

LA JUDICIALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE MIGRANTES¹

Marvin Ernesto Mora Rosales²

Sumario: I.- Introducción; II.- Definiciones y Contenido de la migración ilegal; III.- El Caso; IV El proceso penal para el delito de tráfico de migrantes. V.- Violaciones a los derechos humano de los acusados y los migrantes VI.- Conclusión. VII.-Bibliografía.

Resumen: Este artículo se centra en auscultar las condiciones procesales y administrativas de la judicialización del delito de tráfico de migrantes que se sigue contra los traficantes que guían, trasladan, albergan o transportan a los migrantes arto 318 Cp. analizando el fenómeno desde diversos principios constitucionales y procesales que deben ser aplicado como garantías fundamentales, analizando si los criterios que usan el órgano acusador para judicializar; el caso son de naturaleza jurídica, si se subsume la conducta en la norma penal y cuál es el correcto marco jurídico constitucional y procesal que ratifican y consagran el debido proceso para este tipo de delito.

Summary: The prior article is based on the examination of the administrative and procedural conditions of the judgment of the crime of migrant traffic which is applied to the those who guide, transport, shelter to the migrants, article 370 from the Procesal Code (Pc.) It also analyzes this issue from different from constitutional and procedure principals, which must be applied as fundamental guarantees. Also it analyzes the criteria established by the prosecutor for the indictment, if it subsums the conduct of the penal norm and see what is the correct legal constitutional frame and procedural that ratifies and consagrates the right procedure for this kind of offense.

Palabras clave: Criminalidad, coyote, migración, código penal y código procesal penal, constitución de la república de Nicaragua.

1 Autorizado por el Comité de Pares el 12 de agosto del 2016

Master en Derecho Procesal por la Universidad Politécnica de Nicaragua, docente de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas RUR- Rivas, Estudiante del Doctorado en Derecho “Tendencias del Derecho en el Siglo XXI”.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es auscultar el sistema judicial nicaragüense, relacionado a los criterios de judicialización de ciertos delitos que son acusados de forma excepcional por una mal llamado “políticas de estado. Nos referimos al delito de Tráfico de Migrantes regulado y reformado por la ley 896 “Ley contra la trata de persona”³, se analizara diferentes argumentos jurídicos procesales para entender que una errónea imputación de este tipo penal, generaría una violación al principio de legalidad, al debido proceso, que tiene como finalidad dar solución a los conflictos de naturaleza penal y el restablecimiento de la paz jurídica y la convivencia social armónica mediante el esclarecimiento de los hechos y a la determinación de la responsabilidad de los acusados que son la base del desarrollo del Estado de derecho. Ver arto 7 cpp.

En el actual proceso de judicialización del fenómeno de la migración irregular, el cumplimiento de los principios y exigencias establecidos en la ley y los tratados internacionales, son de ineludible cumplimiento para alcanzar la cúspide del ordenamiento jurídico Constitucional. De tal manera que no puede juzgarse a nadie sin observación estricta a esos principios y garantías constitucionales. Los administradores de justicia en cumplimiento a lo establecido por la constitución y las leyes deben garantizar el debido proceso y observar que se cumpla las garantías mínimas a favor de los procesados.

Por otro lado la humanización de los administradores de justicia y los usuarios del sistema abogado, fiscales, procuradores, defensores, deben velar que por ningún motivo la comisión de un delito grave y complejo no le quita la condición de humano al procesado, particularmente en los delitos de tráfico donde las personas son extranjeras; el principio de culpabilidad subjetiva constituye el límite de los objetivos punitivos del Estado y el mismo obliga a cumplir con los procedimientos mandados por la constitución y las leyes.

3 Ley contra la trata de persona, Ley N° .896. aprobada el 28 de enero 2015. Publicada en la gaceta N° 38 del 25 de Febrero año 2015. Nicaragua.

II. DEFINICIONES Y CONTENIDO DE LA MIGRACIÓN ILEGAL

“El derecho de los pueblos es nunca estar de acuerdo con el silencio, sino tomar el bello pensamiento de la libertad” Hegel.

