno de la persona a la que se le achaca la comisión de un delito por motivos migratorios, no es el español, el Estado debe proveerle de un traductor o intérprete y por ende, las defensoras y los defensores públicos deben estar vigilantes para el eficaz cumplimiento de esta máxima.

2.3. Análisis de algunas características generales del país origen.

Las personas que solicitan el estatus de refugiadas normalmente huyen de sus países por situaciones o temores fundados de persecución o violencia contra ellas en particular o contra sus familias por motivos políticos, de religión, raza, orientación sexual o condición social; mientras que quienes se desplazan y que en muchas ocasiones son objeto de tráfico ilícito, son personas que buscan nuevas oportunidades laborales y de surgimiento, debido principalmente a que sus países atraviesan crisis socioeconómicas que limitan casi por completo sus posibilidades de obtener condiciones de vida digna.

Con base en lo introducido en el párrafo anterior, resulta evidente que una de las formas mediante las cuales puede derivarse o al menos sospecharse *prima facie* sobre una posible situación de refugio o de tráfico ilícito (en el marco de una imputación delictiva por motivos migratorios), es el análisis de las condiciones del país de origen de la persona que está siendo atendida por la defensora o el defensor público, ya que a partir del examen de la situación de ese país precedente, pueden extraerse indicios de que se esté en presencia de una persona imputada con condiciones especiales.

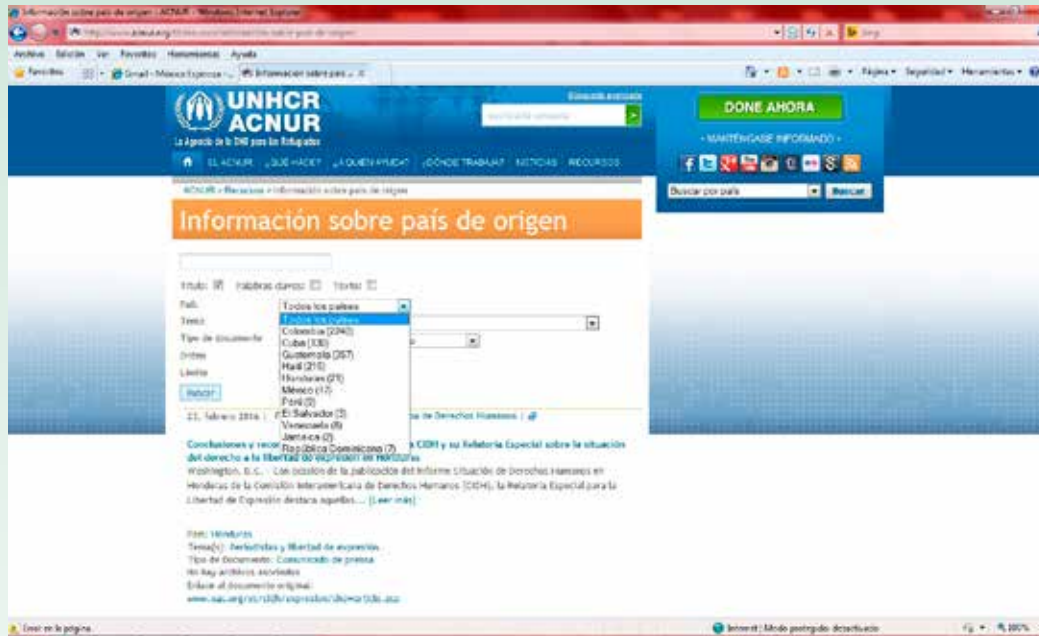
En lo que respecta al país de origen, un elemento de relevancia que puede ser tomado en cuenta es que la página web del ACNUR (www.acnur.org) incorpora un espacio en el que se puede obtener información sobre los países del continente americano de los cuales son oriundas, en mayor número, las personas que solicitan refugio, por lo que en un ejercicio de búsqueda o corroboración de datos, la defensora y el defensor público puede ingresar a este sitio.

Para ilustrar lo antes señalado se procede a incorporar la imagen de las pantallas más importantes de la página web del ACNUR en lo que a información del país de origen se refiere:

Imagen 1. Pantalla de inicio de la página web de ACNUR.



Imagen 2. Información sobre el país de origen.



No cabe duda, entonces, que contar con información contextualizada y actualizada el país de origen es una herramienta sumamente útil para la definición de las estrategias de litigio de las defensoras y los defensores públicos que estén representando personas migrantes objeto de tráfico o solicitantes de refugio.

