

**REPÚBLICA DE CUBA
UNIVERSIDAD DE LA HABANA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES
Y CRIMINOLÓGICAS**

TÍTULO: Los delitos contra el normal tráfico migratorio y otras figuras afines, desde una perspectiva cubana.

Tesis Doctoral

Autor: Dr. Arnel Medina Cuenca

Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Tutora: Dra. Mayda Goite Pierre

Profesora Titular y Principal de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

Defendida en la Universidad de La Habana, el 9 de diciembre de 2013.

Mi hijo no nació para morir en el mar.
Ningún un dios le castigo,
Ninguna maldición le obliga a ser esclavo.
A mí hijo lo mata cada tarde
una forma de entender el mundo,
una manera criminal de gobernar
en la que el ser humano no es lo prioritario,
porque el hombre aún no se cotiza en bolsa...

Fragmento del poema

Nuestros hijos,

Pilar del Río.

AGRADECIMIENTOS:

Normalmente esta hora del recuento se inicia con un párrafo general, en la que se le agradece a todos los que han contribuido al resultado final que se presenta y a continuación se expresan los agradecimientos específicos a aquellas personas que más han colaborado en nuestra formación y en la conformación de la investigación.

Yo quiero comenzar por mis padres, que dondequiera que estén, es mi deseo, que sean los primeros en recibir esta dedicatoria, de un hijo agradecido, que reconoce que sin su gran sacrificio e insistencia para que estudiara una carrera universitaria, no estaría hoy aquí, ni tampoco pudiera tener la hermosa familia que me ha dado la vida. Desde su condición de campesinos con bajo nivel de instrucción, pero con altísima educación y decencia, me dieron todo lo que pudieron y hasta más, y sobre todo me enseñaron a hacer el bien y a ayudar a los demás sin detenerme a pensar en cuanto me lo agradecerían.

A Mayda, mi compañera de la vida, fuente de inspiración, ejemplo y estímulo para empeños mayores. El infinito apoyo recibido de ti y de Arnelito en los momentos difíciles y tormentosos del año 2012, en medio de tantas dificultades, nos demuestran que la familia que hemos formado es fuerte e indestructible. No podía ser de otra manera entre dos seres humanos en los que el ser amado se siente de verdad dentro del ser querido.

A Arnelito, nuestra obra en formación, pero bien encaminado en la vida. Te quiero y te agradezco por la gran preocupación que siempre me has demostrado en los momentos de alegría y también en los de desesperanza.

A Diana y Ronald, mi primer nieto, les quiero.

Espero tener la oportunidad de asistir a la discusión de las tesis doctorales de mis hijos.

Al querido profesor y amigo, Catedrático de la Universidad de Valencia, España, Juan Carlos Carbonell Mateu.

A Josefina y Mirna, en representación de todos los que me ayudaron con tanta dedicación y constancia en la etapa final de la tesis.

A mis compañeros de la Facultad, que tanto me han apoyado y especialmente por la acogida que me han dado, en los buenos momentos y también en los que no han sido tan buenos.

A mis compañeros de la Unión de Juristas, que desde la Junta Directiva, el Consejo Nacional, la Sede Nacional y las provincias me apoyaron durante tantos años y al final cerraron filas con altura de miras, como correspondía. Si pudiera resumir en un nombre tanto apoyo y fidelidad, demostrada en días difíciles, ese es el de Yamila González Ferrer.

A todos y a todas, a los juristas y también a los que sin serlo, han contribuido a esta obra, de alguna manera.

Les estoy infinitamente agradecido.

Les quiero.

SÍNTESIS:

TÍTULO: Los delitos contra el normal tráfico migratorio, desde una perspectiva cubana.

El trabajo parte de la problemática existente en nuestro país, con el tema migratorio y el tráfico de seres humanos, unido a la inexistencia de resultados de investigaciones científicas, que permitan formular las bases para el perfeccionamiento de la legislación penal que necesitamos, en materia de enfrentamiento al delito de tráfico de personas, con el adecuado rigor, pero también con la debida racionalidad en el tratamiento del fenómeno migratorio, que está requerido de un enfoque integral y multidisciplinario.

La investigación se estructuró en dos capítulos, el primero aborda el tema migratorio a partir de la influencia de la globalización, la participación de la delincuencia organizada transnacional, el papel de la Comunidad internacional y también el tema migratorio cubano y la política de doble rasero que aplica el Gobierno de los Estados Unidos, con relación a Cuba, de restringir la emigración legal, ordenada y segura y estimular, con fines políticos las salidas ilegales.

En el segundo capítulo se realiza una valoración crítica del delito de Tráfico de personas, que a casi tres quinquenios de vigencia de las modificaciones introducidas al Código Penal por la Ley No. 89 de 1999, está requerido de una mirada evaluadora de sus preceptos, con vistas a su transformación.

Como principal resultado se obtiene una propuesta de modificación legislativa del Título XV del Código Penal cubano: "Delitos contra el normal tráfico migratorio", que fue insuficientemente redactado por el legislador de 1999 y que en la actualidad, al propio tiempo que ha servido para enfrentar el creciente incremento del delito de tráfico de personas, vinculado a grupos organizados procedentes de la Florida y de otros países del área, se muestra insuficiente para garantizar una efectiva protección penal del orden migratorio y los derechos humanos de los traficados, dada la complejidad de sus formas de ejecución.

ÍNDICE:

No.	CONTENIDO	Página
I.	INTRODUCCIÓN	7
II.	DESARROLLO	18
	CAPÍTULO I. La migración fenómeno del que se desprende el tráfico de personas	18
1.1.	Globalización, nuevas formas de esclavitud y migraciones internacionales	18
1.1.1.	Las migraciones latinoamericanas hacia la Unión Europea y España	30
1.2.	El expansionismo penal y su incidencia en el tráfico y la trata de seres humanos	35
1.3.	Las diferencias entre el tráfico y la trata de personas	42
1.4.	Instrumentos internacionales contra el Tráfico ilícito de personas	45
1.4.1.	La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	47
1.4.2.	La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos	51
1.4.2.1.	El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes	53
1.4.2.2.	El Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas	55
1.4.1.3.	Las leyes modelos de Naciones Unidas contra el tráfico y la trata de personas	57
1.4.2.4.	A manera de resumen	58
1.5.	El fenómeno migratorio en Cuba un análisis imposible de eludir	60
1.5.1.	Los primeros años. Camarioca	61
1.5.2.	El puente aéreo y la Ley de Ajuste Cubano	62
1.5.3.	La crisis de los ochenta. El Mariel y los acuerdos migratorios de 1984	64
1.5.4.	La crisis de los balseros y los acuerdos migratorios de 1992	65
1.5.5.	La vigencia de la Ley de Ajuste Cubano y el incremento de las operaciones de tráfico de personas desde Cuba	67
1.5.6.	El Programa de Profesionales Cubanos de la Medicina Bajo Palabra	69
1.5.7.	La reforma migratoria de 2012	70
1.5.8.	Consideraciones finales	71
	CAPÍTULO II: Fundamentos criminológicos y penales del Tráfico ilícito de Personas	73
2.1.	Fundamentos criminológicos para ofrecer una correcta formulación dogmática al enfrentamiento al tráfico de personas	73

2.2.	El bien jurídico protegido	76
2.2.1.	El bien jurídico protegido. La <i>ratio legis</i> del criterio “normal tráfico migratorio”	84
2.3.	Los elementos de la conducta típica. Planteamiento del problema	89
2.3.1.	Elementos de la conducta típica	91
2.3.2.-	Otros elementos de tipicidad	94
2.3.2.1.	La modalidad de entrada al país con fines de migración	94
2.3.2.2.	La modalidad de la salida del país con fines de emigrar	96
2.3.2.3.	El elemento del ánimo de lucro	97
2.3.2.4.	La cuestión en torno al término “terceros países”	98
2.4.	Medios para cometer el delito	101
2.5.	El sujeto activo y la participación delictiva	102
2.6.	Y quien es el sujeto pasivo?	104
2.7.	Otra interrogante en el <i>iter</i> de la conducta	105
2.8.	Análisis de la figura autónoma del apartado uno del artículo 348	106
2.9.1.1	Circunstancias de agravación del tipo penal	109
2.9.1.2.	Riesgo a la vida o la integridad corporal o lesión o muerte	109
2.7.1.3.	Presencia de Menores de catorce años	110
2.9.1.4.	Violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas.	111
2.10.	El elemento subjetivo	112
2.11.	El resultado	113
2.12.	El <i>iter criminis</i>	113
2.13.	Problemas concursales	115
2.13.1	La confluencia de figuras. Entrada y salida ilegal del territorio nacional	115
2.13.2.	Trata y tráfico de personas de personas en la legislación penal cubana	117
2.13.3.	El delito de venta y tráficos de menores	120
2.13.4.	Otras conductas en concurso: Falsificación de documentos, Estafas, Cohecho	121
III.	CONCLUSIONES	123
IV.	RECOMENDACIONES	125
V.	BIBLIOGRAFÍA	128

I. INTRODUCCIÓN

Las migraciones son tan antiguas como la humanidad misma. A lo largo de la historia siempre han sido un elemento para garantizar la sobrevivencia o mejorar las condiciones de vida de las sociedades. Se considera que probablemente las primeras migraciones, ocurrieron cuando las tribus agotaron los suelos del lugar donde cultivaban sus alimentos y se vieron forzadas a abandonarlos y buscar otro con mejores condiciones.

En épocas remotas el hombre se trasladaba de un lugar a otro en busca de alimentos, con la evolución de la sociedad, la posibilidad de encontrar mejores condiciones de vida determinó los flujos migratorios entre regiones y países y en los últimos siglos con el desarrollo del transporte, las comunicaciones, los efectos de la globalización y fundamentalmente como consecuencia del incremento significativo de las desigualdades entre países del norte desarrollado y el sur, empobrecido, el tema migratorio se ha convertido en un problema que preocupa a la Comunidad internacional y a los Estados nacionales.

En la medida en que los países más ricos restringen la entrada de inmigrantes a sus territorios, se produce un incremento significativo de las migraciones ilegales, con una participación creciente de las bandas criminales que han encontrado una vía de obtener fáciles ganancias, no solo traficando seres humanos, sino también con fines de explotación sexual, laboral, para la extracción de órganos corporales y para otros medios ilícitos.

El motivo de las migraciones que han ocurrido a lo largo de la historia de la humanidad, siempre ha sido el mismo: buscar otro país que les brindara oportunidades de disfrutar de mayor felicidad, prosperidad y bienestar. Fue a partir de la penúltima década del siglo XIX en el año 1881, cuando ya adquieren la característica de transferencia de mano de

obra, dentro de un sistema económico internacional¹. “Como tal, el fenómeno está directamente sujeto al ciclo económico del capitalismo, lo cual explica su atenuación a partir de la crisis de 1929 y hasta 1945, cuando finaliza la Segunda Guerra Mundial”².

Desde la segunda mitad del siglo XX, la migración va, en lo fundamental, desde los países en vías de desarrollo hacia los más avanzados. Los factores que incentivan la inmigración son la existencia de mayores niveles de bienestar o mejores servicios sociales en los países de destino, unido a los motivos políticos, económicos, el desempleo, las crisis económicas, las guerras, los cambios climáticos y los desastres naturales, que en general provocan desplazamientos a veces forzados y de igual modo la existencia de redes sociales y familiares que arrastran nuevas migraciones.

El proceso de globalización aporta una novedad al tema migratorio: mientras los países del Norte propugnan la total libertad para la circulación de los capitales y mercancías, ponen enormes trabas burocráticas a la circulación de las personas, militarizan las fronteras y los aeropuertos y construyen muros. Ahora se trata de la aplicación de políticas migratorias encaminadas a favorecer solamente la entrada de aquellos que les interesa, en función de su preparación profesional y de objetivos específicos.

En el presente se estima que los principales emisores de migrantes son China, México, India, Filipinas e Indonesia. Se prevé que durante los próximos 50 años los principales receptores de migrantes serán Estados Unidos, Alemania, Canadá, Gran Bretaña y Australia. También se calcula que en Europa la población económicamente activa decrecerá drásticamente para el año 2025.

Hasta el 2050 se pronostican decrecimientos de hasta el 40% en esa población en

¹ ESQUIVEL LEYVA, Manuel de Jesús. (2003): “La migración de trabajadores mexicanos hacia Estados Unidos 1848 - 1994”. ONCE RÍOS EDITORES. Culiacán. Sinaloa. México, p. 23.

² *Ídem*, p. 23. *Vid* BAGU, Sergio. (1985): “Tendencias Migratorias en el Mundo”, en: Audiencia Pública Trabajadores Migratorios. Senado de la República / Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., mayo 22, p. 233.

Alemania, Polonia, Italia y España, en virtud de sus bajas tasas de fertilidad. Por su parte, el Fondo para la Población de Naciones Unidas indica que serán necesarios seis millones más de personas en edad productiva para contrarrestar este “*shock* demográfico”, por lo que las migraciones seguirán teniendo “futuro”³.

En América Latina la migración, entendida como el movimiento de personas de un Estado a otro con el propósito de radicarse de manera temporal o permanente, es un fenómeno cada vez más importante. Su trascendencia radica no sólo en el volumen de personas involucradas, sino también en el impacto económico y social que conlleva, tanto para el Estado emisor, como para el Estado receptor.

A pesar de lo masivo y del impacto de los flujos migratorios, poco se repara en los derechos humanos de las personas migrantes. En muchos casos, la violación de los derechos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales en sus países de origen, es el factor primordial en la decisión de emigrar. A pesar de ello, se observa con frecuencia que las personas migrantes son víctimas de violaciones a sus derechos tanto en el tránsito como en el lugar de destino.

La condición de no ciudadanos coloca a las personas migrantes en una situación de particular vulnerabilidad. El desconocimiento de la lengua, las costumbres, la legislación y las prácticas dificulta su relación con las autoridades estatales y limita o pone trabas al acceso a servicios y programas estatales, resultando en violaciones a sus derechos humanos.

³ OLEA, Helena. (2004): “Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del Sistema Interamericano”. “El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y los de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). San José. Costa Rica. Disponible en:

http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1375160761/Sistema%20Interamericano.pdf

Consultado el 15/11/2013, a las 13.00.

Ante el incremento de los flujos migratorios, en las últimas décadas del pasado siglo y en los inicios del siglo XXI, como resultado de las crisis y conflictos políticos, económicos y sociales, los países receptores han respondido endureciendo los controles en las fronteras, lo que no ha traído como resultado la disminución de los flujos migratorios, pero sí ha contribuido a hacer más difícil, costoso y peligroso el viaje. La falsificación de documentos, la violencia común, el tráfico de migrantes, la trata de personas, los viajes en medios de transporte que no ofrecen condiciones de seguridad, se han convertido en parte de la migración, acentuando la percepción del inmigrante como infractor de la ley y aumentando su condición de vulnerabilidad⁴.

La práctica de engañar al migrante para que viaje al extranjero para trabajar, es una forma de explotación que genera grandes utilidades a las mafias internacionales que controlan el tráfico de seres humanos. En un estudio de 2009, llamado «El Costo de la coacción», la OIT calculó que se extorsiona a los trabajadores migrantes hasta 20.000 millones de dólares por año en todo el mundo⁵.

⁴ Vid, OLEA, Helena, *op. cit.* p. 16.

⁵ Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos. Informe de la trata de personas. Junio de 2012, p. 9. Disponible en:

<http://photos.state.gov/libraries/mexico/310329/October2012/JTIP%20REPORT%202012-Introduction-RTF062712-final-SPA.pdf> Consultado el 29/8/2013, a las 19.00. Véase al respecto: ESPINOZA BERROCAL, Gustavo Felipe.

(2005): “Tráfico de personas. La tercera actividad ilegal más lucrativa del Mundo”. Universidad Autónoma del Sur – IX Región – Chile. p.4. Disponible en:

http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=192:tráfico-de-personas-&catid=41:parte-especial&Itemid=27 Consultado el 30/8/2013, a las 19.00. El autor en su artículo exclusivo para: www.carlosparma.com.ar afirma en relación con estos polémicos informes que desde el año 2000 ha venido publicando el Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos, que: “según ellos, tiene el objetivo de combatir el Tráfico de Personas en Latinoamérica, pero que al mirar debajo de las cenizas, en realidad tiene como fin, detener la ola migratoria proveniente desde América Latina, ... hacia su país, que aun, hoy en día, no pueden controlar eficazmente. Esta observación se basa, en el descaro con que actúa Estados Unidos al presentar este informe y la hipocresía de esta supuesta Política de Estado con la que quiere actuar, debido a que actualmente, es el principal mercado y productor de mercancía sexual y de pornografía en América y en el Mundo, el que aporta a sus erarios, grandes cantidades de dólares al año, y que en razón de ello, carecería de la moral para juzgar y calificar a los demás países del orbe en virtud de esta materia”.

Los dramas de los inmigrantes no se reducen a una frontera ni a un determinado mar. Son globales y si se utilizaran límites esquemáticos para esbozarlo, habría que decir que cortan al planeta entre Norte y Sur. Una parte, desesperada por las paupérrimas condiciones de vida, e incluso el serio peligro de muerte por conflictos bélicos, y que habita algún país pobre del Sur, decide, perdida por perdida, subir a precarias barcas o encomendarse a mafias organizadas que por altas cifras de dinero, dicen que la pondrán del otro lado de la frontera. Pero ese “sueño” termina en el fondo del mar, o muriendo de sed en el desierto de Arizona o preso en algún establecimiento policial hasta la inevitable deportación. O en una situación de esclavitud laboral o explotada por una red de trata. El final del viaje no es de sueño. Es pesadilla⁶.

Por otra parte, una vez que llegan al país de destino, los inmigrantes no autorizados deben continuar viviendo en condiciones irregulares. Los empleadores y las autoridades conocen la imposibilidad de los migrantes no autorizados de solicitar protección en caso de abuso o violación de las normas, lo que resulta para ellos en condiciones de trabajo violatorias de la ley, en la imposibilidad de acceder a bienes y servicios como el resto de la población y en su propia renuencia a solicitar protección estatal cuando son víctimas de delitos o de faltas administrativas, o cuando requieren de atención a necesidades especiales.

Adicionalmente, en los procesos penales y migratorios de los que son parte, no se garantiza adecuadamente el debido proceso, ni a nivel normativo ni a nivel práctico. En concreto, se observan deficiencias en los servicios de traducción, en la información sobre la protección consular y en la existencia de un amplio margen de discrecionalidad en los actos administrativos, entre otros.

⁶ Vid, MARÍN, Emilio. (2013): “Miles de inmigrantes pobres mueren tratando de salir de infiernos”. Disponible en: <http://www.laarena.com.ar/opinion/ya-sea-por-mar-a-lampedusa-o-en-la-frontera-de-eeuu-103737-111.html> Consultado el 22/10/2013, a las 13.00.

Es importante tomar en cuenta, también que la población migrante está compuesta por grupos a los cuales se les ha reconocido una protección especial. Miembros de comunidades indígenas, mujeres y niños migrantes, requieren de la atención a sus necesidades específicas. Por otra parte, la discriminación racial contra las comunidades afrodescendientes, indígenas y contra otros grupos étnicos, como los musulmanes fundamentalmente, a partir del once de septiembre de 2001, también repercute en el fenómeno migratorio y deben ser valorados para la protección efectiva y la garantía de los derechos de las personas migrantes.

La **migración** comprende el desplazamiento de individuos o pueblos de un país a otro, cruzando las fronteras, para establecerse en él, por razones económicas, sociales o políticas, entre otras.