El artículo 63⁴ que reformael artículo 318 Tráfico de migrantes define: *“Quien con fines de migración ilegal, facilite, promueva o favorezca por cualquier medio la entrada salida o permanencia de una persona del territorio nacional será penado de cinco a ocho años de prisión y de quinientos a mil días multas, con igual pena se sancionara al que: 1.- contrate, traslade, transporte oculte o albergue personas con fines de migración ilegal; 2.- Habilite a una persona que no sea nacional o residente para permanecer en el territorio nacional sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en el mismo recurriendo a medios ilegales; 3.- Elabore, confeccione, facilite, suministre o posea documentos de viajes o de identidad falsos con el propósito de hacer posible el tráfico ilícito de migrantes así como quien facilite o porte documentos de identidad auténticos que pertenezca a otra persona con los mismos fines....”*

Según el glosario OIM establece:⁵*“Migración Ilegal o Migración Irregular persona que se desplazan al margen de las normas de los estados de envío de tránsito o receptor no hay definición universalmente acertada y suficiente mente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo es decir que el migrante no tiene la autorización necesario ni los documento requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viajes, o pasaporte valido o no cumple con los requisitos administrativos exigido para salir del país. Hay sin embargo una tendencia a restringir cada vez el uso del término de migración ilegal a los casos de tráfico de migrantes y trata de*

4 Ley contra la trata de persona, Ley N° .896. aprobada el 28 de enero 2015. Publicada en la gaceta N° 38 del 25 de Febrero año 2015. Nicaragua.

5 Glosario sobre la migración internacional OIM Organización internacional para las migraciones (2006)

persona.”

El artículo 10 numeral 19 de la ley de migración y extranjera⁶ señala “Atribuciones. Declarar la entrada o la permanencia de extranjeros, cuando no puedan probar su situación regular en el país..”; Artículo 171 “Deportaciones: la deportación es el acto administrativo dispuesto por el director o directora general de Migración y Extranjería en el que ordena poner fuera del territorio nacional a una persona extranjera que se encuentre en cualquiera de las siguientes causales: 1.- Ingresar al territorio nacional por punto no habilitado....”; el artículo 40⁷ del reglamento de la misma ley señala “La dirección de Extranjería es la especialidad encargada de aplicar y garantizar el cumplimiento de las leyes, decretos, normas, convenio, y demás disposiciones relacionada al registro, documentación y control de los extranjeros dentro del territorio nacional.”

Expuesto el marco jurídico existente en nuestro país expondré un hecho acusado por este tipo penal para que sirva de referencia.

III EL CASO: “EL DÍA MIÉRCOLES UNO DE JUNIO DEL DOS MIL DIECISEIS APROXIMADAMENTE A LAS CINCO DE LA TARDE EL OFICIAL DE POLICÍA (XXXXX) DEL ÁREA DE INTELIGENCIA DE LA POLICÍA NACIONAL RECIBIÓ INFORMACIÓN DE QUE LOS ACUSADOS A, B Y C CON PLENO CONOCIMIENTO DE CAUSA Y DE FORMA VOLUNTARIA SALDRÍA DE MANAGUA A LAS SIETE DE LA NOCHE EN DOS VEHÍCULOS HACIA SAPOA MUNICIPIO DE CÁRDENAS RIVAS CON EL OBJETIVO DE TRANSPORTAR DE FORMA ILEGAL A UN GRUPO DE MIGRANTES INDOCUMENTADOS A LA CIUDAD DE MANAGUA, PARA EL ILÍCITO LOS ACUSADOS DIVIDIERON FUNCIONES, A CONDUCE EL AUTOMÓVIL MARCA TOYOTA TERCER COLOR BLANCO PLACA M076351, B CONDUCE UNA CAMIONETA MARCA CHEVROLET GMC MODELO YUKON XI COLOR NEGRO PLACA M085053 SIENDO ACOMPAÑADO COMO COPILOTO POR EL ACUSADO C, QUIEN SERVÍA DE APOYO ANTE CUALQUIER EVENTUALIDAD, LOS TRES ACUSADOS A ESOS DE LAS DOCE Y TREINTA MINUTOS DE LA MEDIA NOCHE [SIC] SE ESTACIONARON AL COSTADO DERECHO DE LA VÍA SUR A NORTE DE LA