2.4. Revisión de normativa y jurisprudencia relacionada con temáticas de refugio y tráfico de personas.

Las normas internacionales básicas que toda persona que se desempeñe como defensora pública debe conocer, por establecer estándares mínimos en relación con los derechos fundamentales, son:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Desde un punto de vista más especializado y al partir de la situación en la que una persona está siendo imputada por la posible comisión de un delito en virtud de un motivo migratorio, verbigracia porque le

era necesario para poder huir de su país y requerir la condición de refugio, quien asume la defensa debe tener en cuenta, además de la legislación penal interna y las normas básicas antes señaladas, instrumentos como los siguientes:

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Declaración de Cartagena sobre refugiados y personas desplazadas.
- Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Por otro lado, si la persona imputada alega que la eventual comisión de un ilícito fue motivada por un aspecto migratorio, como sería el caso de encontrarse inmersa en una situación tráfico de personas migrantes, la defensora o el defensor público tiene que considerar lo esgrimido en normas como:

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (conocida como Convención de Palermo).
- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (es un complemento de la

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (también es un complemento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

Es importante considerar que la Constitución Política de Costa Rica, según su artículo 7, le otorga un carácter superior a la ley a los convenios o tratados internacionales, pero además, reiterada jurisprudencia constitucional ha dejado claro que incluso cuando un cuerpo normativo internacional amplía la gama de protección de los derechos humanos de las personas, puede conferírsele un valor superior a la propia Constitución.

No puede dejar de mencionarse que es fundamental que las defensoras y los defensores públicos también conozcan de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hacen referencia a la situación de las personas refugiadas y de las que son migrantes, ya que las decisiones de este alto tribunal sin duda forman parte del bloque de convencionalidad regional y por tanto, constituyen verdaderas líneas guía para la definición de controversias jurídicas análogas a las que se han venido planteando.

En relación con lo afirmado en los párrafos precedentes, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 4491-2013, detalló:

El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la “supremacía convencional” en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado “parámetro de convencionalidad”, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el “Estado convencional

de Derecho”, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el “bloque de convencionalidad”. De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del “margen de apreciación nacional”, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales.

Dentro de este contexto, algunas de las principales decisiones que ha tomado la ya aludida Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con personas refugiadas, migrantes o en general, no nacionales del país en el que se hallan, se pueden encontrar en casos y opiniones consultivas como:

- Vélez Loor vs. Panamá.
- Pacheco Tineo vs. Bolivia.
- Opinión consultiva número 21/2014.

2.5. Necesidad de construir una teoría del caso acorde con los principios que son objeto de análisis.

La teoría del caso, desde el punto de vista de González y Montero (2015) puede interpretarse como la “meta por alcanzar al finalizar el proceso” (p. 14), de modo que su visualización desde las etapas iniciales del proceso penal es fundamental, pues prácticamente son esos momentos preliminares los que decantarán la ruta por tomar durante el resto de la persecución penal.

La teoría del caso implica una tarea de construcción de argumentos y estrategias con la persona a la que

se representa, pero ello también depende de *“la naturaleza del hecho delictivo que se investiga, de las circunstancias fácticas que lo constituyen, de la valoración del entorno, de los elementos probatorios existentes de cargo y de descargo e incluso de la Teoría del Caso [sic] que la parte adversaria haya acordado”* (González y Montero, 2015, p.14).

Pues bien, en aquellos casos en los que la persona imputada alega que los hechos por los cuales está siendo investigada o por los que ha sido detenida responden a acciones estrictamente relacionadas con el contenido de los principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico, es de suma trascendencia que la defensora y el defensor público utilicen tales preceptos y sus componentes, como los pilares para definir una estrategia de acción que a su vez sirva de base para la teoría del caso.

En concordancia con lo que se ha expuesto en acápites anteriores, una adecuada teoría del caso, basada en estrategias de defensa pertinentes, implicaría que en el supuesto de las personas solicitantes de refugio que figuran como imputadas en un proceso penal por la aparente comisión de un delito de índole migratorio, sería viable la alegación de una causa de justificación (estado de necesidad justificante), en su defecto, de una causa de exculpación o en el peor de los casos, una excusa absolutoria.