En el marco de la Unión Europea, se utiliza también la definición estadística de **migración**, como el cambio de residencia habitual, de acuerdo los Reglamentos 763/2008 y 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Censos de Población y Vivienda y Protección Internacional⁷.

La **inmigración** consiste en llegar a un país para vivir en él; incluye el cambio de residencia de una persona o grupo de una región o país a otro, desde el punto de vista del lugar de destino de los desplazados⁸. La migración es interna si las personas cambian de territorio en un mismo país, y es externa si provienen del extranjero.

⁷ Instituto Nacional de Estadística. (2013): “Cifras de población a 1 de enero de 2013. Estadística de Migraciones 2, p.18. disponible en: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/25/nota_INE.pdf Consultado el 20/8/2013, a las 19.00.

⁸ *Ídem*, p. 20.

La **emigración** se entiende como el abandono voluntario de un país para establecerse en otro, desplazamiento de un grupo de personas o de un individuo de uno a otro país, ya sea de forma temporal o permanente.

Se considera **emigrante** el que se traslada de su país de origen a otro, generalmente, con la intención de desarrollar una actividad de tipo laboral, aunque, en rigor de verdad los individuos deciden abandonar su lugar en el mundo por otras y muy complejas circunstancias. Podría decirse que la **emigración** termina donde comienza la **inmigración**, es decir, el emigrante en determinado momento del proceso cuando llegue a destino se convertirá en inmigrante. Cuando la emigración ocurre por razones políticas, entonces se utiliza el término **emigrado**, en lugar de emigrante.

Todo lo anterior nos motivó para realizar una investigación sobre la temática desde una perspectiva multidisciplinaria teniendo en cuenta que es imposible abordarla, sin dar una mirada transversal a fundamentos históricos, sociológicos, criminológicos, que nos permitan poner énfasis en las cuestiones penales que son el objetivo esencial del estudio.

La importancia del tema parte desde la misma percepción social y jurídica que se tiene sobre él, que comienza por la Comunidad internacional y sus pronunciamientos, los reclamos de los grupos de Derechos humanos y los penalistas, que consideran la necesidad de recalcar que no es el Derecho penal la solución a esta problemática sino solo un instrumento de *ultima ratio* para dar respuesta al ataque a un bien jurídico importante como es la dignidad humana, que se pone en peligro con el tráfico de seres humanos, cuya tendencia general es de personas indocumentadas, que entran al nuevo territorio sin portar documentos o con documentación falsa, o sin el dinero suficiente para pagar el costo del viaje, lo que los somete a los traficantes y con frecuencia la

conducta inicial de tráfico de personas se convierte en trata y el sueño de una vida mejor en una moderna forma de esclavitud que puede durar muchos años.

El problema para Cuba es de evidente trascendencia y actualidad; en los últimos cincuenta años la política hostil del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica se ha dirigido a estimular la migración ilegal de los ciudadanos cubanos hacia ese país, obstaculizando el tránsito ordenado y seguro de las personas que desean emigrar; mientras que, por otra parte, la adopción de regulaciones internas que enfrenten esta problemática, lo convierte el tema muy sensible para nuestro país.

No hay dudas entonces que ese incremento de las migraciones ilegales ha llevado a muchos países, entre ellos al nuestro, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, a adoptar medidas legislativas para prevenir y combatir con mayor eficacia el tráfico ilícito de seres humanos, que en la actualidad aparece vinculado a los grupos delictivos organizados, los que desarrollan sus actividades, fundamentalmente por vía marítima, poniendo en peligro la vida y la seguridad de las personas.

Hasta la incorporación al Código Penal de esta nueva figura delictiva, rigió entre nosotros, en el Título IV: Delitos contra el orden público, los delitos de entrada y salida ilegal del territorio nacional, que tipifican como infracciones penales la entrada y la salida sin cumplir las formalidades legales establecidas.

La Ley 87 de 15 de febrero de 1999, significó una modificación trascendental no solo por la introducción del Título relacionado con el Tráfico de personas, sino también con otras conductas relevantes como el Tráfico y la Trata de personas y el Tráfico y Venta de niños, lo que requiere a casi tres quinquenios de vigencia, de una mirada evaluadora de sus preceptos, lo que nos llevó a proponernos como **problema científico** de esta investigación el siguiente: Como prever a la luz de las doctrinas legales contemporáneas

e instrumentos jurídicos internacionales, supuestos típicos que den respuesta al fenómeno del tráfico migratorio ilegal y otras figuras afines en el proyecto legislativo de Código Penal cubano.

En ese sentido la Hipótesis de trabajo transita por considerar que: La correcta configuración de tipicidades relacionadas con el fenómeno de la migración ilegal y otras figuras afines en el proyecto legislativo de código penal cubano, facilitaría la reacción penal ante estos hechos, si se armonizara con las doctrinas contemporáneas e instrumentos jurídicos internacionales relacionados con la materia.

OBJETIVO GENERAL

Evaluar como parte del proyecto legislativo de Código Penal cubano, propuestas de conductas vinculadas con el tráfico de personas y figuras afines, atemperadas a las doctrinas contemporáneas e instrumentos jurídicos internacionales, que permitan una reacción eficaz de los órganos de Administración de Justicia ante el fenómeno del tráfico migratorio ilegal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar desde una perspectiva global el estado actual del fenómeno migratorio y los Instrumentos emitidos por la Comunidad internacional para enfrentar las migraciones ilegales.
- Sistematizar los diversos criterios doctrinales y legislativos que sobre el delito de tráfico de personas, existen en la teoría del Derecho penal actual, con especial énfasis en el bien jurídicamente protegido, la estructura del tipo penal, las formas de comisión del mismo y cómo ello se refleja en el diseño legislativo cubano, a fin de poder ofrecer un conjunto de parámetros que contribuyan a su perfeccionamiento.

MÉTODOS

1. Análisis y síntesis: que se empleará en el procesamiento de la literatura jurídica científica.
2. Dogmático jurídico: para el análisis de la institución jurídica
3. Exegético: para el análisis de la norma penal
4. Jurídico comparado: que se utilizará en el análisis del Derecho positivo Iberoamericano.
5. Inductivo - deductivo: para las conclusiones y recomendaciones.

ESTRUCTURA DE LA TESIS

La investigación se estructura en dos capítulos.

En el primer capítulo se desarrolla todo el fenómeno migratorio actual, sus consecuencias y los pronunciamientos de la Comunidad internacional a través de Convenciones, Directrices y otros instrumentos, así con su incidencia en Cuba.

En el segundo capítulo se desarrolla la figura del tráfico de personas en sus distintos elementos y concepciones doctrinales y se entrelaza con el análisis de otras figuras delictivas afines.

TÉCNICAS EMPLEADAS

- Fichaje de bibliografía y normas jurídicas.
- Análisis de sentencias.

RESULTADOS ESPERADOS

1. Sistematización y delimitación de los criterios doctrinales acerca del delito y el bien jurídico protegido.
2. Determinar las insuficiencias que tiene la norma en la descripción del tipo penal de Tráfico ilícito de personas, aportando soluciones al ordenamiento jurídico con vistas a futuras modificaciones del Código Penal, donde además de los elementos técnicos jurídicos se incluyan las recomendaciones contenidas en los instrumentos jurídicos internacionales vigentes sobre esta materia.
3. Aportar un material bibliográfico actualizado que sirva para la enseñanza de pre y postgraduada.

I. DESARROLLO

A. CAPITULO I. La migración fenómeno del que se desprende el tráfico de personas

1.1. Globalización, nuevas formas de esclavitud y migraciones internacionales

El siglo XXI tan esperado por muchas personas en el mundo, como un símbolo de esperanza y aliento para tiempos mejores, ha consolidado el proceso de globalización y con ello no solo sus aspectos positivos, sino que también se aprecia un incremento de la concentración del capital en determinados territorios, lo que contribuye al mantenimiento del subdesarrollo en otros menos favorecidos, que ha propiciado un significativo incremento de las migraciones irregulares, con una participación cada vez más creciente de la delincuencia organizada, también globalizada.

No resulta posible analizar las migraciones internacionales y el tráfico ilícito de personas sin tener en consideración la influencia de la globalización en el incremento de los flujos migratorios. Como han expresado BERZOSA Y MARTÍNEZ: La globalización de los intercambios, el aumento de las inversiones directas de las multinacionales en el extranjero y la integración mundial de los mercados financieros, ha llevado a la internacionalización económica y a la intensificación de los flujos socioeconómicos a través de todo el planeta, pero también a una polarización a nivel mundial entre ricos y pobres dentro del Estado y, aún más, entre Estados ricos y Estados pobres a nivel global⁹.

⁹ BERZOSA, Alfonso, MARTÍNEZ, Carlos. (2002): “Los efectos de la globalización y propuestas alternativas”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. No. V, pp. 145 y ss. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/publicaciondetallada.html&Identificador=CD0200503&dkey=5566&TableName=PJPUBLICACIONES&Criterio=colecciones> Consultado el 22/8/2013, a las 11.00.

Coincidimos con TERRADILLOS BASOCO, en que la globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias penales de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad, sobre todo como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles¹⁰ y en el tema que nos ocupa, provoca que las bandas criminales se aprovechen de las penurias que sufren los más desfavorecidos con la distribución de la riqueza y encuentren en el tráfico de seres humanos una vía para obtener fáciles ganancias aprovechándose de la debilidad y en ocasiones de la falta de interés de los Estados para combatir este flagelo, a pesar de los esfuerzos que desde la Comunidad internacional y desde la sociedad civil se desarrollan para enfrentar a las mafias internacionales que se benefician del tráfico de seres humanos y proteger a las víctimas.

La globalización, contrario a lo que pudiera esperarse por quienes en determinado momento, vieron en ella la solución de todos los males de la humanidad, sin tener en cuenta los efectos negativos de su vertiente neoliberal, no va a atenuar los flujos migratorio. La mayoría de las migraciones modernas tienen sus raíces en la actual estructura del sistema económico, que al fomentar la concentración del capital en determinadas áreas, contribuye al mantenimiento del subdesarrollo en otras menos favorecidas. La globalización, lejos de ser un paso para conseguir la protección de los derechos y libertades fundamentales de los individuos, ha supuesto «la concentración de poder y beneficio en torno a tres polos: “Unión Europea, Estados Unidos y Japón”, con la inevitable consecuente depauperación de quienes, individuos o colectivos, quedan al margen». (...). Y frente a la necesidad, de poco sirve la impermeabilización de las fronteras. La imposibilidad de acceder a los recursos esenciales en gran parte del planeta, y la imposición de criterios excesivamente restrictivos para el acceso y

¹⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan. (2001): “Sistema penal y criminalidad internacional”, en Nieto Martín (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, Cuenca, p. 309.

permanencia legal en los países llamados «del primer mundo», interaccionan entre sí constituyendo el principal factor determinante del tráfico ilegal de personas¹¹.

El estudio de las migraciones internacionales en el contexto del actual mundo globalizado, nos permite reconocer la existencia de una relación directa entre desarrollo vs subdesarrollo, entre equilibrio vs desequilibrio, entre equidad vs desigualdad. Al realizar un análisis detallado de las causales que lleva consigo la presencia actual de este fenómeno, nos lleva a su vez a observar la existencia de efectos determinantes sobre las economías nacionales. Las políticas migratorias y económicas relacionadas con la globalización están destinadas a impedir la movilidad, pero lo que ocurre es que el mercado y la propia situación económica imperante a través de la propia política es lo que impulsa al incremento de estos flujos¹².

En consecuencia, al aumentar la brecha entre ricos y pobres se incrementa la conflictividad social, disminuyen las posibilidades de empleo y en general de la satisfacción de las necesidades en los habitantes de los territorios menos favorecidos por el desarrollo económico y al propio tiempo se produce un crecimiento de la demanda de fuerza de trabajo en los países más desarrollados, propiciando los flujos migratorios y con ello la globalización de las migraciones.

¹¹ RODRÍGUEZ MESA, María José. (2001): “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 22-23. *Vid*, también en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (2007) “Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación”, donde afirma que...”la pérdida de capacidad estatal derivada del proceso de globalización, o al menos su inconsistencia en el campo de producción y aplicación del Derecho, determina la incapacidad del sistema penal para controlar las nuevas relaciones sociales”. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf> Consultado el 26/5/2013 a las 15:20.

¹² RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Miriam. (2000): “La migración inter regional de América Latina: problemas y desafíos”. Centro de Estudios de Migraciones Internacionales (CEMI). La Habana, Cuba. Julio de 2000, p. 1. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/cemi/miginter.pdf> Consultado el 15/10/2013, a las 21.00.

En nuestro entorno geográfico, en los últimos 50 años el Caribe, con una población de 37 millones de personas¹³ y un estimado de 42 millones en el 2010, según Naciones Unidas, ha perdido a más de 5 millones de habitantes a lo largo de este proceso. Es una de las regiones con mayores niveles de emigración y con mayor variedad dentro de la propia región. Los países que han mantenido un mayor flujo han sido Guyana, Surinam, Jamaica, Trinidad y Tobago y Santa Lucía. La migración internacional de la Comunidad del Caribe se caracteriza, en rasgos generales, por desplazamientos entre países, que en algunos casos representan proporciones importantes de las poblaciones nacionales y por la existencia de una intensa movilidad circular, que implica el retorno en etapas a los países de origen, con la combinación de elementos de emigración, recepción y tránsito, presentes en casi todos los casos¹⁴.

A más de una década del inicio del nuevo siglo, en el análisis de los temas migratorios, es necesario considerar también, que propiciado por la globalización, se está produciendo un reequilibrio impresionante del poder económico mundial¹⁵, lo que a mediano plazo incidirá en las tendencias de las migraciones. Por primera vez en 150

¹³ Informe sobre las migraciones en el mundo. OIM 2010. Naciones Unidas.

¹⁴ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Miriam. (2011): “Flujos Migratorios en el Caribe”. *Anuario Digital CEMI: Migraciones Internacionales y Emigración Cubana 2011*, p. 88. Disponible en: <http://www.uh.cu/centros/ceci/wp-content/uploads/2011/11/Flujos-Migratorios-en-el-Caribe1.pdf> Consultado el 15/10/2013, a las 21.00. La prestigiosa investigadora de la Universidad de La Habana añade que: “Entre los países caribeños que en el 2010 reportan mayores porcentajes de migración en relación con su población total se encuentran: Islas Caimán con el 63 % de su población, Islas Vírgenes norteamericanas con el 56%, Guyana Francesa con un 46.5 %, Anguila con el 39 %, Islas Vírgenes Británicas con el 36 % y Aruba con casi el 32%. El resto de los países los porcentajes fluctúan entre un 25 a un 13 %”.

¹⁵ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). (2013): “Informe Sobre Desarrollo Humano 2013. El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso”, p. 12. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2013GlobalHDI/Spanish/HDR2013%20Report%20Spanish.pdf> Consultado el 3/9/2013, a las 19.00. En el referido informe se afirma que en tiempos de incertidumbre, los países, del Sur están sosteniendo colectivamente el crecimiento económico mundial, apuntalando a otras economías en desarrollo y reduciendo la pobreza. Aún le quedan grandes desafíos por afrontar, y en ellos vive gran parte de la población pobre del mundo. No obstante son un ejemplo de que con políticas pragmáticas y un claro enfoque del desarrollo humano pueden surgir oportunidades latentes en sus economías, estimuladas por la globalización. Las regiones en desarrollo también han estrechado vínculos entre sí: entre 1980 y 2011, el comercio entre países del sur aumentó de menos del 8% del comercio internacional de mercancías a más del 26%. Se puede afirmar que existe un “sur” en el Norte y un “norte” en el Sur. Las élites, tanto del Norte como del Sur, están cada vez más globalizadas y conectadas, se benefician con la enorme generación de riqueza alcanzada en la última década, en parte debido a una aceleración de la globalización.

años, la producción combinada de las tres economías líderes del mundo en desarrollo, Brasil, China e India, es prácticamente igual al PIB combinado de las potencias industriales más consolidadas del Norte: Canadá, Francia, Alemania, Italia, Reino Unido y Estados Unidos¹⁶.

En el siglo XXI, como se ha señalado con acierto desde la doctrina, la esclavitud no puede considerarse una monstruosidad del pasado de la cual nos hayamos definitivamente liberado, se trata de un negocio que en el mundo está más en auge que nunca. La globalización, la pobreza, los desequilibrios demográficos de los países de origen, la violencia social, la inestabilidad política de los Estados, los conflictos étnicos o religiosos y la modernización de la agricultura, constituyen factores de gran impacto, que determinan la permanencia de la esclavitud, favorecida por la inmigración económica y la vulnerabilidad de los inmigrantes¹⁷.

Al analizar la denominada esclavitud del siglo XXI, MIRÓ LLINARES, nos dice que el tráfico ilegal de personas, bien para la posterior prostitución o bien simplemente para su posterior entrada en un país rico, resulta una actividad delictiva que aporta cada vez más beneficios, por lo que empieza a ser monopolizada por las mismas mafias que se dedican también al tráfico de armas, drogas o, incluso al terrorismo internacional, mientras que, por otra parte, al extremarse los controles migratorios en los países más desarrollados, en busca de posibles potenciales terroristas, se perciben en la opinión pública como fenómenos relacionados que, en el fondo, son muy diferentes entre sí¹⁸.

¹⁶ *Ídem*, pp. 12-13. En 1950, Brasil, China e India juntos representaban solo el 10% de la economía mundial, mientras que a los seis líderes económicos tradicionales del Norte les correspondía más de la mitad. Según las proyecciones de este informe, para el año 2050 Brasil, China e India juntas serán responsables del 40% de la producción mundial, superando ampliamente la producción combinada proyectada del bloque actual del Grupo de los Siete. En la actualidad, al Sur en su totalidad le corresponde alrededor de la mitad de la producción económica mundial, mientras que en 1990 producía solo un tercio.

¹⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. (2002): “Algunas Consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas”. REDUR No. 0, p.110. Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/perez.pdf>. Consultado el 27/4/2013 a las 13:50.

¹⁸ MIRÓ LLINARES, Fernando. (2008): “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.10, pp, 6-7. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10->

GARCÍA VÁZQUEZ, afirma con razón que: Europa estaba orgullosa de que la esclavitud se erradicara aquí antes que en cualquier otro continente. Lamentablemente, la esclavitud está volviendo bajo formas igualmente repulsivas que generan ganancias exorbitantes. La trata de personas es, sin atisbo de duda, la actividad criminal de mayor crecimiento en la Unión Europea, y las medidas tomadas hasta la fecha para reducir este fenómeno aún no han producido resultados tangibles. El tráfico crece con la globalización económica y la apertura de fronteras interiores. La demanda de una mano de obra barata e indocumentada contribuye al comercio ilegal de seres humanos, reduciendo costos; sin embargo, esta deflación se hace a costa de la dignidad humana y menoscaba las normas internacionales básicas de derechos humanos, laborales, de salud y de seguridad¹⁹.