6 Ley general de migraciones y extranjería, N°.761. Aprobada el 31 de marzo del año 2011.

7 Decreto, N°. 31- 2012 (Reglamento a la ley N° 761)

CARRETERA PANAMERICANA EN EL KILÓMETRO 138, 200 METROS HACIA EL NORTEDONDELOSTRESACUSADOSDECIDIERONMONTARADICHOSVEHÍCULOS A VARIOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS QUE YA HABÍA INGRESADO POR PUNTO NO HABILITADO DESDE COSTA RICA HACIA NICARAGUA, A DECIDIÓ MONTAR PARA TRANSPORTAR A MANAGUA A LOS INDOCUMENTADOS ALEX CABILA, ALFREO CABILA Y RIFLO JOLUE, MIENTRAS QUE B CON AYUDA DE C MONTAN PARA TRANSPORTAR A MANAGUA AL VEHÍCULO LOS MIGRANTES DIZU SMITH MATLUNI, ZWAN GAMI JEPH, FABINI TADIYA; MAMADOU SENAT, DESMOND ELIOT; LOS TRES ACUSADOS FUERON INTERCEPTADO Y DETENIDO EN FLAGRANTE DELITO.”⁸

IV. EL PROCESO PENAL PARA EL DELITO DE TRAFICANTE DE MIGRANTES ILEGALES.

El procedimiento penal en Nicaragua es ordinario para todos delitos comunes, sin embargo el delito de Tráfico de migrantes reviste la característica de ser de naturaleza compleja y compuesta, precisamente porque se vincula con actos delictivos de trata de persona, crimen organizado, tráfico de órganos etc.; estas dos característica de tipicidad se hacen necesario para que antes del juzgamiento se tiene que determinar la tipicidad descriptiva, en caso contrario el hecho seria atípico y resulta ineficaz someterlo a proceso.

Para el jurista ERNESTO PEDRAZ PEÑALVA en su obra “INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL PENAL (Acotado el ordenamiento jurídico nicaragüense), dice: *“Por actividad probatoria de cargo (...) en sentido incriminador, ha de entenderse aquello que resulte bastante para acreditar tanto la existencia de hecho punible como la participación del acusado en su comisión (...) Así la actividad probatoria que exige el respeto de la presunción de inocencia es menester, ante todo, que, en cuanto tal actividad probatoria, se haya verificado en el proceso; así mismo, que se haya condenado al reo, siendo necesaria tal actividad probatoria respecto a los elementos específicos que configuran el delito y sin que ningún caso el derecho presuma en contra del acusado...”*

Según el estudio de cinco Casos de Tráfico de Migrantes en el departamento de Rivas se observa que no se ha cumplido con lo establecido en la ley 896 “**Ley contra la trata de persona**” se presentó la acusación, con reos detenidos, no se realizó el anticipo de prueba, no se cumplió con el procedimiento correspondiente de llevar a los migrantes irregulares para que identificaran a las personas que los habían trasladado por el territorio nacional, no se cumplió con solicitar a la Dirección General de Extranjería la determinación de irregularidad de los migrantes Véase el artículo 10 inciso 19 ley 761; no se cumplió con el tratamiento oportuno a como lo establece el arto 136 del decreto N° 31- 2012 “Reglamento a la ley N° 761 que determina el proceder ante retención de personas en situación irregular.

Contrario a lo que se hace actualmente para la judicialización del tráfico de migrantes es necesario determinar la tipicidad del hecho punible, la determinación de las consecuencias jurídicas y su conexión sistemática con el delito, por lo que para que el Tráfico de Migrantes se pueda judicializar se debe reunir ciertas características **típicas** las cuales señalo:

- a. Que Migración y Extranjería acredite el carácter de extranjero y la estadía irregular en el territorio nacional de los supuestos Migrantes Irregulares.
- b. Que al momento de la retención de los migrantes irregulares se les haya realizado el anticipo de prueba ante el Juez de audiencia.
- c. Que se les solicite a los migrantes Irregulares las copias de sus pasaportes o documentos que los identifique.
- d. Que hayan sido entregados a la orden de migración y extranjería para determinar su condición migratoria y se les dé un trato humanista a como lo establece el procedimiento de la ley de trata de persona.