En similar sentido, cuando de personas migrantes objeto de tráfico se trata, la teoría del caso de la Defensa Pública podría dirigirse hacia la confirmación de una causa personal de exclusión de la penalidad, o bien, de una eventual causa de justificación (estado de necesidad).

Ahora, la recomendación que aquí se plantea implica un desarrollo gradual, ya que la teoría del caso abarca varios niveles y ciertamente no pueden concretarse todos en un mismo instante, sino que un manejo de diversos elementos conceptuales y técnico jurídicos, más la definición de estrategias de acción con base en las particularidades de cada caso, lo que hacen es permitir o facilitar la consecución de los objetivos propuestos y que se irán alcanzando de manera paulatina.

Siguiendo con la tesitura de González y Montero

(2015), es oportuno señalar que la teoría del caso tiene un nivel fáctico, uno probatorio y otro de análisis jurídico, de modo que la defensora y el defensor público deben prestar especial cuidado cuando examinen tanto los hechos acaecidos como los soportes probatorios, para de ese modo tener un andamiaje suficientemente fuerte como para considerar si la conducta de la persona imputada es subsumible en el tipo penal o si por el contrario existen motivos para refutar tal fenómeno y alegar la imposibilidad de penalización de refugiados o de criminalización de migrantes objeto de tráfico.

2.6. En el caso de personas que buscan un refugio, coordinar con la Fiscalía para que se le permita a la persona imputada ponerse en contacto con la Dirección General de Migración o Extranjería a efectos de plantear su solicitud de asilo.

Al partir de la premisa de que existe un procedimiento específico para las solicitudes de asilo, las defensoras y defensores públicos deben conocer que de acuerdo con la normativa costarricense (Ley General de Migración y Extranjería), el trámite es, a grandes rasgos, el siguiente:

- Presentación de la solicitud ante la Dirección General de Migración y Extranjería, propiamente ante la denominada Unidad de Refugio, Visas Restringidas y Consulares.
- Completar un formulario de información personal y familiar, explicando los motivos que lo llevaron a salir de su país.
- Una vez cumplidos adecuadamente las dos etapas anteriores y habiendo hecho entrega de la documentación requerida, las personas solicitantes deben recibir de la Dirección General de Migración y Extranjería, un documento de identificación provisional en el que se hace constar su situación en el país.
- La Dirección General de Migración y Extranjería, específicamente la Unidad de Refugio, Visas Restringidas y Consulares, cita a las personas solicitantes para realizarles una entrevista.
- Superada la entrevista, las solicitudes se le remiten a los llamados “Oficiales de elegibilidad”, quienes analizan los expedientes y emiten las

recomendaciones correspondientes para la Comisión de visas restringidas y refugio, que también es una instancia de la Dirección General de Migración y Extranjería.

- La Comisión de visas restringidas y refugio es la que decide sobre si se procede o no a otorgar el asilo y si así lo hace, le emite un documento de identificación definitivo a la persona solicitante.
- Si la solicitud de refugio es rechazada, existe la posibilidad de presentar un recurso de revocatoria ante el *a quo* y si la Comisión de visas restringidas y refugio mantiene la decisión, puede interponer una apelación ante el Tribunal Administrativo Migratorio.

Al tener consciencia del procedimiento para la tramitación de las solicitudes de refugio, la defensora o el defensor público que representa a una persona a la que se le endilga un aparente delito que puede encasillarse dentro de los motivos migratorios, debe asesorarla para que, en caso de que quede en libertad, pueda presentarse cuanto antes a la Dirección General de Migración y Extranjería a realizar su solicitud y regularizar su estancia en el país.

Ahora bien, si por determinada circunstancia la persona imputada queda detenida, es fundamental tratar de coordinar con la Fiscalía para que le facilite los medios para ponerse en contacto con la ya antes aludida Dirección General de Migración y Extranjería, en el entendido de que es su derecho invocar el asilo.

2.7. En el caso de las personas solicitantes de refugio, debe mantenerse la confidencialidad y evitar el contacto con representantes del país de origen.

Las personas que solicitan la condición de refugio, normalmente lo hacen en virtud de que en sus países de origen corren peligro o son víctimas de alguna forma de persecución (temor fundado), de modo que cuando se presenta una situación en la que se debe atender a un individuo en estas condiciones, la defensora y el defensor público deben respetar a cabalidad el principio de secreto profesional y deben guardar confidencialidad en torno a las características del caso, máxime en la eventualidad de que agentes o representantes oficiales del país de origen, le pidan algún tipo de información.