La trata de seres humanos ha sido calificada como “la versión moderna” de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX, aunque la nueva esclavitud del siglo XXI es más rentable; más barata que aquella legalmente establecida porque se fundamenta en una relación de dominio, en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es bastante inferior²⁰. Con frecuencia, como apuntamos *supra*, las víctimas del tráfico de personas, terminan en el lugar de tránsito o en el de destino, en situaciones de esclavitud laboral, o atrapadas por una red dedicada a la trata de

[05.pdf](#). Consultado el 12/8/2013 a las 09:40 Al valorar la incidencia de la sensación de seguridad que produce la sociedad de riesgo el tema migratorio, añade que: “En la actualidad, tanto a nivel popular, como en los medios de comunicación, es frecuente considerar que el crecimiento de la delincuencia es un fenómeno debido en gran parte al aumento de la inmigración”. A modo de ejemplo refiere los resultados de una encuesta realizada a la población castellano-leonesa, en la que más del 60% de los ciudadanos relacionan inmigración y tráfico de drogas, más del 75% prostitución e inmigración, y casi un 60% inseguridad ciudadana e inmigración (ANTÓN PRIETO, José. Ignacio. (2004): “Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa”, en Pérez Álvarez, F (Ed.). *Serta in memoriam Alexandrii Baratta*, Ediciones Universidad Salamanca. Salamanca, p.253. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1029339> Consultado el 16/8/2013, a las 18.00).

¹⁹GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia. (2008): “Inmigración ilegal y Trata de personas en la Unión Europea: La desprotección de las víctimas”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 5, Número 10, julio-diciembre. Disponible en:

<http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/06SoniaGarciaVazquez.htm> Consultado el 25/5/2013 a las 15.20.

²⁰ POMARES CINTAS, Esther. (2011): “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 13 – 15. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> Consultado el 14/3/2013 a las 16:40.

personas²¹, ante la imposibilidad de pagar el precio del transporte u otras deudas que se les han ido añadiendo en el camino²².

Los traficantes utilizan a las víctimas como objetos o artículos: emplean la coacción, el engaño o el cautiverio por deuda, privando a las víctimas de sus libertades fundamentales, tales como decidir sobre su propio cuerpo y su trabajo. Viola el derecho humano fundamental a la vida y la seguridad de no ser sometido a la esclavitud en ninguna de sus formas”²³.

En su reciente informe sobre el Estado de los Derechos Humanos en el mundo de 2013, Amnistía Internacional ha afirmado que: “La carrera por los recursos no es más que un aspecto de nuestro mundo globalizado. Otro es la circulación de capitales, que cruzan fronteras y atraviesan océanos para llegar a los bolsillos de los poderosos. Sí, la globalización ha conllevado prosperidad y crecimiento económico para algunas personas, pero la experiencia de los pueblos indígenas se está repitiendo en otras comunidades que ven cómo los gobiernos y las empresas se benefician de las tierras en donde viven y pasan hambre”²⁴.

²¹ En los tiempos actuales con demasiada frecuencia las redes dedicadas al tráfico participan en la trata y viceversa, lo también ocurre con las relacionadas con el tráfico de drogas y de armas y también las dedicadas al lavado de dinero.

²² Según datos estimados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 29% de las víctimas del trabajo forzoso se encontraron en esta situación después de haber cruzado las fronteras internacionales, la mayoría de ellos con fines sexuales. El 15% se convirtieron en víctimas de trabajo forzoso después de desplazamientos en su país, mientras que el 56 % restante no abandonó su lugar de origen o residencia. Vid, Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Preguntas y respuestas sobre el trabajo forzoso”. Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_182014/lang--es/index.htm Consultado el 23/10/2013, a las 21.00.

²³ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. (2007): “Delitos de trata y tráfico de personas”. *Revista Cubana de Derecho*. No. 30. Julio – diciembre, p. 40.

²⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL (AI). (2013): “El Estado de los Derechos Humanos en el mundo 2012”. Edición y traducción al español: Editorial Amnistía Internacional (EDAI) Valderribas, 1328007 Madrid España, p.16. Disponible en: http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternational_AnnualReport2013_complete_es.pdf Consultado en 26/5/2013 a las 11:00

Desde 1945, finalizada la segunda guerra mundial y hasta principios de los años setenta del siglo XX, los flujos migratorios hacia Europa Occidental fueron favorecidos, por las necesidades de la reconstrucción y también de la expansión de sus economías. Al analizar las tendencias de las migraciones en este periodo ÁLVAREZ ACOSTA, nos dice que: “Los mercados laborales de los países del Primer Mundo, en este caso europeo, estuvieron abiertos por necesidades propias de su crecimiento y expansión, mientras la fuerza de trabajo de esa misma región - fueron los casos de España, Italia y Grecia – y provenientes del Tercer Mundo veía satisfecha relativamente sus necesidades”²⁵.

A partir de 1974 los países europeos cerraron sus fronteras a la inmigración y los ingresos de inmigrantes a sus territorios se limitan a los que aspiran a la condición de refugiados y a quienes postulan a programas tendientes a captar trabajadores con calificaciones específicas, con lo que se produce una contradicción, entre el discurso liberal en materia de circulación de capitales y mercancías y la política de imponer severos controles a la libre movilidad de trabajadores y a la radicación de personas en sus territorios, como ya se ha dicho *supra*.

En los países tradicionalmente receptores de inmigrantes, como Estados Unidos, Canadá y Australia, se aplican también políticas progresivamente selectivas hacia determinadas categorías de inmigrantes, con la intención de evitar los conflictos que surgen, sobre todo en periodos de crisis del sistema capitalista, tanto de la competencia entre los trabajadores nacionales de esos países y los inmigrantes como de otros procesos, como el resurgimiento del nacionalismo, la xenofobia y el rechazo “al

²⁵ ÁLVAREZ ACOSTA, María Elena. (2005): “Siglo XX: migraciones humanas”. Editora Política. La Habana. Cuba, p. 24.

diferente”, que han vuelto a tomar peso en las últimas décadas²⁶. Estamos ante el denominado “robo de cerebros”, a partir de una necesidad de los países receptores, de cubrir especialidades que no tienen y aprovecharse de los conocimientos de especialistas de otros países para su propio beneficio y por otra parte, la contratación de una fuerza laboral deficitaria en empleos que no cuentan con posibilidades de cubrir en sus países. Las políticas restrictivas a la libre circulación de las personas, se convierten en un estímulo a las inmigraciones ilegales y al tráfico de personas, con la participación creciente del crimen organizado, que aprovecha las circunstancias para obtener fáciles ganancias²⁷.

En los primeros años del siglo XXI, con el desarrollo tecnológico y la mundialización de las economías, las personas se mueven de un país a otro en cantidades nunca antes vistas, ya sea como profesionales del comercio, como turistas, o como migrantes. El número de inmigrantes de última generación existentes en el mundo en 2013 se estima en 232 millones, que representan el 3,2% de la población mundial²⁸, frente a los 175 millones en 2000 y 154 millones en 1990. Entre 1990 y 2000, la cifra de migrantes internacionales aumentó en un promedio de 1,2 % anual. Durante el período de 2000 a 2010, la tasa de crecimiento anual se aceleró, llegando a 2,3 %. Desde entonces, sin embargo, ha disminuido, pasando a alrededor de 1,6 % anual durante el período de

²⁶ PELLEGRINO, Adela. (2003): “La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencias y perfiles de los migrantes”. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago de Chile, marzo, p.8. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/12270/lcl1871-P.pdf> Consultado el 13/9/2013, a las 10.00.

Resulta polémico comparar las políticas migratorias de estos tres países, no obstante las similitudes existentes y resaltadas por PELLEGRINO, debido a que resulta evidente, que mientras para los Estados Unidos, las migraciones ilegales constituyen un problema muy grave, Canadá y Australia, mantienen una política de regular las migraciones de acuerdo a las necesidades de sus economías y los niveles de migración irregular no resultan significativos.

²⁷ Se trata en la actualidad de la tercera actividad ilegal más lucrativa del mundo, antecedida del tráfico de armas y del de drogas.

²⁸ RYDER, Guy. (2013): “Es necesario un nuevo enfoque sobre migración laboral”. Artículo de opinión del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). De cara al Diálogo de alto nivel sobre Migración y Desarrollo que tuvo lugar en Nueva York, los días 3 y 4 de octubre de 2013, auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_222797/lang-es/index.htm Consultado el 24/10/2013, a las 11.00. El autor destaca además que el aumento de las cifras, se debe a diversas razones: “cambios en las tendencias demográficas, aumento de las desigualdades económicas, incremento de la inestabilidad política y crisis ambientales imprevistas”.

2010 a 2013²⁹, lo cual se corresponde con los efectos de la crisis en los principales países receptores.

En 2013, alrededor de 82,3 millones de migrantes internacionales que han nacido en el Sur residen en el Sur, 81,9 millones nacidos en el Sur, viven en el Norte. El número de migrantes internacionales del Norte, que también reside en el Norte se situó en 53,7 millones, mientras que 13,7 millones de migrantes internacionales del Norte vivían en el Sur³⁰. El alto número de migrantes que residen en países del Sur han determinado que “prácticamente la mitad de las remesas enviadas a su país de origen por emigrantes del Sur corresponde a trabajadores que viven en otros países en desarrollo”³¹. Los permisos de trabajo otorgados a extranjeros en el Brasil aumentaron en un 64% entre 2009 y 2011, habiendo sido los nacionales de los Estados Unidos el grupo beneficiario más numeroso en 2011³².

De los 20 principales corredores de remesas en el mundo, 16 son parte de la corriente migratoria Sur-Norte. En 2010 se remitieron casi 100.000 millones de dólares desde los Estados Unidos de América hacia los países del Sur, lo que representa más de una tercera parte del total de las corrientes de remesas en el mundo de la migración Sur-Norte. Ese mismo año, los cinco principales corredores registraron más de 10.000 millones de dólares estadounidenses en remesas, cada uno, encabezados

²⁹ *Vid*, International Migration 2013. The number of international migrant worldwide reaches 232 million. High-level Dialogue on International Migration and Development. High-level meetings for the 68th session of the General Assembly. Department of Economic and Social Affairs Population Division September. Available at: https://www.un.org/en/ga/68/meetings/migration/pdf/International%20Migrants%20Worldwide_totals_2013.pdf Retrieved on 25/10/2013, 18.00.

³⁰ *Vid*, International Migration 2013. Migrants by origin and destination. High-level Dialogue on International Migration and Development. High-level meetings for the 68th session of the General Assembly. Department of Economic and Social Affairs Population Division September. Available at: https://www.un.org/en/ga/68/meetings/migration/pdf/International%20Migration%202013_Migrants%20by%20origin%20and%20destination.pdf Retrieved on 25/10/2013, 18.00

³¹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *op. cit.* p.15.

³² Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2013): “Informe sobre las migraciones en el mundo 2013”. Impreso en España por Gráficas Alcoy, p. 81. Disponible en: http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2013_SP.pdf Consultado el 26/10/2013, a las 11.30.

por el de los Estados Unidos de América a México, 22.000 millones y el de los Emiratos Árabes Unidos a la India, con 14.000 millones³³.

Brasil, China e India han reducido drásticamente la proporción de personas que son pobres en ingresos. Brasil ha pasado del 17,2% de la población en 1990 al 6,1% en 2009; China, del 60,2% en 1990 al 13,1 en 2008; e India, del 49,4% en 1990, al 32,7% en 2010. No obstante, los principales desafíos del desarrollo no se han reducido. Se calcula que alrededor de 1.57 mil millones de personas, o más del 30% de la población de los 104 países analizados en el “Informe sobre Desarrollo Humano 2013”, viven en condiciones de pobreza multidimensional, un índice que incluye tanto la cantidad como la intensidad de carencias simultáneas sufridas por las personas en salud, educación y nivel de vida³⁴.

España, por su posición geográfica y sus tradicionales relaciones con América Latina se ha convertido, desde las últimas décadas del siglo XX en el mayor receptor de inmigrantes después de los Estados Unidos³⁵. TERRADILLO BASOCO, ha manifestado al respecto que: “El rol geográfico de España en ese juego es fundamental, pues es una puerta importante de acceso de la inmigración procedente de Latinoamérica y del norte de África hacia Europa”³⁶.

³³ *Ídem*, p.74.

³⁴ *Ídem*, p. 13.

³⁵ Según el censo de 2010, la población hispana en general aumentó en un 42% durante la última década a 50,5 millones, es decir uno de cada seis estadounidenses, y contribuyó en más de la mitad del crecimiento poblacional en este país. Los latinos constituyen el 16% de la población de los EE.UU, de 308, 745,538. (*U.S. Census Government*, 2010c). *Vid*, CASTRO MARIÑO, Soraya. (2011): “La Promesa de la Reforma Migratoria Integral de los Estados Unidos de América: Juego Político vs. Política Real (2009-2011)”. *Anuario Digital CEMI: Migraciones Internacionales y Emigración Cubana*. 2011, p. 48. Disponible en: <http://www.uh.cu/centros/cemi/wp-content/uploads/2011/11/Politica-real-vs-juego-politico21.pdf> Consultado el 15/10/2013, a las 19.00.

³⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan. (2008): “Política penal europea de inmigración”. Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora. Dra. María Díaz Pita. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 970.

De acuerdo con el segundo cálculo de la Organización Internacional del Trabajo, de junio de 2012, realizado con una metodología mejorada y con más fuentes de datos, se estima que la esclavitud moderna, el trabajo forzoso, a nivel mundial alcanza, alrededor de 20.9 millones de víctimas en cualquier momento³⁷. Por regiones Asia y el Pacífico, continúan teniendo el mayor número de víctimas, si bien el cálculo de víctimas de la trata en África ha crecido después del cálculo de 2005³⁸.

Entre 2007 y 2010, la mayoría de las víctimas de la trata de personas que se detectaron a nivel mundial eran mujeres, con cifras estimadas entre el 55% y el 60% según se reporta en el Informe Mundial sobre la trata de personas 2012, elaborado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en cumplimiento del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la Trata de personas, aprobado por la Asamblea General en 2010, que encomendó a dicha oficina la tarea de elaborar informes bienales sobre las características y corrientes de la trata de personas en los planos mundial, regional y nacional. En este periodo el número de niñas víctimas de la trata constituyeron entre el 15% y el 20%, del total de víctimas de trata detectadas y al sumar las niñas y los niños la cifra asciende al 27%, lo que representa un incremento del 7%, con respecto al periodo 2003 - 2007³⁹.

A manera de resumen podemos concluir afirmando que en la configuración del fenómeno migratorio debemos tener en cuenta, que la delincuencia organizada que, como afirmamos *supra*, también se globaliza y diversifica sus actividades lucrativas, ha encontrado su oportunidad para involucrarse en el mercado del tráfico de personas, con el incremento de las desigualdades y la desesperanza en los países pobres, que

³⁷Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos. *op. cit.* p. 37. En 2005 esta cifra, había sido calculada en 12,3 millones de víctimas, entre trabajo forzoso y trata con fines de comercio sexual.

³⁸ Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos. *op. cit.*, pp. 37 - 38.

³⁹ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). (2012): "Informe Mundial sobre la trata de personas 2012. Resumen Ejecutivo". *op. cit.*, p.3. En dicho informe se añade que en 2009, el 59% de las víctimas detectadas a nivel mundial eran mujeres, el 17% niñas, el 14% hombres y el 10% niños. Se destaca también el dato de que en 2009, la trata para la extracción de órganos fue detectada en 14 países en todo el mundo.

estimulan los desplazamientos de las personas en busca de mejores condiciones de vida y el aumento de los controles fronterizos en los países receptores, para tratar de detener los flujos migratorios, convirtiendo de esta forma a los seres humanos en una mercancía más.

1.1.1. Las migraciones latinoamericanas hacia la Unión Europea y España

En los últimos años, como consecuencia de la crisis económica en la denominada zona Euro, el tema migratorio ha adquirido nuevos matices, fundamentalmente en los países más afectados, como Grecia, España, Irlanda, Portugal, Italia y Chipre, donde el flujo de emigrantes ha disminuido y se reportan incrementos de migraciones, en busca de trabajo, desde esos territorios, hacia países en desarrollo, como Argelia, Brasil, Argentina, México y otros.

Investigaciones recientes evidencian que en el primer lustro del siglo XXI el número de inmigrantes latinoamericanos era creciente, hasta alcanzar los 400 mil en 2006, pero luego la tendencia se revirtió y en 2009 solo entraron a los países de la Unión Europea 229 mil personas⁴⁰. Se trata de una disminución significativa de las migraciones desde varios países de América Latina, hacia Europa, lo que está relacionado con la crisis económica en Europa, la situación favorable que reportan determinados países Latinoamericanos⁴¹ y también las políticas de inclusión social y los profundos cambios

⁴⁰ Vid, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LAS MIGRACIONES (2012): “Informe sobre Rutas y dinámicas migratorias entre los países de América Latina y el Caribe, y entre América Latina y la Unión Europea”. Disponible en: http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/922B6554-A053-486F-81A8-FD20BD9DBD0B/257877/Rutas_MigratoriasCAP_1.pdf. Consultado el 21/5/2011 a 08:00

Según el referido informe en la fecha señalada residían en Europa cuatro millones 290 mil latinoamericanos, fundamentalmente en el Reino Unido, Países Bajos, Italia, Francia y España, que a pesar de la crisis económica continúa siendo el principal destino y en América Latina un millón 250 mil europeos, 107 mil de los cuales abandonaron sus países en 2008 y 2009 para instalarse fundamentalmente en Brasil, Argentina, Venezuela y México. Las principales naciones del viejo continente emisoras de migrantes hacia Latinoamérica fueron España con 47 mil 700, Alemania 20 mil 900, Países Bajos 17 mil 100 e Italia 15 mil 701.

⁴¹ Vid, PÉREZ HERRERO, Pedro. (2012): “Las Conferencias Iberoamericanas. Una reflexión desde 2012”. Publicado por el Real Instituto Elcano. Disponible en:

que se están produciendo en importantes países de la región, en los que ya se aprecian los resultados de las políticas de integración regional y de las encaminadas a mejorar las condiciones de vida de sus habitantes y a reducir las desigualdades sociales, que, como conocemos, constituyen la causa principal de las migraciones ilegales.

España, que ha sido tradicionalmente el mayor receptor de migrantes latinoamericanos, según reporta el Instituto Nacional de Estadística (INE), por primera vez, en los últimos 42 años perdió población al cierre del año 2012, desde que se dispone de datos anuales, en 1971, con un decrecimiento de 113.902, como resultado de un saldo vegetativo positivo (nacimientos menos defunciones) de 48.488 personas y un saldo migratorio negativo de 162.390 personas⁴² (314.358 inmigrantes procedentes de otros países menos 476.748 emigraciones con destino al extranjero, de ellos 59.724 españoles, el 12,5%).

La crisis económica ha tenido un efecto sustancial en la emigración de las Américas, en particular hacia España, con una reducción del 38% entre el período 2005 - 2007 y el 2008 – 2010. En cifras absolutas se produjo un descenso de alrededor de 860.000 a

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/dt14-2012_perez-hierro_cumbres_iberamericanas_2012. Consultado el 21/5/2013 a las 11.00. “En 2012 la situación de América Latina, España, la UE y EEUU ha cambiado con respecto a 1991. Las sociedades latinoamericanas han evolucionado; sus economías están creciendo; los destinos de las exportaciones se han diversificado a los mercados asiáticos; y las formas democráticas se han consolidado. Brasil se ha convertido en la sexta potencia económica mundial; el PIB per cápita de Chile se acerca al de la UE; y Perú crece a ritmos elevados. Obviamente, siguen quedando retos importantes: hay que perfeccionar el funcionamiento de las instituciones, mejorar la distribución del ingreso, avanzar en la seguridad ciudadana, reducir la violencia y la corrupción, erradicar el narcotráfico, trabajar en la implementación de reformas fiscales y desarrollar las estructuras productivas para producir más y mejor en un mundo competitivo evitando caer de nuevo en un proceso de reprimerización”.