En caso concreto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia N° 5 de las 11.00 a.m. del 1 de Marzo 2005 (B.J. Pág. 325), es del criterio “*que no se puede atribuir la comisión de un delito en base a indicios, hay que demostrar con evidencias que fue el autor del hecho ilícito.....La doctrina en este sentido, considera que el judicial para poder dictar una sentencia condenatoria debe estar absolutamente convencido, esto es, debe tener certeza absoluta y total de la*

responsabilidad del encartado, en los hechos, puesto que, la culpabilidad ha de probarse indubitadamente (...). Ante lo expuesto, esta Sala Penal considera que, al no logarse obtener de la prueba reunida en el juicio, la certeza acerca de la culpabilidad del acusado, que el no conseguirse llegar a la certeza, corresponderá la absolución, no sólo frente a la duda en sentido estricto, sino también, cuando haya probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado...”

V. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS ACUSADOS Y LOS MIGRANTES

Al hablar de violaciones en aquellos delitos mal llamados “político- criminal” se hace necesario señalar las Irregulares que quebranten el bien jurídico protegido de la libertad así:

Es muy importante señalar que el delito de tráfico de migrante está comprendido dentro de los delitos regulados por la ley 745⁹ En el artículo 3 numeral 9, que implica esto para los procesados con este tipo penal que no puede otorgarse otra medida cautelar que no sea la prisión preventiva, además el artículo 44 de la ley 735¹⁰ establece en la parte infine “ *en todos estos delitos que en la pena se califique como grave por su naturaleza, se tramitaran en prisión preventiva mientras dure el proceso hasta que se dicte sentencia.*”

Actualmente con la aplicación del artículo 44 de la ley 735 en este tipo de proceso se ha asumido por los juzgadores roles del procedimientos para asuntos de tramitación compleja, constituyendo procesos de excepción, violentando la regla a seguir del procedimiento ordinario, con los plazos ordinarios establecido en el artículo 134 Cpp de la duración del proceso que establece “*en todo juicio por delitos en el cual exista acusado preso por la presunta comisión de un delito grave se deberá pronunciar veredicto o sentencia en un plazo no mayor de tres meses contados a*

9 Ley de prevención, investigación y persecución del crimen organizado y de la administración de los bienes incautado, decomisados y abandonados; N°.735. Publicada en la gaceta N° 199 y 200 del 19 y 20 de octubre 2010.

10 Ley de ejecución, beneficio y control jurisdiccional de la sanción penal. N°. 745. publicada en la gaceta N° 16 del 26 de enero del año 2011.

partir de la primera audiencia.....”

Esta errónea aplicación del arto 44 de la ley 735 en estos tipos de juicio conlleva a la ampliación de los plazos, implicando una mayor limitación de los derechos del imputado, que podrá estar detenido provisionalmente un mayor tiempo, y sometido a proceso por un tiempo prolongado sin la obtención de una resolución como es el caso de ejemplo en el capítulo III que su primera audiencia fue el seis de junio 2016 y hasta la fecha 2 de febrero 2017 no ha recaído sentencia. Además se violenta el derecho constitucional y legal de “justicia pronta”, y el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable.

Por tal razón se debe recordar que las violaciones a los derechos humanos es el verdadero medidor del derecho penal, desde tiempos antiguos la pena se aplicaba como la determinación de la voluntad del poder punitivo, sin embargo ha venido evolucionando en estandartes de principios humanista, alejando de los condenados todo tipo de vejaciones inútiles y de sufrimientos, pero que difícil es cuando el delito que se lleva a la judicialización es un delito que se tienen comodirectrices político- criminal y no importa la condición humana del acusado y sus derechos sin cumplir con estándares cualitativos que alejan a una nación del verdadero sueño de la justicia.

62

En la judicialización de los delitos de migración irregular cuando no se cumple con el principio de Objetividad por parte de los órganos investigadores y acusadores la persecución punitiva transgrede normas de derecho humano, como son

Principio de Legalidad:

Arto. 34 Cn. Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones a las siguientes garantías mínimas, (inciso 11).- A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes.

Arto. 1 CP. “Principio de legalidad Ninguna persona podrá ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley penal anterior a su

realización. Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la ley.