Conocer más a fondo el concepto de temor fundado es el primer paso a partir del cual la defensora y el defensor público pueden tomar insumos para catalogar el caso como uno en el que puede haber motivos migratorios de por medio y también, es útil para reconocer hasta dónde podría ponerse en riesgo la seguridad de la persona a la que se representa o la de su familia, si llegara a filtrarse determinada información a los agentes o representantes del país de origen.

En relación con lo anterior, el ACNUR (2011) estableció las líneas guía para interpretar qué es un temor fundado y por ello es relevante esquematizar el punto mediante la siguiente tabla:

Tabla 4. Temor fundado.

Temor fundado	
<p>El temor fundado constituye la calidad principal de la persona que solicita el refugio, y se deriva de una situación de desprotección en su propio país ya sea hacia ella, hacia sus parientes o amigos o bien hacia otros integrantes del grupo racial, étnico, religioso o social al que ella pertenece (el temor no tiene que haber surgido necesariamente de una experiencia personal)</p>	
Elemento subjetivo del temor fundado	Elemento objetivo del temor fundado
<p>La evaluación del elemento subjetivo es un aspecto que no puede desligarse de las apreciaciones y de la propia personalidad del individuo que solicita el asilo.</p> <p>Por ejemplo, existen personas cuyas creencias religiosas o convicciones políticas son tan fuertes, que la amenaza de tener que prescindir de ellas puede convertirse en una situación tortuosa.</p> <p>También es distinta la forma de reaccionar ante el temor, ya que bien podría suceder que una persona impulsivamente decida huir de su país de manera rauda, pero puede haber otras que lleven a cabo este proceso de manera meditada y más pausada.</p>	<p>El temor de la persona solicitante no puede valorarse en abstracto, sino que debe examinarse de acuerdo con el contexto de la situación, lo que implica informarse sobre las características, el ordenamiento jurídico y las condiciones del país de origen (este es un aspecto que permite evaluar el grado de credibilidad de la persona).</p> <p>Deben tomarse en cuenta los antecedentes personales y familiares de la persona y en lo posible contrastar el contexto de su país de origen con su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político.</p>

Otro concepto que no puede dejar de analizarse es el de “persecución” y al respecto lo que puede advertirse es que implica una amenaza a la vida o la libertad de la persona, de su familia o de su grupo; en igual sentido, el término abarca todas aquellas conductas violatorias de Derechos Humanos que se basaron en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

Pueden existir otros tipos de amenazas o acciones que provoquen temores fundados, pero estos deben examinados de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Mención particular merece el caso de las mujeres que son solicitantes de refugio, porque en muchas ocasiones puede haber motivos de violencia sexual, violencia intrafamiliar, desintegración familiar o trasgresión de normas o costumbres sociales, que las convierten en objetivos de persecución y que pueden desencadenar en su huida del país de origen.

Sobre este último punto es de interés traer a colación una nota adicional al voto n°. 11576-2008 de la Sala Constitucional, en la que una magistrada añadió algunos puntos importantes a una resolución que dejó sin efecto un procedimiento de extradición precisamente utilizando argumentos relativos a la figura del refugio y la necesidad de fortalecer los lazos familiares. Para lo conducente, un extracto de esa nota adicional es el siguiente:

(...) el punto aquí no se reducía a determinar si a la amparada el ordenamiento jurídico del Estado requirente le garantizaría medidas de protección de violencia doméstica, como lo estimó el Juez de Casación Penal en la resolución de las catorce horas quince minutos del ocho de mayo del dos mil ocho –toda vez que eso carece de sentido, pues se le mantendría detenida en atención a la extradición y ya no está frente a la misma situación que tenía cuando sus hijas extranjeras eran menores de edad– sino valorar,

en primer término, la naturaleza del delito que se le endilgaba desde el año 1997 –cuando, según acusa, debió huir por razones de violencia doméstica con sus dos hijas menores en aquel momento, quienes actualmente declaran y abogan por su madre, con plena capacidad, y señalan haber sido víctimas de agresión por su padre y de la necesidad de haber huido (...)

2.8. Cuando de personas migrantes objeto de tráfico se trate y ellas estén interesadas, deben buscarse opciones de coordinación con representantes consulares del país de origen.

En la opinión consultiva número OC-16/1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999) estableció que forma parte del debido proceso legal, el derecho a la información sobre la asistencia consular, de hecho, este tribunal estableció:

8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de

Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria (p.76).