⁴² Instituto Nacional de Estadística 2013, *op. cit.* pp. 1 y ss. Este saldo migratorio negativo se ha mantenido en los últimos tres años, con - 42.675 en 2010 y - 37.699 en 2011. En el 2000 España contaba con 40 millones de habitantes, mientras que en la siguiente década, caracterizada por el incremento de la inmigración y el crecimiento económico, llegó hasta los 46,1 millones. A 1 de enero de 2013 se reportan 46.704.314 habitantes en España. La inmigración de los españoles desde el exterior en 2012 procedía principalmente de Cuba, Venezuela, Francia y Reino Unido; con un incremento de los procedentes del Ecuador (37,1%) y un descenso de los provenientes de Cuba (-31,9%). España mantuvo un saldo migratorio positivo en 2012 con Cuba, República Dominicana, Reino Unido y Venezuela, mientras que los mayores saldos negativos fueron con Rumania, Ecuador, Marruecos y Bolivia.

550.000 para los periodos indicados⁴³. Al valorar estas cifras no podemos olvidar que el 92% de los emigrantes de las Américas, se concentran en los Estados Unidos y España⁴⁴.

En España se ha registrado un particular aumento de la emigración. En 2011, la emigración aumentó en un 26% en comparación con el año anterior, con algo más de 500.000 emigrantes, incluidas más de 62.000 personas nacidas en España y 445.000 personas nacidas en el extranjero. Mientras que más del 86% de los emigrantes no son nacidos en España, la emigración de personas nacidas en España aumentó aproximadamente en un 70%, en 2010 y entre los países europeos de procedencia de migrantes con destino a África figuran España, Portugal, Alemania, el Reino Unido e Italia. La migración de España hacia África alcanzó la cifra de 84.000, aproximadamente, en 2011. El país de destino más importante fue Marruecos, con el 68% (alrededor de 57.000) del total de los emigrantes españoles con destino a África. Otros importantes destinos en África son Argelia, el Senegal, Nigeria y Guinea Ecuatorial⁴⁵.

Las oportunidades de trabajo son ahora mucho más escasas y la competencia entre los trabajadores nacidos en los países receptores y los inmigrantes es más intensa. Las afectaciones en el sector de la construcción, donde trabajan muchos inmigrantes han tenido su incidencia negativa en la inserción laboral de los trabajadores emigrantes⁴⁶.

⁴³ Migración Internacional en las Américas. (2012): Segundo Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI 2012). Disponible en: http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/G48952_WB_SICREMI_2012_SPANISH_REPORT_LR.pdf Consultado el 14/11/2013, a las 18.00, p. 10.

⁴⁴ *Ídem*, p. 28.

⁴⁵ Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2013): "Informe sobre las migraciones en el mundo 2013", *op. cit.*, p. 84.

⁴⁶ *Ídem*, p. 28.

Las políticas migratorias aplicadas en Europa, en los últimos años también han incidido indiscutiblemente en la disminución de las migraciones hacia los países de la Unión Europea⁴⁷ y España.

En 2008 el tema migratorio fue abordado en reiteradas ocasiones durante la campaña electoral en España y formaron parte importante de los debates televisivos entre Zapatero y Rajoy, en los cuales el Presidente del Gobierno formuló las tres fuentes de su política de inmigración, la que quedo enunciada de la siguiente forma: “Nuestra política de inmigración tiene un principio: sólo pueden venir y quedarse los que puedan trabajar de acuerdo con la ley... Y eso hay que hacerlo en tres frentes. Primero, que no salgan de sus países de origen personas empujadas por la desesperación. Segundo, que el control de fronteras impida la entrada de inmigrantes que no tengan contrato de trabajo garantizado. Y Tercero, que se pueda devolver a los países de origen a las personas que entren ilegalmente aquí”⁴⁸.

Numerosos autores y organizaciones defensoras de los Derechos Humanos, han abordado críticamente esta política migratoria, entre ellos Rafael LARA, que la resumió con las siguientes palabras: “Que no salgan, si salen que no lleguen, si llegan que sean inmediatamente detenidos y repatriados”⁴⁹, que hoy clasifican entre las más citadas por los estudiosos de los temas migratorios en España y América⁵⁰.

⁴⁷ Vid, Directiva 208/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimiento comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio. En el ámbito español se le conoce como la Directiva de la vergüenza.

⁴⁸ LARIO BASTIDA, Manuel. (2008): “Crónica crítica al debate sobre políticas migratorias en España 2008”. *Discurso & Sociedad*. Grupo de Estudios Críticos sobre la comunicación (ECCO), España, p.781 Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138050/188695>
Consultado el 21/8/2013, a las 23.00 El debate televisivo se produjo el 3 de marzo de 2008.

⁴⁹ LARA, Rafael. (2008): “¿Regulación de flujos”? 20 años de muerte en las fronteras”. *Asociación Pro Derechos Humanos en la Frontera Sur*. Disponible en: www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/.../1433
Consultado el 21/8/2013, a las 22.00.

⁵⁰ Vid, entre otros, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. (2009): “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”. *Revista para el Análisis del Derecho. InDret*. Barcelona, FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina. (2010): “El debate entre Zapatero y Rajoy: Estudio Argumentativo”. *Revista de*

En noviembre de 2008 el Gobierno español puso en marcha un programa de retorno asistido para extranjeros desempleados, con un discurso oficial que insinuaba que esta medida iba a resultar clave para atajar la crisis económica, revertir los flujos migratorios y lograr la estabilidad social. “En los primeros quince meses de funcionamiento del programa solo se habían acogido al mismo 8.500 personas, de las que más de 5.000 eran de nacionalidad ecuatoriana, lo cual es, obviamente una cifra irrisoria comparado con los cerca de cinco millones de extranjeros que residen en España”⁵¹.

Una vez más se había identificado inmigración con crisis, sembrando la sospecha de que los inmigrantes eran responsables del desempleo, sugiriendo que la solución pasaba por el regreso a sus países de origen, sembrando el germen de la posible conflictividad social, reforzando una mirada utilitarista de las personas migrantes y distrayendo la atención de otras cuestiones más importantes. Un discurso irresponsable, que ni resuelve el problema del desempleo, ni ayuda a cohesionar la sociedad de un modo que afronte los problemas comunes con más fuerza⁵².

En este contexto los países más desarrollados continúan necesitando fuerza de trabajo, porque sus bajas tasas de natalidad no les permiten otra opción, pero ahora la tendencia es la selección previa y rigurosa de trabajadores jóvenes y calificados, con la correspondiente afectación para los países emisores, como ya se ha señalado *supra*, lo que se conoce como «fuga de cerebros». Estas pérdidas resultan sensibles, como destaca ÁLVAREZ ACOSTA, “...mayormente cuando los migrantes han obtenido una

Estudios Filosóficos. No. XX, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA). Derechos Humanos en la Frontera Sur. (2010) y el *Servicio Jesuita de Migrantes (SJM)*, en Superar Fronteras (2011).

⁵¹ Superar Fronteras. (2011): “Crisis Económica, Inmigración y miedo”. *Servicio Jesuita de Migrantes (SJM)*. España - Abril, p. 12. Disponible en:

www.alboan.org/docs/articulos/Superarfronteras.pdf Consultado en 14/8/2013, a las 15.00.

⁵² Superar Fronteras, *op. cit*, p.12.

buena preparación, en algunos casos gratuitamente y después de migrar no regresan a sus territorios. Este fenómeno es cotidiano en nuestros días”⁵³.

1.2. El expansionismo penal y su incidencia en el tráfico y la trata de seres humanos

Aunque últimamente se aprecia una tendencia de los Estados a penalizar o a agravar las penas para los autores del tráfico ilícito de personas⁵⁴, la realidad hasta hace relativamente poco tiempo era bien diferente, como se expresa con claridad en la resolución adoptada en la Cumbre Mundial contra el Racismo, efectuada en Durban, Sudáfrica, entre el 28 de agosto y el 7 de septiembre del 2001, refiriéndose a la trata de personas: “los tratantes rara vez son detenidos y casi nunca procesados. Las penas impuestas por la trata de personas son relativamente leves cuando se las compara con el contrabando de drogas o de armas. Una de las razones por las que la trata de personas no es objeto de una mayor represión es el escaso número de casos documentados”.

El temor a las represalias de los traficantes, provoca que las víctimas del tráfico de personas no se sientan inclinadas a cooperar con las autoridades policiales en los países de destino. La ignorancia de sus derechos y protecciones legales, los obstáculos culturales y lingüísticos y la ausencia de mecanismos de apoyo hacen que las mujeres

⁵³ ÁLVAREZ ACOSTA, María Elena, *op, cit*, pp. 16 y17. Al comentar las necesidades de fuerza de trabajo en los países de la Unión europea señala que: “Según un estudio de las Naciones Unidas, los 15 países que integraban la Unión Europea necesitarían 47,4 millones de inmigrantes en los próximos 50 años para evitar la disminución de su población, y 67,4 millones para mantener la relación entre activos y retirados” (AFP, 20 de marzo de 2000).

⁵⁴ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). (2012): “Informe Mundial sobre la trata de personas 2012. Resumen Ejecutivo”, p.3. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish.pdf En este informe se señala que se aprecia una mayor respuesta en materia de justicia penal a nivel mundial, a partir de 2003 en que entró en vigor el Protocolo contra la trata de personas y ya en 2012 un total de 134 países y territorios de todo el mundo han penalizado la trata estableciendo un delito específico.

víctimas de la trata se sientan aún más aisladas e impiden que busquen justicia o que reciban respuesta de las autoridades judiciales”⁵⁵.

Estas conductas que hasta la última década del pasado siglo, por lo general, eran tratadas por otras ramas del Derecho, pero los profundos cambios producidos en la estructura y actividad de la delincuencia organizada, en un mundo cada vez más globalizado, han determinado a los países y a la Comunidad internacional a penalizarlas, lo que se demuestra en el hecho de que en las legislaciones penales vigentes, en un determinado número de países, no aparecen tipificadas como delitos, o se regulan de forma incipiente y por lo general de manera dispersa y mezcladas con otras figuras delictivas⁵⁶.

La prioridad de penalizar el tráfico de seres humanos en sus dos modalidades responde a la necesidad de brindarle especial protección a los derechos humanos de los inmigrantes, ante la actuación cada vez más inescrupulosa de las bandas criminales y de otros actores, que se aprovechan de la situación vulnerable de las víctimas⁵⁷, pero no nos parece adecuado que también se utilice para controlar los flujos migratorios, pues aquí ya no se trata de proteger derechos fundamentales, sino de funciones meramente

⁵⁵ Vid, CUMBRE MUNDIAL CONTRA EL RACISMO. (2001): “Resolución sobre Migración y discriminación”. Durban, Sudáfrica. Disponible en: www.un.org/spanish/CMCR/gender/htm. Consultado el 8/2/2013 a las 22:30

Al referirse al modo en que tiene lugar la trata, esta resolución afirma que: “Los tratantes utilizan diversos métodos para reclutar a sus víctimas, que van desde el raptor liso y llano a la compra de la persona de manos de su propia familia. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la víctima potencial de la trata ya está buscando una oportunidad de emigrar cuando se le acerca un conocido o es atraída por un anuncio. A algunas se les hace creer que son reclutadas para trabajar legalmente o casarse en el extranjero. Otras saben que se les recluta para la industria del sexo, e incluso que serán obligadas a trabajar para devolver lo mucho que ha costado su reclutamiento y transporte, pero son engañadas acerca de sus condiciones de trabajo. Se teje así una compleja red de dependencia en la cual los tratantes generalmente intentan adueñarse de la identidad jurídica de la víctima, confiscando su pasaporte o sus documentos. Su entrada o permanencia en el país de destino suele ser ilegal, lo cual no hace más que aumentar su dependencia de los tratantes. Está muy extendida la servidumbre por deudas, que permite controlar a las víctimas de la trata y garantizar su rentabilidad a largo plazo. Según se ha informado, con frecuencia los tratantes recurren a la coerción física y a actos de violencia e intimidación”.

⁵⁶ Vid, el artículo 302, apartado 3, inciso a del Código Penal cubano, que mezcla la trata de personas con el proxenetismo.

⁵⁷ Ello justifica la presencia en los códigos penales de delitos relacionados con los derechos de los extranjeros, los trabajadores o los denominados delitos de discriminación.

administrativas. Refiriéndose a la situación de España, TERRADILLOS BASOCO, afirma que en el Código Penal español se produce “una tensión, en ocasiones esquizofrénica, entre las funciones de protección inherentes al Derecho penal y las funciones de control de los flujos migratorios, función impropia a aquél y asumida ante el fracaso del control de la regulación meramente administrativa”⁵⁸.

Los primeros años del Siglo XXI se han caracterizado por un expansionismo acelerado e irracional del Derecho penal, amparado en la necesidad de perfeccionar la lucha contra el crimen organizado transnacional, por la aparición de nuevas modalidades delictivas, el incremento de las penas y un mayor rigor penitenciario, mientras que cada día se habla menos de la necesidad de prevenir el delito, con la aplicación de políticas de inclusión de los excluidos de siempre y de los nuevos que se les incorporan, como consecuencia de las frecuentes crisis económicas y del incremento de las desigualdades entre el norte desarrollado y el sur empobrecido.

Para combatir a los traficantes de armas, drogas y seres humanos, que junto al terrorismo, la corrupción y otros males, se encuentran en el centro de la preocupación de los gobiernos, los partidos y la sociedad civil, un sector minoritario de la doctrina penal y criminológica, considera necesaria la promulgación de normas penales de mayor severidad, con la inclusión de nuevos delitos y un sistema de justicia penal que coloque en el centro de su actividad la defensa de la sociedad, en detrimento de las garantías penales y procesales, por las que la humanidad ha luchado durante siglos y que cuentan con reconocimiento universal.

Los últimos años parecen caracterizarse por un desmedido protagonismo del Derecho penal, como nos señala con acierto el profesor CARBONELL MATEU, al afirmar que:

⁵⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan. (2006): “Extranjería, inmigración y sistema penal”. *Inmigración y sistema penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 51 y ss.

Basta asomarse a los medios de comunicación para comprobar que un elevadísimo porcentaje de sus contenidos está relacionado de manera más o menos directa con jueces, tribunales, crímenes, delitos, penas, policías, sobornos, prevaricaciones, etc. La vida política depende de sentencias judiciales y la amenaza con recurrir a los tribunales es constante...Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Becaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. No sólo no debe intervenir el Derecho penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otros mecanismos menos costosos, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor de las posibles⁵⁹.

El profesor ZAFFARONI ha expresado, al respecto, que las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, sino el resultado de la experiencia de la humanidad acumulada en casi un milenio, en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de todas las invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos, en que el poder punitivo descontrolado emprendiendo empresas genocidas causó más muertes y dolor que las propias guerras⁶⁰.

Con el surgimiento de nuevas y complejas formas de criminalidad y especialmente las relacionadas con la denominada criminalidad organizada, se justifica que junto al proceso de discriminación de determinadas conductas de escasa peligrosidad social,

⁵⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. (2001): “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad, Salamanca, Cuenca, 2001, p. 129 y 131. Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20y%20la%20banalizacion%20de%20la%20legalidad.pdf. Consultado el 28/5/2013, a las 13:00.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Globalización y Crimen Organizado”, Conferencia de clausura de la primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf Consultado el 26/4/2011 a las 11:00.

exista en la actualidad una tendencia a criminalizar otras, como el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, que han sido recogidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁶¹, vigente desde el 29 de septiembre de 2003. Se trata de conductas que por el perfeccionamiento del modo de actuar de sus comisores, en la era de la globalización, requieren de frecuentes modificaciones de los tipos penales y en ocasiones de un mayor rigor en el sistema de sanciones y de una especial dedicación de la Comunidad internacional y de los Estados nacionales.

El miedo que generan las propias crisis económicas también incide en la situación de víctimas del tráfico de seres humanos, debido a que las crisis económicas engendran miedo a no poder mantener el nivel de vida deseado, a perder el trabajo, por muy precario que sea, a no encontrar un nuevo empleo, a perder las prestaciones por desempleo, al empobrecimiento, etc. Miedo significa mayor sentimiento de incertidumbre, mayores niveles de angustia. Ante la amenaza se observan respuestas contrarias; solidarias e insolidarias. Una respuesta a la amenaza consiste en unir esfuerzos, en compartir recursos. La unión fortalece. Pero cuando el miedo domina, la persona no percibe al otro como un aliado, sino como competidor, adversario, enemigo.

⁶¹ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. (2004): “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de noviembre de 2000, mediante la Resolución 55/25 de la Asamblea General. Ratificada por Cuba el 9 de febrero de 2007. Disponible en:

<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>. Consultada el 28/5/2013, a las 11:30. Entre el 12 y el 15 de diciembre de 2000 se celebró en Palermo, Italia, una Conferencia política de alto nivel, que concluyó con la firma de la Convención. En el primer párrafo del Prefacio, se afirma: “En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer la delincuencia, la corrupción y la trata de personas”.

Con miedo se trata de hacer frente a la amenaza solo o con la ayuda de un grupo restringido, cerrado⁶².

El tráfico crece con la globalización económica y la apertura de fronteras interiores. La demanda de una mano de obra barata e indocumentada contribuye al comercio ilegal de seres humanos, reduciendo costos; sin embargo, esta deflación se hace a costa de la dignidad humana y menoscaba las normas internacionales básicas de derechos humanos, laborales, de salud y de seguridad⁶³.

Al propio tiempo, en épocas de crisis se produce en, determinados sectores de los países receptores de los migrantes, un cambio de percepción sobre la valoración social de la inmigración y de pronto aquellas personas útiles al sistema económico, que ocupan empleos en el nivel más bajo de la escala social, realizan trabajos recios, se adaptan a horarios y condiciones laborales que no aceptan los trabajadores autóctonos, reciben salarios bajos, y en general protestan poco, pasan a ser considerados, bajos los efectos de las dificultades económicas, como mera mano de obra, herramientas de trabajo, casi objetos de usar-y-tirar, con un discurso que afirma que los emigrantes solo deben residir en sus países, en época de “vacas gordas”, y se deben marchar en momentos de recesión económica o de “vacas flacas”. “Y proponen una ecuación para solucionar el problema del paro: cinco millones de parados menos cinco millones de inmigrantes igual a pleno empleo. Evidentemente tan sencilla ecuación es totalmente falsa”⁶⁴.

Al analizar las perspectivas de la inmigración ilegal siguiendo a MUÑOZ CONDE, se aprecia que el problema se convierte en grave en los países de alto nivel económico y de difícil solución, atendiendo a los niveles de pobreza que están presentes en otros países, principalmente africanos y latinoamericanos, por lo que las medidas

⁶² Superar Fronteras, *op. cit.* p. 7.

⁶³ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *op. cit.* p.2.

⁶⁴ Superar Fronteras, *op. cit.* p. 11.

administrativas restrictivas producen un efecto criminógeno, pues prácticamente arrojan a los extranjeros que no tienen posibilidad de entrar, atravesar o residir en España, en manos de los traficantes⁶⁵.

Al respecto el profesor ZAFFARONI⁶⁶, comenta que en algunos casos, las agencias selectivas usan el poder de selección represiva para fijar caracteres negativos en los estereotipos de esas minorías: todos los inmigrantes indocumentados del país vecino son ladrones; todos los usuarios de tóxicos cuyo mercado se regula mediante prohibición, roban y matan para comprar el tóxico; todos los homosexuales y lesbianas son corruptores de menores; todos los habitantes de zonas de viviendas precarias o de emergencia son salvajes y primitivos; todos los jóvenes de esos sectores son pandilleros y violadores; etc.