No será sancionado ningún delito o falta con pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que no se encuentre prevista por la ley anterior a su realización. No se podrán imponer, bajo ningún motivo o circunstancia, penas o consecuencias accesorias indeterminadas. Las leyes penales, en tanto fundamenten o agraven la responsabilidad penal, no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. Por ningún motivo la Administración Pública podrá imponer medidas o sanciones que impliquen privación de libertad.

Presunción de inocencia. Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente y como tal deberá ser tratada en todo momento del proceso, mientras no se declare su culpabilidad mediante sentencia firme dictada conforme la ley.

Hasta la declaratoria de culpabilidad, ningún funcionario o empleado público podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido.

“El estado de inocencia de que goza todo imputado durante el proceso tiene como una de sus consecuencias indirectas el que la investigación solo podrá avanzar ante el incremento de las probabilidades de autoría de parte del justiciable, en el momento crítico del debate oral a la situación de que si no se accede a la certeza, no es posible la condena del imputado”¹¹.-

Principio de Derecho a Defensa

Referida en su conjunto a la defensa material y a la defensa técnica y en especial la obligatoriedad de toda autoridad que intervenga en el proceso penal a comunicar al acusado sus derechos esenciales.

Principio de celeridad procesal conocido comúnmente como Justicia pronta referido a obtener una resolución en un plazo razonable y que el formalismo de la resolución no debe perturbar las garantías constitucionales.

11 Sentencia No.30 dictada por la Suprema Corte de Justicia. Sala de lo Penal. Managua 24 de febrero de 2006).

VI. CONCLUSIÓN

Actualmente la persecución de la criminalidad es el complemento existente entre la dogmática del derecho penal y las políticas del estadoo bien el seguimientos a los delitos satanizados mal llamados “político- criminal” entonces no es difícil suponer que el estado ha dado un viraje en un derecho penal cada vez menos humanista, basado en una persecución penal poco objetiva, donde no importa en algunos casos el respeto a las garantías constitucionales sino el castigo degradante impuesto al ser humano acusado.

Según lo abordado en este artículo para este tipo penal de Tráfico de migrantes lo esencial será identificar cuáles son los factores biopsicosociales y ambientales que más inciden en el incremento de la criminalidad, para poder determinar si tiene la presencia de la criminalidad organizada, tomar muestras si el procedimiento es el correcto para el Juzgamiento de estos delitos y conocer las características del problema en Nicaragua qué hacer, cómo intervenir y cómo abordar este fenómeno.

Creo que el dilema que la Justicia es del pueblo ya ha incidido en el juzgamiento del tráfico de migrantes sin bien es cierto no es objeto de estudio para este articulo seria referente que el lector sepa que en Nicaragua un caso de Tráfico de migrantes fue tratado de una manera diferente porque el pueblo determino que el acto del acusado fue un acto de humanidad y no se criminalidad ver caso Nilamar Mora.

VII. BIBLIOGRÁFICA

Ley contra la trata de persona, Ley N° .896. Aprobada el 28 de enero 2015.
Publicada en la gaceta N° 38 del 25 de Febrero año 2015. Nicaragua.

Glosario sobre la migración internacional OIM Organización internacional para las migraciones (2006)

Ley general de migraciones y extranjería, N° .761. Aprobada el 31 de marzo del año 2011.

Decreto, N°. 31- 2012 (Reglamento a la ley N° 761)

Acusación Juzgado Distrito Penal de Rivas, cinco de junio 2016

Ley de prevención, investigación y persecución del crimen organizado y de la administración de los bienes incautado, decomisados y abandonados; N°.735. Publicada en la gaceta N° 199 y 200 del 19 y 20 de octubre 2010.

Ley de ejecución, beneficio y control jurisdiccional de la sanción penal. N°. 745. publicada en la gaceta N° 16 del 26 de enero del año 2011.

Ley de ejecución, beneficio y control jurisdiccional de la sanción penal publicada en la gaceta N° 16 del 26 de enero del año 2011.

Código Penal de la Republica de Nicaragua, Ley N°.641. Publicada Gaceta Nos 83, 84, 85,86 y 87 del 5, 6, 7,8 y 9 de mayo 2008.

Código Procesal Penal de Nicaragua, Ley N°.406 publicada el 13 de noviembre 2001.