A diferencia de la situación que acaece con quienes solicitan asilo, en el caso de las personas migrantes que son objeto de tráfico, no hay ninguna persecución que provenga del país de origen, razón por la cual, ante una imputación penal por la comisión de un delito por motivos migratorios, no solo es viable, sino que es necesario que la defensora y el defensor público informen a quien representan, sobre esta posibilidad y si es de interés de la persona imputada que se le dé parte al Consulado o a la Embajada, debe facilitarse ese contacto.

En el supuesto de que la persona imputada no tenga interés en que su situación le sea comunicada a los funcionarios diplomáticos de su país de origen, debe respetarse esa decisión y proseguirse con el cauce normal del proceso, estableciendo las pautas adecuadas para la formulación de la teoría del caso a la que se hizo referencia en apartados superiores.

Conclusión

Una vez en este punto y a manera de corolario, es oportuno señalar que los principios de no penalización por entrada ilegal de personas refugiadas y de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico, efectivamente son muy importantes en clave de la Defensa Pública para enfrentar casos penales en los que se está investigando la comisión de un ilícito en cuyo seno hay fines meramente migratorios y en los que el sujeto activo puede ser una persona que pretende ingresar, permanecer o salir del país en virtud de peligros o riesgos en su Estado de origen; o bien, cuando está sometido a grupos criminales organizados que operan para traficar personas ilícitamente.

En lo que respecta al principio contenido en la Convención de 1951, una evaluación a la luz de la teoría del delito permite advertir tres posibles soluciones para no sancionar a la persona refugiada, la primera de ellas es la aplicación del estado de necesidad justificante, contenido en el artículo 27 del Código Penal, ya que se podría incurrir en un delito de con fines migratorios para salvaguardar bienes jurídicos más importantes, como la vida o la integridad.

Una segunda posibilidad es la de visualizar este principio como una causa de exculpación, ante la no exigibilidad de otra conducta por parte del sujeto activo. La tercera opción puede ser la de considerar la actuación ilícita de las personas refugiadas, como una causa personal de exclusión de la penalidad, también conocida como excusa absolutoria.

En un sentido similar, el principio de de no criminalización de personas migrantes objeto de tráfico, contenido en el Protocolo contra el tráfico, el cual complementa la Convención de Palermo, puede ser catalogado, desde la perspectiva penal costarricense, como una expresión general de un estado de necesidad justificante o, también, como una excusa absolutoria.

En lo que se refiere al tema de la autoría y participación de las personas refugiadas y migrantes objeto de tráfico, en delitos que tengan fines migratorios, lo que

es posible advertir es que en muchas ocasiones ellas no tienen el dominio funcional del hecho, sino que pueden actuar bajo condiciones de miedo, coacción o amenaza, lo cual dificulta que se les puedan encasillar dentro del concepto de autor del delito; por el contrario, una figura que bien se puede presentar en este tipo de situaciones, es la autoría mediata, en la cual los ejecutores materiales de la acción delictiva, pueden actuar como meros instrumentos, bajo la influencia o dirección de quienes conforman los grupos delictivos organizados.

Otra conclusión a la que se puede arribar a partir de este estudio, es que Costa Rica no contempla de manera expresa en sus leyes, a ninguno de los dos principios en cuestión, aunque el de no penalización de refugiados por ingreso ilegal sí está contemplado a nivel reglamentario. En cualquier caso, al estar contenidos en instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica, estos principios pueden interpretarse como de aplicación directa.

En este sentido, sí hay otros países latinoamericanos que han optado por el reconocimiento expreso de los principios a los que se ha venido haciendo alusión y el trasladarlos a un norma interna es una buena práctica en la que Costa Rica podría basarse para hacer una enunciación que facilite a las personas que administración justicia, conocer y aplicar los Principios.

Un último aspecto que vale la pena recalcar, es que las personas que trabajan en la Defensa Pública, necesariamente deben conocer estos principios y construir sus estrategias de litigio sobre ellos cuando el caso particular así lo amerite, favoreciendo de ese modo los intereses de las personas penalizadas o criminalizadas que en realidad son víctimas y facilitando un verdadero y efectivo acceso a la justicia, ya que estos individuos ciertamente se encuentran en serias condiciones de vulnerabilidad.