En el actual escenario mundial y regional, el enfrentamiento a la delincuencia organizada transnacional, en general y en lo relacionado con el tráfico ilícito de inmigrantes y la trata de personas, resulta compleja y se mezcla demasiado con las campañas electorales, el oportunismo político y los intereses de los Estados receptores, que en numerosas ocasiones aplican medidas para combatirlos, que en lugar de resolver el problema, lo que hacen es incrementar los sufrimientos de las víctimas, que son los excluidos de siempre⁶⁷. Se trata de un tema que no podemos abandonar, al menos los que continuamos pensando que la solución a los problemas del incremento de la

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. (2010): “Derecho Penal. Parte Especial. Decimoséptima edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia. España, p. 356.

En realidad en los últimos años la situación de España y de otros países europeos ha cambiado y por otra parte se aprecia un incremento de las migraciones entre países en desarrollo; por lo que ambas situaciones es necesario tenerlas en cuenta también al valorar los problemas migratorios.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1998): “En busca de las penas perdidas”. Deslegitimación y Dogmática Jurídico-penal. Editorial Ediar. Buenos Aires, p. 17.

⁶⁷ A modo de ejemplo podemos señalar la Ley SB1070 del Estado de Arizona y otras similares que se han sido promulgadas recientemente en los Estados Unidos que han provocado una gran controversia sobre migración y racismo contra latinos, tanto en ese país como en México y otros Estados Latinoamericanos, que pueden tener el efecto de enviar a decenas de miles de indocumentados a prisión y la consiguiente afectación de los derechos humanos más elementales de las víctimas del tráfico de personas y sus familiares.

criminalidad hay que buscarlos en las políticas de inclusión social y no en el aumento del rigor de las penas, ni en la construcción de más cárceles⁶⁸.

1.3. Las diferencias entre el tráfico y la trata de personas

Con frecuencia se confunden el tráfico y la trata de personas, debido a que aunque el primero puede incluir a la trata, ambas figuras delictivas, tiene sus propias características, por lo que desde la Comunidad internacional, las leyes penales y la doctrina se han precisado los elementos comunes que las caracterizan y también los que marcan las diferencias.

Como pone de manifiesto GARCÍA VÁZQUEZ⁶⁹,... “siempre se han separado por una ambigua línea sombreada, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son delitos distintos, pero representan problemas, en parte, coincidentes, y es por ello que sus definiciones jurídicas contienen elementos comunes. No obstante, hay que delimitar el concepto de tráfico de personas, distinguiendo entre: trata de personas y tráfico ilícito de personas”.

El tráfico ilícito de migrantes es definido en el artículo tres del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. Por “entrada ilegal” se entenderá,

⁶⁸ BLAUSTEIN, Eduardo. (2006): “Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación. Mazmorras Inc”. En Servicio Informativo Ecuménico y Popular. SIEP. EL Salvador. Disponible en: <http://www.ecumenico.org/article/prisiones-privatizadas-en-eeuu-modelo-de-exportaci/> Consultado el: 13/8/2013, a las 11.00. *Vid*, la expresión atribuida al experto en sistemas penitenciarios, de los Estados Unidos: Robert Gangi: “Construir más prisiones para detener el delito es como construir más cementerios para detener las enfermedades mortales”.

⁶⁹ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *op. cit.* p.3.

conforme al propio artículo: “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”⁷⁰.

El artículo tres del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, define la trata de personas como: la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza, o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación⁷¹.

Con el nombre de trata de seres humanos, nos dice MUÑOZ CONDE, se denomina una actividad criminal, universal, que se caracteriza por el abuso de una situación de superioridad y de la necesidad económica que padecen personas cuya pobreza genera el tráfico y el transporte a otros países distintos al de origen, para aprovecharse de ellas como mano de obra barata, en condiciones muy parecidas a la “esclavitud”; para explotarlas sexualmente o extraerles sus órganos corporales⁷².

En ambas modalidades va a estar presente el movimiento de seres humanos para obtener algún beneficio, en el tráfico siempre se incluye el elemento de ayuda para el cruce de fronteras y la entrada ilegal de personas indocumentadas al territorio de un determinado país, lo que lo relaciona con elementos de carácter transnacional, con la

⁷⁰OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, op. cit. p, 57.

⁷¹*Ídem.* p. 44. El propio artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, define como requisitos mínimos de la explotación, que tenga como fin la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos, con la precisión de que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que tenga la intención de realizar las conductas descritas en el inciso a) de este artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho inciso, lo que se corresponde con el hecho de que por lo general los autores de estos delitos obtienen por vías engañosas, el consentimiento de las víctimas.

⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 206 y s.

entrada y residencia de personas y la fuente principal de ingresos de los traficantes es el precio pagado por el inmigrante⁷³; mientras que en la trata lo fundamental es la intención de explotar a la víctima, con independencia de la forma en que arriba al lugar de destino, que puede ser legal o ilegal y la fuente principal de los ingresos es producto de su explotación posterior.

Los términos "trata de seres humanos" y "tráfico de migrantes" han sido usados como sinónimos pero se refieren a conceptos diferentes. **El objetivo de la trata** es la explotación de la persona, en cambio **el fin del tráfico es la entrada ilegal de migrantes**. En el caso de la trata no es indispensable que las víctimas crucen las fronteras para que se configure el hecho delictivo, mientras que éste es un elemento necesario para la comisión del tráfico⁷⁴. La víctima de la trata puede ser nacional. Una persona puede ser trasladada de una región a otra para ser explotada, dentro del mismo país.

MARTOS NUÑEZ, considera a la trata como una modalidad del tráfico de personas, al referir que el tráfico de mujeres con fines de explotación sexual es un fenómeno criminológico relacionado con el incremento de la inmigración ilegal y una variante del tráfico de seres humanos (TSH). Es un proceso que empieza con el reclutamiento de las personas en sus países de origen y acaba en los países de destino con la obtención de importantes beneficios económicos por la explotación sexual de las personas objeto de

⁷³ Existe también la posibilidad de que el tráfico a diferencia de la trata, en determinadas circunstancias, tenga fines humanitarios, como puede ocurrir en los países que tienen tipificada la figura del facilitador. *Vid.*, por ejemplo el apartado uno del artículo 318 bis del Código Penal español.

⁷⁴ Debido a cuestiones idiomáticas y dadas la relativa juventud de estos conceptos, existen confusiones respecto a los términos tráfico y trata de migrantes. En idioma inglés, el primero es designado como "*smuggling*", cuya traducción más exacta podría ser "contrabando". Sin embargo, las autoridades migratorias de países hispanoparlantes utilizan comúnmente el término "tráfico" y no "contrabando" para designar este tipo de actividades. En cuanto a la trata, concepto empleado tradicionalmente para referirse al traslado de personas entre países con propósitos de explotación (trata de esclavos, trata de blancas), es designada en inglés como "*trafficking*", lo cual establece una confusión con la versión hispana del primer concepto. Así, los equivalentes correctos deberían ser tráfico o contrabando para "*smuggling*" y trata para "*trafficking*".

tráfico; el trabajo ilegal; la adopción de menores (como fuerza de trabajo para su venta); la pornografía infantil; el tráfico de órganos u otros, etc.⁷⁵.

El tráfico de inmigrantes es objeto de políticas migratorias y de inmigración clandestina, no así la trata de personas que es una violación de los derechos del hombre.

El tráfico ilícito de personas puede contener elementos de la trata, pero con un alcance más amplio, que presupone la libre voluntad de los traficados y el consentimiento de los emigrantes va a resultar evidente, con la finalidad de cruzar las fronteras sin cumplir los trámites migratorios correspondientes, mientras que en la trata las víctimas o nunca lo han dado o si lo hicieron carece de valor jurídico por la presencia del engaño, el uso de la fuerza, la violencia u otras formas de coacción, que se ejerce sobre ellas con fines de explotación.

1.4. Instrumentos internacionales contra el Tráfico ilícito de personas

Durante el siglo XX, La Convención sobre la Esclavitud⁷⁶, de la Sociedad de Naciones en 1926, aprobada y asumida en 1953 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los estados signatarios se comprometían a prevenir y reprimir la trata de esclavos y a procurar la supresión de la esclavitud en todas sus formas. En 1949, la misma Asamblea General aprobó el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena⁷⁷, consolidando otros acuerdos internacionales que databan de 1904. En el que los Estados parte se comprometían a: prevenir la

⁷⁵ MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. (2012): “El delito de trata de seres humanos: Análisis del artículo 177 bis del Código Penal”. *Revista Estudios Penales y Criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela. Vol. XXXII. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/896> Consultado el 10/8/2003 a las 11.00.

⁷⁶ TREJO GARCÍA, Elma del Carmen. (2006): *Compendio de Instrumentos Internacionales Relativos a la Trata de Personas*. Centro de Documentación, Información y Análisis de la Subdirección de Política Exterior de la Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos. México D. F., p. 3. *Vid*, texto de la Convención. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-08-06.pdf> Consultado el 15/9/2013, a las 23.30.

⁷⁷ *Ídem*, p. 10.

prostitución, rehabilitar a las prostitutas, reprimir a la trata de personas de ambos sexos con fines de prostitución y a suprimir las leyes, reglamentos, registros especiales y otras disposiciones impuestas a las personas que practican, o presuntamente practican, la prostitución⁷⁸.

En 1956, en una Conferencia de ONU se aprueba la Convención Suplementaria sobre la abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas análogas a la Esclavitud, en la que se amplía la definición de esclavitud contenida en la Convención de 1926, para incluir la servidumbre por deudas, formas serviles de matrimonio y la explotación de niños y adolescentes.

Numerosos Instrumentos Jurídicos Internacionales del denominado sistema de las Naciones Unidas y de otros fórum internacionales o regionales contienen regulaciones sobre el tráfico y la trata de personas y especialmente sobre los derechos de las víctimas de estas conductas, entre los que solo a manera de ejemplo podemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967; el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949, vigente desde el 25 de julio de 1951, que ha sido considerado como el texto básico que sobre esta cuestión se ha adoptado a nivel internacional⁷⁹; la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y su Protocolo

⁷⁸ ESPINOZA BERROCAL, Gustavo Felipe, *op. cit.* p.3.

⁷⁹ *Vid*, MESA REDONDA SOBRE TRÁFICO DE MUJERES: UNA MIRADA DESDE LAS ORGANIZACIONES. (2001): Intervención de Isel Rivero, Directora de la Oficina de Naciones Unidas en España. Informes, Ponencias y Documentos de Referencia de la Jornada celebrada en Madrid, el 22 de noviembre de 2001 sobre Tráfico de mujeres con fines de explotación sexual. Disponible en: http://www.antoniosalas.org/sites/default/files/TraFico_de_mujeres_con_fines_de_explotacion_sexual_031324.pdf. Consultado el 20/3/2013, a las 15:00.

facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y otros muchos⁸⁰.

1.4.1.- La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares⁸¹, adoptada el 18 de diciembre de 1990 por la Asamblea General, mediante Resolución 45/1585, constituye uno de los instrumentos fundamentales para proteger los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias. Sin embargo, la gran mayoría de los países desarrollados receptores no la han ratificado. Esta circunstancia no impide que los derechos fundamentales que hayan sido violados no sean denunciados por el migrante o por el funcionario que conozca de tales violaciones, en el marco de la normativa antes señalada.

La protección de los trabajadores migratorios y a sus familiares; constituyen en contenido esencial de esta Convención que establece normas éticas y sirve como guía y estímulo para la promoción de los derechos de los migrantes en cada país. No se trata de crear nuevos derechos para los migrantes, sino de garantizarles el trato igualitario y las mismas condiciones laborales para migrantes y nacionales⁸².

⁸⁰ Vid, además el Protocolo para modificar la Convención sobre la esclavitud, 182 U.N.T.S. 51, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1953; la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 226 U.N.T.S. 3, que entró en vigor 30 de abril de 1957; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, entre otras.

⁸¹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2005): “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, vigente desde el 1 de julio de 2003, tras haber sido ratificada por un mínimo de 20 países en marzo de 2003. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001435/143557s.pdf> Consultada el 16/10/ 2013, a las 16.00.

⁸² Vid, MEDINA CUENCA, Arnel y GOITE PIERRE, Mayda. (2011): “Tráfico de personas y criminalidad organizada, un reto para el Derecho”. *JUS 2011. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa*. Disponible en:

La Convención es aplicable en todo el proceso de migración, desde la preparación, la salida, el tránsito, el período de estancia, la realización de una actividad remunerada en el Estado receptor y el retorno a su país de origen. Este amplio enfoque del instrumento coadyuva a que la protección del migrante se realice de manera integral y no solamente en el país receptor. Por ende, el Estado emisor de migrantes tiene la obligación de cumplir con sus mandatos y prevenir y erradicar, desde el ámbito local, la migración irregular⁸³ y el tráfico de seres humanos.

Esta Convención, no distingue entre personas documentadas e indocumentadas para ejercer los derechos que en ella están consagrados y, por tanto reconoce y asegura los derechos humanos fundamentales de los migrantes y sus familiares como la vida, la seguridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre y de la tortura, la libertad de opinión, de pensamiento, de conciencia y de religión, la prohibición de ser sometidos a detención arbitraria, el derecho al cumplimiento de normas del debido proceso en caso de detención por causas de investigación penal y a acudir a los tribunales y cortes de justicia en igualdad de condiciones que los nacionales.

Otros temas de particular trascendencia para los derechos de los trabajadores migrantes, que se incluyen en el texto de la Convención, son la prohibición de confiscar o destruir documentos de identidad como pasaportes, autorizaciones de entrada o

http://www.ubijus.com/index.php?page=shop.product_details&flypage=flypage_images.tpl&product_id=169&category_id=17&option=com_virtuemart&Itemid=222

⁸³ Solicitarle a los Estados emisores de migrantes, que erradiquen la emigración irregular sin ir al fondo del problema, que son los diferentes niveles de desarrollo entre los países, ni colaborar con medidas efectivas que ayuden a disminuir la brecha entre ricos y pobres, con resulta complejo, pero las medidas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración y las encaminadas a detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares y para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos, establecidas en el artículo 68 de la convención, nos parecen adecuadas y en correspondencia con las necesidades de la prevención general y especial de este flagelo de la humanidad.

permisos de trabajo, el acceso a consulados y representaciones diplomáticas, la prohibición de la expulsión colectiva al referir en el artículo 22, que todo Estado tiene la obligación de tramitar, de acuerdo a su legislación migratoria, la deportación o entrada de migrantes, examinándolos caso por caso.

Se reconoce también, la igualdad de derechos en cuanto a remuneración y empleo, el derecho a la sindicalización, salud y atención médica, unido al derecho a mantener contacto con su país de origen, lo que implica: asegurar que los migrantes puedan regresar a su país de origen si así lo desean, permitirles efectuar visitas ocasionales e incitarlos a mantener lazos culturales, garantizar la participación política de los migrantes en el país de origen y asegurar el derecho de los migrantes a transferir sus ingresos a su país de origen.

El contenido de la Convención, ha sido objeto de análisis durante los debates del Diálogo de alto nivel sobre Migración y Desarrollo que tuvo lugar en Nueva York, los días 3 y 4 de octubre de 2013, auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas, en cuya etapa de preparación el Director General de la Organización Internacional del Trabajo, RYDER GUY, ha señalado que la mayoría de los migrantes no dejan su país de origen por elección sino por necesidad. La falta de oportunidades de empleos decentes e ingresos dignos es por lo general lo que impulsa a las personas a migrar, como se ha precisado *supra*. Lamentablemente, con demasiada frecuencia esta travesía se emprende en condiciones desesperadas y peligrosas; y cuando llegan a su nuevo destino, o hasta cuando regresan a su país de origen, son vulnerables a la discriminación⁸⁴.

Las mujeres, los trabajadores jóvenes y las personas poco cualificadas y en situación irregular son especialmente vulnerables a la explotación. A los trabajadores migrantes

⁸⁴ RYDER Guy. (2013), *op. cit.* p.1.

les son negados sus derechos fundamentales en el trabajo, a pesar de su reconocimiento expreso por la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, como la libertad sindical, la negociación colectiva, la no discriminación y el salario mínimo y también pueden ser víctimas del trabajo forzoso y de la trata de seres humanos. Sin embargo, los trabajadores migrantes desempeñan un papel fundamental en la economía. Compran bienes y servicios, pagan impuestos y establecen pequeñas empresas que crean empleo. Además, envían dinero a sus hogares – más de 400.000 millones de dólares enviados a las economías en desarrollo en 2012 – que beneficia a sus familias y comunidades⁸⁵.

Del total de 20,9 millones de trabajadores forzosos, estimados en 2012, 18,7 millones, el 90%, son explotados en la economía privada por individuos o empresas. De estos últimos, 4,5 millones, el 22%, son víctimas de explotación sexual forzada, y 14,2 millones, el 68%, son víctimas de explotación laboral forzada en actividades económicas como la agricultura, la construcción, el trabajo doméstico o la manufactura. Los 2,2 millones restantes, el 10%, están sujetos a modalidades de trabajo forzoso impuestas por el Estado, por ejemplo en las prisiones, o en trabajos impuestos por el ejército de un país o por fuerzas armadas rebeldes⁸⁶.

⁸⁵ *Ídem*, p. 2. Un tema al que no hace referencia el Director General de la OIT, en su artículo, es que se trata de una magnífica oportunidad de las Naciones Unidas para impulsar la ratificación de esta importante Convención internacional, que en la segunda mitad del año 2013, con más de diez años de vigencia, continúa siendo uno de los convenios de derechos humanos con menos ratificaciones. Ninguno de los Estados de acogida de migrantes de Europa Occidental la ha ratificado, y tampoco lo han hecho: Australia, Canadá, EE. UU., India y Sudáfrica. *Vid*, AMNISTÍA INTERNACIONAL (2013), *op. cit.* pp. 17-18.

⁸⁶ *Vid*, Organización Internacional del Trabajo. (2012): Estimación Mundial sobre el Trabajo Forzoso. Resumen ejecutivo. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_182010.pdf Consultado el 25/10/2013, a las 16.00. Estas cifras no incluyen los casos de trata con fines de extracción de órganos ni los de matrimonio forzado u adopción forzada, a menos que estas prácticas den lugar a una situación de trabajo o servicio forzoso.

Se impone la necesidad de examinar de forma más amplia las distintas dimensiones de la cuestión de las migraciones en la actualidad, que afectan a cientos de millones de personas y a países de origen, tránsito y destino. La Comunidad internacional está en el deber de evaluar, con mayor profundidad las causas de los movimientos internacionales de población y su compleja interrelación con el desarrollo y de adoptar las medidas necesarias para estimular a los Estados a implementar políticas migratorias responsables, en un marco de protección integral de los derechos humanos de los migrantes, centrando la atención en hacer de la migración un factor positivo para el desarrollo sostenible y la reducción de la pobreza, en correspondencia con las proyecciones de la Comunidad internacional de formular una Agenda Mundial para el Desarrollo después de 2015.

Todo ello en un mundo, en el que aun un gran número de los encargados de la formulación de políticas, sigue considerando que la migración internacional es más bien una amenaza para la seguridad y la identidad de los países que una oportunidad para la cooperación y el desarrollo. Es necesario un cambio de mentalidad, que pase a considerar a la migración internacional como una fuerza positiva para el desarrollo, tanto en los países de origen como de destino, siempre y cuando estuviera corroborada por las políticas adecuadas⁸⁷.