Al respecto, no debe obviarse la máxima de que la Defensa Pública es una institución cuyos valores pluralistas y humanistas la convierten en uno de eslabones más fuertes en el marco de la protección de los Derechos Humanos de las personas que han sufrido de procesos de exclusión social y de discriminación.

Bibliografía

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2011). *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Nueva York, EE.UU.: ACNUR.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2012). *Directrices sobre la detención*. Nueva York, EE.UU.: ACNUR.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2015). *Cuadro de los Estados americanos partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. Elaborado por la Unidad Legal Regional de la Oficina del ACNUR para las Américas*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/ileadmin/Documentos/BDL/2014/9505.pdf?view=1>

Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Nomos S.A.

Camacho, J, Montero, D, y Vargas, P. (2007). *La Culpabilidad*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

Castillo, F. (2003). *Tentativa y desistimiento voluntario*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (2010). *Derecho Penal: Parte General, Tomo III*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión consultiva número OC-16/1999*, del 1 de octubre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de setiembre del 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia del 23 de noviembre del 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre del 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia*, sentencia del 25 de noviembre del 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión consultiva número OC-21/2014*, del 19 de agosto del 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, resolución de supervisión de cumplimiento del 26 de febrero del 2016.

Feller, E. Turk, V. y Nicholson, F. (2010). *Protección de los refugiados en el Derecho Internacional*. Barcelona, España: Icaria.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid, España: Trotta, S.A.

González, H. (2007). *Marco jurídico que controla el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas en Nicaragua. Estudio de caso: Puesto Fronterizo Peñas Blancas*. Recuperado de <http://165.98.12.83/353/1/encuentro78articulo2.pdf>

González, J.A. (2008). *Teoría del delito*. San José, Costa Rica: Poder Judicial.

González, J.A. y Montero, D. (2015). *Teoría del caso y argumentación jurídica*. Heredia, Costa Rica: Poder Judicial.

Jinesta, E. (2014). *Derecho Procesal Constitucional*. San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán.

Juzgado Penal de Alajuela. (2017). Resolución de las quince horas con treinta y nueve minutos del 29 de marzo del 2017.

Llobet, J. (2011). *Derechos Humanos y Justicia Penal*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Muñoz, F., y García, M. (2009). *Derecho Penal: Parte General*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Navas, A. (2011). *Código Penal Comentado*. San José, Costa Rica: ULACIT.

Organización Internacional para las Migraciones. (2012). *Curso Introductorio sobre protección de poblaciones migrantes en condición de vulnerabilidad*. San José, Costa Rica: OIM.

Puig, F. (1950). *Derecho Penal*. Barcelona, España: Licilli.

Rojas, J. y Sánchez, C. (S.F.). *Teoría del delito: Aspectos teóricos y prácticos*. Recuperado de <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/libros/Teoria%20Delito.pdf>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 2994-1992*, de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del 6 de octubre de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 1746-95*, de las nueve horas del 31 de marzo de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 11576-2008*, de las nueve horas y veintinueve minutos del 25 de julio del 2008.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 4491-2013*, de las dieciséis horas de 3 de abril del 2013.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 1444-2011*, de las dieciséis horas y veintiocho minutos del dos de diciembre del dos mil once.

Save the children. (2012). *Violencia y trata de personas en Centroamérica: oportunidades de intervención regional*. Recuperado de <http://www.aecid.org.sv/wp-content/uploads/2013/07/EstudioViolencia.pdf?82a9e7>

Soler, S. (1976). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Talleres gráficos FA.VA.RO.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Protocolo de actuaciones para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional*. México D.F., México: Soluciones creativas Integra.

Tribunal de Casación Penal de San José. *Voto número 698-1997*, de las diez horas con diez minutos del 29 de agosto de 1997.

Tribunal de Casación Penal de San José. *Voto número 1037-1997*, de las catorce horas con cuarenta minutos del 23 de diciembre de 1997.

Valle, M. (2015). La víctima de trata de seres humanos como autor de delitos: la excusa absolutoria del art. 177 bis 11. En R. Alcácer, M. Martín y M. Valle, *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas* (págs. 123-154). Madrid, España: Edisofer S.L.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. Bogotá, Colombia: COMLIBROS.

Zaffaroni, E. R. (1988). *Tratado de Derecho Penal: Parte General, Tomo V*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal: Parte General*. 2da. ed. Buenos Aires, Argentina: Ediar.