1.4.2. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en el mes de noviembre del 2000, como ya se ha dicho *supra*, adoptó el texto definitivo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de los Protocolos Complementarios

⁸⁷ Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2013): “Informe sobre las migraciones en el mundo 2013”, *op. cit.*, p. 181.

contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Esta Convención, conocida como la Convención de Palermo, obliga a los Estados Parte a adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas que resulten necesarias para tipificar como delitos, cuando se cometan internacionalmente, diversas acciones delictivas y destaca, como parte de su contenido esencial, el propósito de promover la cooperación para prevenir y combatir con mayor eficacia la delincuencia organizada transnacional, también define conceptos tales como el de grupo delictivo organizado, delito grave, delito determinante y otros de indudable trascendencia para la aplicación consecuente de sus preceptos⁸⁸.

La Convención comienza su articulado proclamando su finalidad: promover la cooperación internacional para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada a nivel internacional, la que se materializa a través de delitos como la trata y el tráfico de personas, por lo que este tratado es de forma general para estos delitos.

Ante la utilización de diversos métodos, que incluyen desde el uso de medios de transporte aéreos, marítimos y terrestres, así como la realización de trámites migratorios fraudulentos como falsificación de pasaportes, la corrupción de autoridades diplomáticas, consulares, aduanales, policiales y judiciales, el tráfico y la trata de personas se han convertido en tema de constante análisis por los principales dirigentes políticos de los Estados y por la Comunidad internacional.

⁸⁸ *Vid*, artículo 2 de la Convención, *op. cit.* p. 1.

1.4.2.1. El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes

Este Protocolo fue inspirado en las Resoluciones de Naciones Unidas del 2000, producto del tráfico de personas que existen en el mundo, recordando la Resolución 54/212 de la Asamblea General, del 22 de diciembre de 1999 en la que la Asamblea instó a los Estados miembros⁸⁹ y al sistema de las Naciones Unidas a que fortalecieran la cooperación internacional y el desarrollo a fin de abordar las causas fundamentales de la migración y también fue consecuencia del notable aumento de las actividades de los grupos delictivo organizados en relación con el tráfico ilícito de inmigrantes y otras actividades delictivas conexas que causaban graves perjuicios a los Estados afectados.

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, es complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y tiene como propósito prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes y promover la cooperación con ese fin entre los Estados Parte, promoviendo a la vez los derechos de los migrantes que son objeto de dicho tráfico.

En el Preámbulo⁹⁰ se declara que para prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes se requiere un enfoque amplio e internacional, que conlleve la cooperación, el intercambio de información y la adopción de otras medidas apropiadas, incluidas las de índole socioeconómicas, en los planos nacional, regional e internacional; así como la necesidad de garantizarle un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos, a la vez que se expresa la

⁸⁹ Ratificado por Cuba, el 20 de junio de 2013.

⁹⁰ *Vid.* el Preámbulo, donde se señalan además como antecedentes, la resolución 54/212 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 22 de diciembre de 1999, en la que la Asamblea instó a los Estados miembros y al sistema de las Naciones Unidas a que fortalecieran la cooperación internacional en la esfera de la migración internacional y el desarrollo, a fin de abordar las causas fundamentales de la migración, especialmente las relacionadas con la pobreza, y de aumentar al máximo los beneficios que la migración internacional podría reportar a los interesados, y alentó a los mecanismos interregionales, regionales y subregionales a que, cuando procediera, se siguieran ocupando de la cuestión de la migración y del desarrollo.

preocupación de la Comunidad internacional por el notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de migrantes y del peligro que significa para la vida y la seguridad de los migrantes involucrados en esta actividad lucrativa de tráfico de seres humanos que se desarrolla por delincuentes inescrupulosos, que por lo general, ante el peligro de ser descubiertos, tratan de deshacerse de su “carga humana”, sin el menor escrúpulo, al estilo de sus antecesores en la época colonial, de tan triste recordación en nuestros países.

El artículo uno del Protocolo reafirma el carácter complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y precisa que los delitos previstos en el artículo seis se considerarán delitos tipificados con arreglo a dicha Convención, y el dos nos define como finalidad de éste instrumento jurídico internacional, prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico”⁹¹.

En relación con las medidas de prevención y cooperación se regulan las obligaciones de los Estados Parte, en particular los que tengan fronteras comunes o estén situados en las rutas de tráfico ilícito de migrantes, el artículo 10 establece, que los mismos, intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, información pertinente en relación con los lugares de embarque y de destino, las rutas, la identidad y los métodos de las organizaciones o los grupos delictivos organizados involucrados o sospechosos de estar vinculados al tráfico ilícito de migrantes, sustracciones de documentos de viaje o de identidad en blanco, los

⁹¹*Vid*, Artículos 1 y 2.

medios y métodos utilizados para ocultar o transportar personas, las experiencias de carácter legislativo⁹².

Otras medidas reguladas por el Protocolo⁹³, son las referidas al reforzamiento de los controles fronterizos, la revisión de los documentos de viaje, denegación de entrada o revocatoria de visados a las personas involucradas en la comisión de estos delitos; así como las relacionadas con la calidad y la seguridad de los documentos de identidad y de viajes que se expidan, a los efectos de impedir su falsificación y las encaminadas a impedir la creación, expedición y utilización ilícitas de dichos documentos.

1.4.2.2. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas

Estrechamente relacionado con el tráfico de migrantes se encuentra la trata de personas, como ya se ha explicado *supra*, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, es también complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y tiene como finalidad prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, con un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino, que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos; así como de promover la cooperación entre los Estados Parte⁹⁴ para lograr esos fines⁹⁵.

⁹²*Ídem*. Artículos 10 apartado 1. en el apartado dos se precisa, en relación con estas medidas de prevención y cooperación, que: “el Estado Parte receptor de dicha información dará cumplimiento a toda solicitud del Estado Parte que la haya facilitado en el sentido de imponer restricciones a su utilización”.

⁹³*Ídem*. Artículos 11 y 12. Este Título fue adicionado por el artículo 22 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 (G. O. Ext. No. 1 de 15 de marzo de 1999, página 10).

⁹⁴ Ratificado por Cuba, el 20 de junio de 2013, *Vid*, Informe de Cuba sobre el enfrentamiento jurídico – penal a la trata de personas y otras formas de abuso sexual (2012). Resumen Ejecutivo. Presentado por Cuba a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Oficina del Alto Comisionado de NNUU sobre DDHH y a la Asamblea General de UN.

Éste Protocolo es el primer instrumento de Naciones Unidas que tiene en cuenta la demanda de mujeres y niños que están siendo traficados, llamando a los países a adoptar medidas más severas tendentes a desalentar esta demanda que promueve todas las formas de explotación de mujeres y niños/as⁹⁶.

Cuando se trate de niños menores de 18 años, se señala que la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios denunciados en el apartado a) del artículo tres del Protocolo⁹⁷, lo que evidencia una especial protección de los menores de edad.

El artículo 5 indica a los Estados Parte adoptar las medidas legislativas que resulten necesarias para tipificar como delitos en el derecho interno las conductas definidas en el artículo 3 del Protocolo, cuando se cometan internacionalmente⁹⁸, lo que incluye la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la misma, la servidumbre y la extracción de órganos. Trece años después de su aprobación numerosos Estados, entre ellos Cuba, no incluyen aun en sus leyes internas a todas las modalidades de la trata de personas definidas en el Protocolo.

La cooperación entre los Estados Parte para prevenir y combatir la trata de seres humanos es regulada por el artículo 10 del Protocolo e incluye medidas tales como el

Disponible en:

http://www.cubaminrex.cu/sites/default/files/ficheros/informe_de_cuba_sobre_el_enfrentamiento_juridico_2012-web.pdf

Consultado el 13/11/2013, a las 11.00.

⁹⁵ *Vid*, el preámbulo del Protocolo y el artículo uno en el que se precisa además que: “los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención”.

⁹⁶ *Vid*, artículo 9.5 del Protocolo.

⁹⁷ *Ídem*. El apartado a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, al definir la trata de personas, precisa como elementos de tipicidad, para la configuración del tipo penal la amenaza, o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

⁹⁸ *Vid*, artículo 5 del Protocolo.

intercambio de información sobre los documentos de viaje, los medios y métodos utilizados por los grupos delictivos organizados para los fines de la trata de personas, incluidos la captación, el transporte, las rutas y los vínculos entre personas y grupos involucrados en dicha trata, así como posibles medidas para detectarlas.

Otro importante componente de la estrategia de la prevención y el combate a la trata de personas lo constituye la capacitación prevista en el apartado 2 del artículo 10, la que estará destinada a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos los de inmigración, la que deberá centrarse en los métodos aplicados para prevenir la trata, enjuiciar a los traficantes y proteger los derechos de las víctimas, incluida la protección de las víctimas frente a los traficantes.

1.4.2.3. Las leyes modelos de Naciones Unidas contra el tráfico y la trata de personas

En el año 2010 se publicó por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) la “Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes”, 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 contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos; así como las encaminadas a aplicar las disposiciones que figuran en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire⁹⁹.

Con propósitos similares se elaboró, en la propia fecha, por la referida oficina de Naciones Unidas la “Ley modelo contra la trata de personas”, a los efectos colaborar con

⁹⁹ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). (2010): “Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes”. *Treaty Series*, vols. 2225, 2237 y 2326, núm. 39574. Naciones Unidas Nueva York, 2012. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_SOM_S_ebook_V1052718.pdf Consultada el 28/5/2013 a las 18.20.

los Estados a implementar la Convención de Palermo y las disposiciones del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa¹⁰⁰.

1.4.2.4. A manera de resumen

La intensa actividad que se desarrolla desde la Comunidad internacional ha estado encaminada a la protección de los derechos humanos de las víctimas y al enfrentamiento a las actividades del crimen organizado, lo que pone en evidencia la necesidad impostergable de combatir el tráfico y la trata de personas con métodos efectivos, que garanticen tanto el enfrentamiento a las bandas criminales, como la protección de las víctimas con la participación de los Estados y de la Comunidad internacional.

Los instrumentos jurídicos que se necesitan existen, las legislaciones nacionales los han ido incorporando, en mayor o en menor medida. Lo que falta es la voluntad política de los gobernantes, que no en todos los casos dedican los recursos necesarios para prevenir y combatir este flagelo de la humanidad, y con frecuencia los destinados a estos fines son desviados o malgastados. De manera especial lo que más se necesita es la cooperación multilateral, en particular de los Estados más desarrollados, para mitigar los factores que, como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas, existentes en muchos países, hacen a las personas vulnerables al tráfico ilegal de seres humanos y especialmente a las mujeres y los niños¹⁰¹.

¹⁰⁰ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). (2010): “Ley modelo contra la trata de personas”. *Treaty Series*, vols. 2225, núm. 39574. Naciones Unidas Nueva York, 2012. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf> Consultada el 28/5/2013 a las 18:30.

¹⁰¹ *Vid.* artículo 9, apartado 4 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, de noviembre del 2000; la resolución 54/212 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 22 de diciembre de 1999, y el apartado 3 del artículo 15 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire de noviembre del 2000.

Resulta también evidente que el compromiso de los Estados de origen y de los receptores de migrantes con la protección de los derechos humanos de las personas que obligadas por las circunstancias de su situación económica emigran hacia el norte desarrollado no se encuentra a la altura de las circunstancias, como ha denunciado Amnistía Internacional en su ya mencionado informe sobre el Estado de los Derechos Humanos en el mundo de 2013, donde denuncia que: “Una vez que las personas se han marchado, los Estados de origen afirman que, dado que sus trabajadores migrantes ya no se encuentran en su territorio, no tienen obligaciones para con ellos, a la vez que los Estados de recepción sostienen que, al no ser ciudadanos, carecen de derechos. Mientras tanto, la Convención Internacional de la ONU sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en 1990, sigue siendo uno de los convenios de derechos humanos con menos ratificaciones. Ninguno de los Estados de acogida de migrantes de Europa Occidental la ha ratificado, y tampoco lo han hecho otros países con gran población migrante, como Australia, Canadá, EE. UU., los países del Golfo, India y Sudáfrica”¹⁰².

A lo anterior se une el hecho indiscutible de que el principal compromiso que asumieron los Estados Parte del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, en la lucha contra el tráfico de personas, que es a nuestro juicio, el regulado en el inciso 3 del artículo 15, que los compromete a “promover o reforzar, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo”, es precisamente el que menos se ha cumplido, en especial por parte de los países receptores, que son los más favorecidos

¹⁰²AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op. cit.* pp. 17-18.

económicamente y tienen la obligación moral y jurídica de ayudar a los menos desarrollados.

1.5. El fenómeno migratorio en Cuba un análisis imposible de eludir

Cuba, que en las primeras décadas del siglo XX había sido un país esencialmente receptor de migrantes procedentes, fundamentalmente de los Estados Unidos y de Europa¹⁰³, aunque aunque siempre tuvo un flujo de migratorio hacia los Estados Unidos y otros países a lo largo de su historia como nación. A partir de la llamada gran depresión económica, de los años 1929 -1933, se convirtió en emisor, como resultado de la incidencia negativa de la crisis del sistema capitalista en nuestro país y con posterioridad, se mantuvo esa tendencia por la persecución política y la represión desatada por la dictadura de Fulgencio Batista, entre 1952 y 1958.

Al triunfo de la Revolución cubana, el primero de enero de 1959, el país mantuvo la condición emisor. Las primeras oleadas migratorias fueron eminentemente políticas, después de los ochenta comienzan a aparecer los motivos económicos, una tendencia, que se mantiene hasta nuestros días, incrementada a partir de las dificultades que tuvo que enfrentar nuestro país, después de la caída del muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989 y de la Unión Soviética, el 25 de diciembre de 1991, el recrudecimiento del bloqueo económico, financiero y mercantil impuesto por el Gobierno de los Estados Unidos por más de cincuenta años, unido su política de restringir las migraciones legales desde nuestro país y a favorecer las ilegales, con el objetivo de crearle dificultades al Gobierno cubano.

¹⁰³ *Vid*, ÁLVAREZ ACOSTA, María Elena. (2005): “Siglo XX: migraciones humanas”. Editora Política. La Habana. Cuba, pp. 152 -153. La autora destaca, entre otros datos significativos de este periodo, la entrada de una avalancha de estadounidenses, que arribaron a Cuba, con el objetivo de capitalizar en país, en los primeros años del siglo y que entre 1902 y 1931, arribaron, cerca de un millón de europeos y 175.000 jamaicanos, haitianos y otros jornaleros. En este periodo también entraron a Cuba importantes contingentes de indios, sirios y libaneses.

Desde los primeros años de la Revolución cubana, los emigrantes cubanos fueron admitidos en los Estados Unidos como «refugiados que huían del comunismo», bajo los auspicios de la Ley Walter Mc Carran, con derecho a acogerse al Programa para los Refugiados Cubanos establecido en 1961 por el presidente John F. Kennedy, en la creencia de que con esta política debilitaban al Gobierno cubano¹⁰⁴.

1.5.1. Los primeros años. Camarioca

En las condiciones de Cuba la migración ilegal, fundamentalmente hacia los Estados Unidos, a partir de 1959, estuvo vinculada a la beligerancia de su gobierno frente a la revolución cubana¹⁰⁵, el que, ha desarrollado una política de estímulo y asistencia a la emigración ilegal desde Cuba, que es el reflejo de una manipulación política, estrechamente vinculada a los intereses de las organizaciones contrarrevolucionarias radicadas en el sur de la Florida.

A lo largo de más de cuarenta años, se han firmado diversos acuerdos entre ambos gobiernos para tratar de normalizar el tráfico migratorio entre los dos países, pero los intereses de la ultraderecha conservadora y fundamentalista de ese país, en estrecha alianza con los grupos terroristas y anexionistas de origen cubano radicados en la Florida, han provocado reiteradas suspensiones e interrupciones, que se han convertido en nuevos estímulos a las salidas ilegales.

¹⁰⁴ BARBERIA, LORENA G. (2010): “Cuba, su emigración y las relaciones con EU”. Revista Temas. Cultura. Ideología y Sociedad. No. 62 – 63. Abril – septiembre, p. 104. Disponible en: <http://www.temas.cult.cu/revistas/62-63/10%20Barberia.pdf> Consultado el 11/9/2013, a las 14.00. La autora precisa también que los Estados Unidos acogieron a casi medio millón de cubanos en los años sesenta y setenta.

¹⁰⁵ *Vid*, Intervención del Ministro de Relaciones Exteriores, en la apertura de la “III Conferencia la Nación y la Emigración”, el 21 de mayo del año 2004, en la que al referirse a los que pretenden presentar la permanente agresión del Gobierno de los Estados Unidos contra Cuba – en alianza con la elite corrupta, ambiciosa y antipatriótica de cubanos residentes en aquel país – como “un problema entre cubanos”, precisó que el problema real, es la decisión del Gobierno del Presidente Bush – heredero de una apetencia imperial por Cuba que data de dos siglos – de negarnos el derecho , reconocido en la Carta de Naciones Unidas, a ser un país independiente y a escoger, sin injerencia externas, nuestro modelo económico, político y social, nuestras leyes y nuestras instituciones.

En el segundo semestre de 1960 se organizó, con la participación de la Iglesia católica en Cuba y en Miami, una de las agresiones más criminales contra nuestro pueblo, en un tema de tanta sensibilidad como la protección de la niñez, la denominada “Operación *Peter Pan*”, que con el objetivo de salvar a los niños cubanos del comunismo, con el absurdo pretexto de que el Gobierno cubano les quitaría a sus padres la patria potestad, fueron trasladados 14.000 niños y niñas para los Estados Unidos¹⁰⁶. Muchos de esos niños demoraron años para encontrarse con sus padres y otros no lo lograron.

A finales de 1962, el Gobierno de los Estados Unidos suspendió los vuelos normales y las salidas legales hacia su territorio, lo que de inmediato se convirtió en un estímulo a la emigración ilegal. El primer acuerdo entre ambos países para organizar el flujo migratorio, denominado *Memorandum* de entendimiento se firmó en el año 1965, como consecuencia de la decisión de nuestro gobierno de habilitar, en ese año, el puerto de Camarioca, al norte de la provincia de Matanzas, para que los emigrados pudieran recoger a sus familiares en la Isla, emigrando por esta vía, cerca de 2.900 personas¹⁰⁷.

El pequeño puerto de Boca de Camarioca estuvo abierto para todos los emigrados que quisieran llevarse a sus familiares desde el 28 de septiembre, en que se anunció la decisión del Gobierno Revolucionario, hasta el 15 de noviembre de 1965.

1.5.2. El puente aéreo y la Ley de Ajuste Cubano

Con la firma del “*Memorandum* de Acuerdo entre el Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de Cuba y la Embajada de Suiza en La Habana, como representante de los intereses del Gobierno de Estados Unidos respecto al traslado a Estados Unidos de

¹⁰⁶ ÁLVAREZ ACOSTA, María Elena, *op. cit.* p. 10.

¹⁰⁷ Otras 2.014 personas quedaron en Camarioca hasta que fueron recogidos en barcos alquilados por el Gobierno de Estados Unidos.

Cubanos que deseen vivir en Estados Unidos”, se propició un puente aéreo¹⁰⁸ por el que emigraron más de 268 000 personas, hasta el año 1973, cuando el presidente Nixon decidió suspender el puente aéreo y los acuerdos que le dieron origen¹⁰⁹.

En 1966, un año después del inicio del puente aéreo a partir del *Memorandum*, se firma en Estados Unidos la Ley de Ajuste Cubano¹¹⁰ que reafirma el tratamiento particular para la emigración cubana, al concederle asilo político de forma casi automática, eximiéndole de las cuotas por países que establecía su Ley Inmigratoria desde 1965 y la posibilidad de ajustar es estatus migratorio al año y un día de permanecer en territorio estadounidense optando por la residencia sin tener que salir de Estados Unidos, tal y como lo establece la Ley Inmigratoria para el resto de los inmigrantes¹¹¹.

¹⁰⁸ Conforme a la letra del Acuerdo el Gobierno de los Estados Unidos se comprometió a suministrar el transporte aéreo necesario para trasladar entre 3.000 y 4.000 personas al mes.

¹⁰⁹ AJA Antonio y RODRÍGUEZ Miriam (2003): “Ley de Ajuste Cubano. Antecedentes y Particularidades”, *Folleto La Ley Helms- Burton*, publicado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, N° Enero, p. 61-68. Tomado del sitio www.cubaminrex.cu Consultado el 8/4/2011.

¹¹⁰ *Ídem*, p. 64. Los autores incluyen una cita del compañero Fidel Castro Ruz, en su discurso del 3 de agosto de 1999, en el acto por la celebración del 26 de julio en la provincia de Matanzas, en la que refiriéndose a esta Ley afirma que: “en su afán de desestabilizar y destruir la Revolución cubana, de cierta forma, esta ley, muy general y confusa, con algunas actualizaciones posteriores, fue lo que sirvió de base al derecho automático a la residencia permanente, después de un año de ingresar en territorio de Estados Unidos, a cuanto ciudadano saliera ilegalmente de Cuba tan pronto pisara tierra norteamericana, algo que no se concedió jamás a ningún otro país del mundo. De haberlo hecho así con el resto de América Latina y el Caribe, hoy habrían muchos más ciudadanos latinoamericanos y caribeños en Estados Unidos que los nacidos en ese país”.

¹¹¹ *Vid*, SOROLLA FERNÁNDEZ, ILEANA. (2013): “Características del fenómeno migratorio en Cuba: antecedentes y comportamiento actual”. Conferencia impartida en el Seminario sobre migración y Extranjería, auspiciado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, el Centro de Estudios de Iberoamérica de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, 4 de septiembre. La Directora del Centro de Estudios de Migraciones Internacionales de la Universidad de La Habana, resume los principales programas del Gobierno de los Estados Unidos, relacionados con su política migratoria hacia Cuba, que son los siguientes: Programa de los Estados Unidos para Refugiados (*United States Refugee Program*); Programa de Visados de Diversificación de Inmigrantes, conocido como “lotería internacional” (*Diversity Lottery Visa Program*); Familiares inmediatos de ciudadanos o residentes legales permanentes (*Family-Sponsored Immigrants*); Programa Especial para la Emigración de Cubanos (*Special Cuban Migration Program*), conocido como el “bombo o sorteo”; Programa de Reunificación Familiar de Cubanos Bajo Palabra (*Cuban Family Reunification Parole*) y el Programa de Profesionales Cubanos de la Medicina Bajo Palabra (*Cuban Medical Professional Parole Program*).

1.5.3. La crisis de los ochenta. El Mariel y los acuerdos migratorios de 1984

En 1980, el Gobierno cubano informó a los emigrantes cubanos residentes en los Estados Unidos, que podían recoger a sus familiares que quisieran abandonar la Isla y abrió el puerto de Mariel para ese fin. Los Estados Unidos decidieron admitir a 125.000 cubanos, que fueron trasladados a la Florida en embarcaciones privadas, de forma similar a lo ocurrido en el caso de Camarioca en 1965, con la particularidad de que a partir del Mariel, comenzó a surgir, dentro del gobierno estadounidense cierto consenso en el sentido de evitar las oleadas masivas de cubanos hacia las costas de la Florida y en consecuencia, en 1981, en pleno proceso de ubicación de los denominados “marielitos”, se cerró el Programa para Refugiados Cubanos¹¹².

En diciembre de 1984, como resultado de la crisis migratoria generada en 1980, se firman acuerdos migratorios, en una etapa en la que la composición y el grado de relación con familiares residentes en los Estados Unidos de la migración cubana habían cambiado radicalmente¹¹³. Durante los años 1986 y 1987, el acuerdo quedó suspendido por decisión de nuestro Gobierno, en respuesta a la creación por parte de la administración Reagan de la mal llamada radio Martí. En 1988, se puso en vigor nuevamente y hasta el año 1994, el grado de cumplimiento por parte del Gobierno de los Estados Unidos fue muy inferior a lo pactado, siguiendo la política provocadora de siempre, de reducir la inmigración legal y ordenada y continuar estimulando la ilegal.

¹¹² BARBERIA, LORENA G, *op. cit.* p. 105.

¹¹³ El 12 de diciembre de 1984, luego de la crisis que se gestó a inicios de los años ochenta, cuando 125 mil personas salieron a través del puerto del Mariel, se firmó el Acuerdo de Normalización de las Relaciones Migratorias entre ambos países, que contempló un Comunicado Conjunto y un Acta de Ejecución, mediante los que Cuba aceptó la devolución de 2746 “excluibles” que vivían en Estados Unidos y éste se comprometió a permitir la entrada anual de hasta 20 000 ciudadanos cubanos que quisieran emigrar legalmente a ese país. La poca seriedad con que el Gobierno de los Estados Unidos acogió este acuerdo se evidencia en el hecho de que de las 160 mil visas que debieron ser concedidas en sus 8 años de vigencia, sólo fueron otorgadas 11 222, es decir, el 7%, mientras continuaron alentando la emigración ilegal.

1.5.4. La crisis de los balseros y los acuerdos migratorios de 1992

Entre 1991 y julio de 1994, cuando se desató la denominada crisis de los balseros, Estados Unidos recibió 13 275 inmigrantes ilegales cubanos, mientras sólo aceptaba 3794 solicitudes de entrada legal.

La causa fundamental de esta grave crisis migratoria, estuvo relacionada con el incumplimiento reiterado de las visas prometidas, la Ley de Ajuste Cubano, la grave crisis económica que afectó a nuestro país, provocada por la caída del socialismo en Europa del Este y la desaparición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el endurecimiento del bloqueo económico, financiero y comercial, y la propaganda subversiva procedente de Estados Unidos, estimulando la indisciplina social y las salidas ilegales, junto a la falta de medidas eficaces por parte del Gobierno de los Estados Unidos, para evitar la emigración ilegal y eliminar el contrabando de personas.

A diferencia de lo ocurrido en 1965 y 1980, con las salidas desde Camarioca y Mariel, en 1994, dos semanas después de iniciado el flujo, la administración Clinton revocó la admisión de balseros cubanos en los Estados Unidos y ordenó a la Marina y al servicio de Guardacostas que los trasladaran a la Base Naval de Guantánamo y a campamentos de refugiados en Panamá, con lo que, al menos durante la crisis, se continuó la política de restringir la inmigración cubana, iniciada en 1980¹¹⁴.

El 9 de septiembre de 1994, se firmaron nuevos acuerdos migratorios¹¹⁵, los que a diferencia de los anteriores estuvieron orientados a controlar la emigración ilegal entre

¹¹⁴ BARBERIA, LORENA G, *op. cit.* p. 105.

¹¹⁵ Este Acuerdo Migratorio de 9 de septiembre de 1994, se complementó, posteriormente con las medidas adoptadas como parte de su implementación con la Declaración Conjunta de 2 de mayo de 1995, con lo cual quedaron establecidas las condiciones propicias para contribuir a que la emigración entre los dos países se realizara de forma segura, legal y ordenada. En virtud de estos compromisos contraídos por ambas partes, se reconoció el interés común de impedir las salidas riesgosas desde Cuba que ponen en peligro las vidas humanas: los Estados Unidos,

los dos países y a la vez, se llegó a un entendimiento para normalizar la migración legal, por lo que a partir de ese momento, los emigrantes ilegales que se capturan en el mar son devueltos a Cuba. Estos acuerdos incluyeron también la suspensión de la práctica de otorgar asilo automático a quienes lograrán arribar por esa vía a territorio norteamericano¹¹⁶. Ambos gobiernos acordaron además el regreso a Cuba de los inmigrantes que se encontraban en la Base Naval de Guantánamo y que no cumplían los requisitos para ser admitidos en Estados Unidos.

Los temores sobre la emigración cubana, que, como ya apuntamos, aparecieron por primera vez en 1980, con la crisis del Mariel y se manifestaron de nuevo en los noventa, ha llevado al Gobierno de los Estados Unidos a cumplir, en lo fundamental, los compromisos asumidos en los acuerdos migratorios con Cuba y también en dos ocasiones durante el año 2003, sancionaron con severidad a los autores del secuestro de un avión cubano de pasajeros y devolvieron a los secuestradores de una embarcación al ser abordada en aguas internacionales por Guardacostas norteamericanos¹¹⁷.

descontinuarían su práctica de otorgar la admisión provisional a todos los emigrantes cubanos que lleguen a su territorio por vías irregulares y Cuba tomaría medidas efectivas, en todo lo que esté a su alcance, para impedir las salidas inseguras, usando fundamentalmente métodos persuasivos.

Con relación al tráfico de inmigrantes se comprometieron a cooperar para tomar acciones oportunas y efectivas para impedir el transporte ilícito de personas a los Estados Unidos, así como a adoptar medidas efectivas, en todo lo que esté a su alcance, para oponerse e impedir el uso de la violencia por parte de cualquier individuo que intente llegar o llegue a ese país desde Cuba mediante el desvío forzoso de aeronaves o embarcaciones. La realidad es que hasta el presente los Estados Unidos han continuado estimulando la emigración ilegal desde Cuba, las medidas adoptadas contra los traficantes de personas han sido insuficientes, nada ha hecho contra los secuestradores de naves o aeronaves, con las dos excepciones indicadas *infra* y sólo ha cumplido con el compromiso de expedir cada año 20 mil visas, mediante procedimientos que no han estado exentos de diversas manipulaciones.

¹¹⁶ A pesar de estar contemplados en la letra de los acuerdos, el Gobierno de los Estados Unidos continúa aplicando la política de «pies secos/pies mojados», que consiste en admitir a los que logran arribar al territorio de los Estados Unidos y devolver solamente a los que son capturados en el mar. Se trata de un privilegio que no tienen otros emigrantes ilegales de Latinoamérica y que es aplicable también a los cubanos que arriben por vía aérea o terrestre, de forma legal o ilegal.

¹¹⁷ BARBERIA, LORENA G, *op. cit.*, p. 108. Se trata del secuestro de un avión con 24 pasajeros a bordo, ocurrido en 2003, donde fueron encausados y sancionados con condenas de veinte años de prisión (catorce de los 24 pasajeros solicitaron y recibieron permiso del Departamento de Seguridad Nacional para permanecer en los Estados Unidos y los restantes regresaron a Cuba) y también en julio de 2003 cuando doce personas secuestraron una embarcación, que

1.5.5. La vigencia de la Ley de Ajuste Cubano y el incremento de las operaciones de tráfico de personas desde Cuba

A pesar de estar incluido en los acuerdos migratorios firmados entre Cuba y los Estados Unidos en 1994, el Gobierno de dicho país, movido por presiones y factores de carácter político interno, ha mantenido la vigencia de la Ley de Ajuste Cubano, estimulando de esta forma las salidas ilegales, al recibir sin exigencias ni requisito alguno a aquellos que pisan tierra en sus costas, arriban por vía aérea con documentos falsos, o logran entrar con sus documentos a través de la frontera mexicana. De esta forma personas con antecedentes penales de todo tipo, que jamás reciben visa cuando la solicitan, adquieren el derecho a trabajar de inmediato y a la residencia en territorio norteamericano, desde hace ya más de cuarenta y seis años.

La Ley de Ajuste Cubano, de 2 de noviembre de 1966, que ha mantenido su vigencia, como una vía de estimular las salidas ilegales, en violación de los acuerdos migratorios vigentes entre ambos países, es la causante directa de elevadas pérdidas de vidas humanas, que pudieran evitarse si el Gobierno de los Estados Unidos, se decidiera a mantener una política seria y responsable en el tratamiento a las relaciones migratorias con Cuba, y le diera cumplimiento efectivo a los acuerdos suscriptos entre ambos países¹¹⁸.

Con las restricciones aplicadas a la inmigración cubana, parecía que se acercaba el fin de la Ley de Ajuste Cubano y que el Gobierno estadounidense, se decidiría a cumplir la letra de los acuerdos migratorios suscriptos, pero como ya apuntamos, la realidad de los

fue al ser capturados en aguas internacionales, fueron devueltos a Cuba, después que nuestro Gobierno dio garantías de que estarían sujetas a sanciones no superiores a los diez años de privación de libertad.

¹¹⁸AJA, Antonio y RODRÍGUEZ, Miriam, *op. cit.* p. 66, donde se señala que “la aplicación de los Acuerdos ha detenido de manera significativa las posibles avalanchas de este fenómeno, pero no puede cerrar definitivamente esa puerta en tanto el emigrante cubano que consigue arribar a territorio norteamericano por vía marítima, burlando al servicio de Guarda Costas, tiene ante sí excelentes opciones para no ser enviado de vuelta a Cuba... No importa que estos hechos pongan en peligro la vida de seres inocentes, en especial de niños que dirigidos por sus padres se someten a riesgos incalculables, la campaña propagandística es permanente y es orientada intencionalmente”.

últimos diecinueve años, ha sido la de continuar admitiendo a los que logran arribar al territorio de los Estados Unidos y devolver solamente a los que son capturados en el mar.

Los emigrantes cubanos continúan recibiendo un tratamiento especial dentro del programa federal de reubicación de refugiados, que les concede beneficios federales, incluyendo subvenciones económicas y seguro médico. Hasta siete años después de su entrada en los Estados Unidos, los que no alcancen los niveles de ingresos y recursos establecidos, son elegibles para recibir ingresos por concepto de seguridad social suplementaria¹¹⁹.

En los primeros años de la segunda década del siglo XXI, nuevamente se especula sobre el posible fin de la Ley de Ajuste Cubano, atendiendo al intenso proceso de negociaciones bipartidistas que se desarrolla, en la Cámara de Representantes y en el Senado de los Estados Unidos en torno a la reforma migratoria prometida por Obama, desde su primer mandato, que ha estado estancada durante años y ha vuelto a resurgir, sin que hasta ahora, se conozca de la existencia de propuestas encaminadas a mantener los privilegios de que disfruta actualmente la inmigración cubana, con relación a la de otros países.

En época reciente las operaciones ilegales de tráfico de personas desde el territorio estadounidense se han incrementado y han ido ganando en complejidad, con la utilización de lanchas rápidas de matrícula norteamericana y también a través de otros países como México. Ya no se trata de actividades aisladas de personas que venían a buscar familiares ante la falta de respuesta a las solicitudes de visas, sino de una actividad delictiva organizada, que le reporta importantes ganancias a los que la practican, que ha llevado a nuestro país a adoptar medidas de índole legislativo, con la penalización a partir de marzo

¹¹⁹ BARBERIA, LORENA G, *op, cit*, p. 106.

de 1999 del tráfico de personas¹²⁰ y la captura y enjuiciamiento de más de un centenar de traficantes residentes en Estados Unidos¹²¹.

Esta situación justifica la penalización de estas conductas por el legislador del 99, que posteriormente fueron recogidas en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

1.5.6. El Programa de profesionales cubanos de la medicina bajo palabra

El *Cuban Medical Professional Parole*, por su nombre en inglés, fue establecido con el objetivo de estimular la deserción del personal médico cubano que está brindando colaboración en diferentes países y consiste en ayudarlos a llegar a los Estados Unidos con la condición de refugiados. Se trata de un programa que afecta a la salud pública cubana y también a los ciudadanos de los países donde prestan sus servicios, que son generalmente personas de bajos ingresos de áreas apartadas de los grandes centros poblacionales, a las que generalmente no acuden los profesionales de sus propios países. Esta medida se considera como una ampliación de la Ley de Ajuste Cubano.

De nuevo el denominado “robo de cerebros”, tantas veces aplicado contra la revolución cubana, que en 1959 dejó al país con el 50% de los médicos, ampliado ahora a

¹²⁰ Código Penal, Ley No. 62 de 1987, actualizado, Colección *Jurídica*. Ministerio de Justicia. La Habana 1999, tal y como quedó modificado con la inclusión del Título XV: Delitos Contra el Normal Tráfico Migratorio, por el artículo 22 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 1 de 15 de marzo de 1999, p. 10.

¹²¹ En la sentencia 1652 de 17 de diciembre de 2012 de la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado en función de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, en su Cuarto Considerando se expresa al respecto que: ...”el delito de tráfico de personas tiene una elevada peligrosidad social y alta incidencia en el mundo de hoy, y afecta no solo el normal tráfico migratorio, sino también la estabilidad de las naciones. De ahí que nuestro país, sometido a una brutal campaña anticubana procedente de Estados Unidos, en la que individuos inescrupulosos incitan a los ciudadanos a abandonar su patria, para acogerse a la Ley de Ajuste cubano, requiera castigar con rigor a quienes, a cambio de altas sumas de dinero, se prestan para entrar al territorio nacional a cumplir esos designios, razonamientos que impiden acoger la pretensión que el acusado DMR, amparada en el ordinal sexto del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal.

Venezuela, Bolivia, Nicaragua, y otros países donde nuestros profesionales de la salud brindan su colaboración.

Estamos ante un programa bien estructurado para promover la deserción de los cooperantes médicos cubanos que es coordinado desde el año 2006, por Departamento de Estado y el Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, que tal como se puede leer en su página web, ofrece tratamiento especial de las embajadas norteamericanas en cualquier país del mundo y una vía rápida para entrar a Estados Unidos, a profesionales médicos y de enfermería, fisioterapeutas, técnicos de laboratorio y entrenadores deportivos integrados en las misiones médicas cubanas¹²².

1.5.7. La reforma migratoria de 2012

En el mes de octubre de 2012 el Gobierno cubano dio otra muestra de buena voluntad en la política migratoria al realizarle importantes modificaciones a la “Ley de Migración”¹²³, con lo que se ha actualizado la política migratoria de Cuba, que a lo largo de todos estos años de Revolución, se ha basado en el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a viajar, a emigrar o residir en el extranjero y en la voluntad de favorecer las relaciones entre la nación y su emigración.

¹²² MANZANEDA, José. (2011): Un escándalo silenciado: el programa de EEUU para la deserción de cooperantes médicos cubanos. *Blog La pupila insomne*. 1 de abril. Disponible en: <http://lapupilainsomne.wordpress.com/2011/04/01/un-escandalo-silenciado-el-programa-de-eeuu-para-la-desercion-de-cooperantes-medicos-cubanos/> Consultado el 1/9/2013, a las 22.00. Un verdadero escándalo moral sobre el que los grandes medios de comunicación prefieren no informar. Mencionar este asunto tan lamentable les obligaría a citar datos sobre la gigantesca labor solidaria de Cuba en el campo médico. Por ejemplo: que este país tiene más de 37.000 cooperantes de la salud en 77 naciones pobres, que lleva el 45% de los programas de cooperación Sur-Sur en América Latina; o que asumió el 40 % de la atención contra el cólera en Haití; que ha operado de la vista, gratuitamente, a un millón y medio de personas sin recursos; o que ha concedido becas a casi 4.000 estudiantes de medicina procedentes de 23 países, incluidos algunos de los Estados Unidos.

¹²³ Decreto-Ley No. 302 de 11 de octubre de 2012, Gaceta *Oficial Extraordinaria*, 16 de octubre de 2012. Consultada el 16/10/2012, a las 11.00. Disponible en: http://www.gacetaoficial.cu/pdf/ORD_044_IMPRENTA_2012%20%20%20minjus.rar

Al mismo tiempo se ha fundamentado en el legítimo derecho a defendernos frente a la agresividad de Washington. Las disposiciones para regular los flujos migratorios del país, fueron adoptadas en medio de circunstancias impuestas por las agresiones que en esta esfera se han implementado por las diferentes administraciones norteamericanas, con el estímulo de sus aliados en Miami¹²⁴.

1.5.8. Consideraciones finales

Como en la mayoría de los países emisores de nuestra región, los cubanos emigran por causas económicas, razones familiares y otras motivaciones personales, asociadas a factores histórico-culturales, vinculados a la tradición migratoria cubana que está en la raíz misma de la conformación de nuestra nación¹²⁵.

En el estudio realizado se evidencia que no todas las salidas desde Cuba, con destino fundamental hacia los Estados Unidos, han sido por vías irregulares, pero en todos los casos ha estado presente, en mayor o menor medida, la política hostil del Gobierno de los Estados Unidos de estimular la inmigración ilegal y dificultar las vías legales y ordenadas, lo que también ha estimulado en los últimos años a los grupos vinculados a

¹²⁴ “Por la voluntad común de la Nación Cubana”, Editorial *Periódico Granma*, 16 de octubre de 2012. Consultado el propio día a las 2.00 p.m. en: <http://www.granma.cubaweb.cu/2012/10/16/nacional/artic12.html> Más adelante en el referido editorial se destaca que: en la despedida a su Santidad Benedicto XVI, el 28 de marzo pasado, el Presidente Cubano expresó: "Reconocemos la contribución patriótica de la emigración cubana, desde el aporte decisivo a nuestra independencia de los tabaqueros de Tampa y Cayo Hueso y todos los que fueron sostén de los anhelos de José Martí, hasta los que se oponen hoy a quienes atacan a Cuba y manipulan el tema migratorio con fines políticos. Hemos realizado prolongados esfuerzos hacia la normalización plena de las relaciones de Cuba con su emigración que siente amor por la Patria y por sus familias y persistiremos en ello por la voluntad común de nuestra Nación".

¹²⁵ *Vid.*, “Manipulación estadounidense del tema migratorio cubano”. *Periódico Granma*. Edición del 11 de enero de 2013. En: <http://www.granma.cubaweb.cu/2013/01/11/nacional/artic07.html>, donde se señala que ... “las causas de la migración, con excepción de la primera oleada de emigrantes comprometida con el régimen de Batista y los intereses del Gobierno de Estados Unidos, son las mismas que impulsan la movilidad transfronteriza de millones de personas en todo el mundo. Están asociadas a los enormes desafíos que enfrenta la humanidad, derivados de la polarización de la riqueza que ha profundizado la brecha entre los países del llamado Sur geopolítico y aquellos que concentran los mayores recursos, el acceso privilegiado a la información, el conocimiento y la tecnología, como resultado del saqueo sistemático y acumulativo de las riquezas naturales y humanas de los países que hoy son los principales emisores de migración internacional. Esas causas, en el mundo globalizado de hoy, no respetan fronteras”.

la delincuencia organizada a involucrarse en las operaciones de tráfico de personas desde nuestro país.

La poca voluntad demostrada por el Gobierno de los Estados Unidos para resolver con carácter definitivo el conflicto migratorio existente con nuestro país y la creciente participación de grupos de la delincuencia organizada, en las operaciones de tráfico de personas desde Cuba, con destino directo al territorio norteamericano y también utilizando a México y otros países del área, como territorios de tránsito, evidencian la necesidad que tenemos de contar con instrumentos jurídicos modernos y eficaces, en sede penal y también en lo administrativo.

En el enfrentamiento al tráfico de seres humanos y otros delitos relacionados, corresponde aplicar una política penal coherente y racional, que al propio tiempo que ofrezca las garantías penales y procesales previstas en nuestro ordenamiento jurídico, evite la impunidad y también la excesiva utilización del Derecho penal, cuando resulte posible enfrentarlos con otros medios.

B.- CAPÍTULO II: Fundamentos criminológicos y penales del Tráfico ilícito de Personas

2.1 Fundamentos criminológicos para ofrecer una correcta formulación dogmática al enfrentamiento al tráfico de personas

En un contexto social complicado como el que se avizora en el decursar del Siglo XXI caracterizado por la presencia de una creciente sociedad de riesgo y la aparición de fenómenos delictivos congruentes con ello, la política criminal indiscutiblemente debe marcar las pautas de construcción de las formulaciones dogmáticas para hacerlas coherentes y efectivas, fue justamente ROXIN el primero que con su propuesta metodológica, deja sentado ese postulado¹²⁶, en la actualidad pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar *consideraciones político-criminales* en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías donde predomina el deseo de adaptar el Derecho penal al surgimiento de nuevos intereses de protección o a la revalorización de algunos ya existentes.

Sin embargo, aunque la propuesta teórica en principio es aceptada se visualizan tendencias hacia la «*normativización*» de tales categorías.”¹²⁷, que en ocasiones escapan a los fundamentos ontológicos del fenómeno, sin dejar de reconocer que el acomodo de la legislación penal a proposiciones doctrinales transita de igual forma por una agilidad política e intelectual de los profesionales que tiende a disminuir los riesgos de una escisión total.

¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (1997): “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites” en Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. José María Bosch. Editor. Barcelona, p. 65.

¹²⁷ *Ídem* p. 71.

En este camino las concepciones criminológicas sobre el bien jurídico colocan el punto de partida para la concreción criminológica de la necesidad de intervención del Derecho penal desde una postura político criminal, por ello LUGGI FERRAJOLI, presenta lo que él denomina cuatro cuestiones esenciales¹²⁸ en juego entre el Derecho penal mínimo y el resguardo de los bienes fundamentales de manera tal, que la construcción dogmática en su protección estará precedido de esa valoración que debe concebir un pensamiento de carácter ético-político, de carácter jurídico-constitucional, jurídico-penal; y de carácter sociológico, que permita un diseño englobado de fundamentos dogmáticos y político criminales¹²⁹.

Por ello las reflexiones de DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO¹³⁰, nos muestra un panorama donde es imprescindible, la visión del conflicto social, los aportes criminológicos y el diseño legislativo con la protección de bienes jurídicos, desde la concepción vista anteriormente, lo que completaría desde una postura axiológica aquellos elementos que ZAFFARONI denomina, estructura conflictual¹³¹.

¹²⁸FERRAJOLI, Luggi: “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales” en *Ciencias penales. Revista N° 5*. Disponible en: <http://cienciaspenales.org/>. Consultado el 8/10/2013, a las 11.00, donde se cuestiona ¿cuáles son los ámbitos de operatividad de tal concepto y, en relación con ello, los parámetros de legitimación jurídica y política de las normas penales? para responder estas preguntas conviene distinguir cuatro órdenes de cuestiones que corresponden a otros tantos niveles de discurso y poseen por ello un diferente estatuto lógico y semántico:

a) Si deben existir bienes, y cuáles, para justificar moral y políticamente las prohibiciones penales.

b) Si existe un cierto ordenamiento el vínculo normativo del daño a ciertos bienes, y a cuáles para legitimar constitucionalmente las leyes penales.

c) Si un cierto ordenamiento tutela legalmente los bienes determinados (...), y cuáles otros bienes o no bienes tutela dicho ordenamiento, p. 11.

d) Qué cosa, es decir, cuáles bienes o no bienes tutela efectivamente dicho ordenamiento.

¹²⁹ *Ídem*, p. 12

¹³⁰ DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, José Luis (2003): “Sociología jurídico penal y actividad legislativa” en *Sistema penal y problemas sociales*, Coordinado por Roberto Begalli. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 263 y ss, desde su perspectiva se exige el cumplimiento de tres condiciones. En primer lugar, no debe ocultar la crisis del Derecho que, precisamente, se encuentra entre los motivos del auge de los estudios sobre la actividad legislativa. En segundo lugar, debe explicar el papel de la diversidad de conocimientos que confluyen en el análisis del fenómeno de la legislación, ensayando una unidad, o cuanto menos una cierta articulación, entre los mismos. En tercer lugar, no sólo debe permitir describir la actividad legislativa sino también explicarla, criticarla y proponer medidas para su mejora.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012). “La cuestión criminal”. 3ra edición. Editorial Planeta. Argentina, pp.123 y 126.

Todo ello nos conduce a fundamentar la relación entre la necesidad de ofrecer desde la política criminal una mirada dogmática, criminológica y normativa, al cada vez más extendido fenómeno del tráfico internacional de personas que da lugar a una generalizada aprobación de reformas legislativas encaminadas a su persecución, y que consisten una vez más en ampliación de tipos, inclusión de nuevas figuras delictivas y endurecimiento de penas de fuerte impacto criminógeno en su tratamiento al tratar de ofrecer protección a esas conductas y a la vez mantener los derechos de ciudadanos que se vinculan a ello, movido no siempre por interés criminales, sino de marginalidad como hemos referido *supra*.

Estas decisiones legislativas, presentan también un fundamento ambivalente: Si, por un lado, constituyen una loable superación de los antiguos preceptos de trata sexual, que se ven integrados en el concepto más comprensivo de trata de personas en general, donde caben conductas de esclavitud y servidumbre, explotación laboral, venta de personas, extracción de órganos, mendicidad forzada, entre otras, por otro lado, la inclusión del tráfico consentido de migrantes introduce en el ámbito de punición conductas que no tienen tanto que ver con la explotación de personas como con las necesidades de control en el origen de la migración ilegal por parte de los países desarrollados destinatarios de ese tráfico.

Ello explica que estas reformas suelen practicarse en un contexto de fuertes presiones por parte de organismos internacionales y países receptores, y que sus formulaciones más contundentes hayan tenido lugar en países con una intensa emigración por razones económicas o socio-políticas como ha quedado evidenciado¹³². A ello no escapa ese concepto criminológico también de delincuencia organizada que se ha convertido, dentro

¹³² DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis.(2008): “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”. *Política Criminal*, N° 5, 2008, A7-5, pp. 1-37. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf Consultado el 8/10/2013, a las 13.00.

de la visión securitaria predominante, en la concreción del enemigo¹³³ por antonomasia de las actuales sociedades en una escala superior a lo que fue por si solo el narcotráfico, que por lo demás se integra plenamente en el concepto, y abarca desde el terrorismo y los tráficos ilegales de personas y mercancías hasta los grupos organizados tradicionales en la delincuencia clásica, tales como bandas de atracadores, pandillas juveniles, grupos extorsionadores, pero donde los seres humanos tratados como mercancía tienen una relevancia extraordinaria, de ahí entonces los fundamentos criminológicos que sustenta el análisis teórico del *tráfico de personas* y sus figuras afines.

2.2. El bien jurídico protegido

En la Ciencia del Derecho penal desde hace tiempo existe acuerdo en que el Derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos. Pero este acuerdo se rompe cuando se trata de determinar qué debe entenderse por "bien jurídico"¹³⁴, desde su nacimiento que data de mediados del siglo XIX, de la mano de BIRNBAUM se sitúa en uno de los conceptos fundamentales de esta ciencia¹³⁵.

El Derecho penal por su propia naturaleza es un derecho eminentemente "selectivo"¹³⁶ la exclusiva protección de bienes jurídicos parte de uno de sus principios consustanciales, lo

¹³³ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. (2003): "Derecho Penal del enemigo". Thomson Civitas. *Cuadernos Civitas*. Primera Edición, 47 y ss.

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. prólogo al texto HORMAZÁBAL MALARÉE H.: (1992) Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. Segunda edición. Editorial jurídica ConoSur, p. 9

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012). *La cuestión (...)*, op. cit, en 128, p.25. Nos comenta que la estructura básica alrededor de la que se diseña la teoría del delito se completa con el respeto a dos principios constitucionales, el de legalidad (...) y el de lesividad, que requiere que en todo delito haya un bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

¹³⁶ Desde el punto de vista criminológico la selectividad del Derecho penal tiene varias aristas que parten del diseño legislativo y se extiende hacia la aplicación concreta, que se materializa en selección de los ciudadanos destinatarios de sus normas, aun cuando siempre se ha planteado como esencia la "igualdad", desde el pensamiento de Zaffaroni con el que coincidimos la mirada debe ser holística En este sentido, *"delitos" serían las conductas conflictivas que dan lugar a una decisión criminalizante afirmativa de la agencia judicial, que decide no interrumpir la criminalización en curso*, en tanto que *"teoría del delito" es sólo el "nomen juris" de una parte del discurso jurídico-penal que explicita*

que ha provocado un sin número de formulaciones teóricas¹³⁷, que parten desde su reconocimiento Constitucional hasta la materialización en los tipos penales, toda vez, que sería imposible que un Estado encargado de asegurar la vida en común de todos los ciudadanos, no diseñara qué se debe proteger en el ámbito penal y cómo asegurar esa protección, por ello ROXIN considera a los bienes jurídicos como "*condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común*"¹³⁸, en función de garantizar el orden pacífico.

El sustrato material del concepto de bien jurídico, tendría su fundamento, de acuerdo con esta concepción seguida también por RUNDOLPHI, solo para dar subsistencia a la sociedad constitucionalmente organizada. Aquí se pondría en duda si ello significaría una protección puramente normativista alejada de la realidad social¹³⁹, lo cual entonces estaría vacía de contenido. MARK, en su análisis incorpora otro elemento para complementar este pensamiento, asentando el fundamento al señalar que son "aquellos objetos que el hombre necesita para su libre autorrealización"¹⁴⁰.

en forma orgánica el conjunto de requisitos que la agencia judicial debe requerir antes de decidirse a responder consintiendo el avance del proceso de criminalización. Este conjunto más o menos orgánico de requisitos constituye el nivel máximo de selectividad tolerada, o sea, que traduce un programa de reducción de la violencia selectiva y deslegitimada del sistema penal. En la categorización de los requisitos pueden distinguirse un nivel elemental (la acción) y un nivel mínimo (tipicidad y antijuridicidad) y también hay un proceso de selección criminológica, *vid*, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión (...), *op. cit.* en 128, pp. 252 y ss.

¹³⁷ *Per omnia* MIR PUIG Santiago: (2003). Introducción a las bases del Derecho penal, segunda Edición. Euros editores S.R.L. Argentina, pp. 112-124, es importante en esta concepción nos dice MIR PUIG el pensamiento de Welze seguidor de Bindign quien identificó el bien jurídico con el concreto objeto del mundo empírico lesionado o puesto en peligro por el delito y por su parte los neokantianos seguidores de Von Lizst, que desplazan el pensamiento al mundo de los valores.

¹³⁸ ROXIN, Claus: (1976) "Sentido y límites de la pena estatal" en Problemas básicos de Derecho penal. Editorial Reus. Madrid, pp. 11-36.

¹³⁹ Cita que aparece en TERRADILLOS BASOCO Juan: (1981) "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela Jurídico-penal" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63, pp. 125-149.

¹⁴⁰ MARX, Carlos. (1977): Líneas fundamentales (Grundrisse) 2do Tomo, Barcelona, Ed. Crítica, p.121

El análisis toma otro rumbo ante la pregunta de HASSEMENR¹⁴¹ "¿Hacia dónde conduce esta vía de la concepción de un bien jurídico que no debe excluir ningún objeto de protección?, cuestionamiento que compartimos, toda vez que un concepto general de bien jurídico que es tan abstracto que no informa en absoluto sobre los objetos de protección en particular, lleva irremediabilmente a una amplitud tal, que dejaría el concepto a merced de la interpretación y con ello al “tambaleo” del principio de legalidad, de ahí la necesidad de concreción del bien jurídico objeto de protección en sede penal.

En tal sentido, para una correcta comprensión del bien jurídico debemos tomar como pautas, algunas de las invariantes planteadas por HORMAZÁBAL MALARÉE:¹⁴²

- a) El bien jurídico en cuanto producto social es un producto histórico, ello significa, que no pertenece a la sociedad en abstracto sino que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado.
- b) Es consecuencia, de las condiciones concretas de esa sociedad, de las condiciones específicas de la superestructura social y política y de un ámbito particularizado de ella: de la superestructura jurídico-penal.
- c) Deben surgir de la dinámica participativa y de los procesos de discusión que tienen lugar en la base social. La intensidad de la discusión dependerá de la capacidad del Estado para facilitar la participación, la discusión y sobre todo, de admitir que en la base social tenga lugar la disidencia. Por ello los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico.
- d) Son **relaciones sociales concretas** de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno.

¹⁴¹ HASSEMER, Winfried. (1989): "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". Doctrina Penal 46/47, pp. 275-285.

¹⁴² HORMAZÁBAL MALARÉE H.: (1992) Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. Segunda edición. Editorial jurídica ConoSur, pp. 151 y ss.

Todo esto lo lleva a que el contenido del bien jurídico está en **una relación social concreta** de carácter sintético normativo y sintético social¹⁴³, opinión que también compartimos, lo que permite que por ejemplo la vida y la libertad, en cuanto objetos protegidos por una norma penal lo están como relación social concreta en una sociedad democrática, esto es, en cuanto relación o vinculación entre personas.

Cuando el Estado establece un tipo penal quiere prohibir la relación social entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en las condiciones objetivas y subjetivas contempladas en el propio tipo. El tipo constituye una forma específica de negación de la prohibición más genérica contemplada en la norma penal. El tipo contiene una relación social que niega otra relación social, la relación social concreta protegida por la norma penal, que es el bien jurídico¹⁴⁴.

El profesor QUIRÓS PÍREZ en la doctrina patria se afilia a la concepción de que el bien jurídico está constituido por las relaciones sociales (o elementos de las relaciones sociales) que, por su particular interés social, son protegidas por medio del Derecho penal, de los ataques y amenazas materializados por comportamientos considerados socialmente peligrosos¹⁴⁵, poniendo el énfasis en esas específicas relaciones sociales que deben ser resguardadas por la protección penal.

Por lo tanto, la relación entre norma y tipo es una relación dialéctica de afirmación y negación de una relación social concreta. La norma penal afirma al bien jurídico en la medida que lo protege prohibiendo su afección. El tipo penal es continente de una forma específica de negación de esa relación social concreta que es el bien jurídico protegido

¹⁴³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: (1989). Manual de Derecho Penal. (Parte general). Tercera Edición. Editorial Ariel. Barcelona, p 54.

¹⁴⁴ MIR PUIG, *op. cit.* p. 201.

¹⁴⁵ QUIRÓS PÍREZ, Renén. (1999): "Manual de Derecho penal I". Editorial Félix Varela. Ciencias Jurídicas. La Habana, pp. 189-191.

por la norma. El bien jurídico (lo procurado proteger por el Derecho penal) no es el propio Derecho, o sea, las normas jurídicas, sino el contenido de esas normas jurídicas, esto es, las relaciones sociales modeladas y consolidadas en dichas normas jurídicas. De esta forma la protección exclusiva de bienes jurídicos se coloca en principio limitativo al *ius puniendi* del Estado y con ello garantía de seguridad jurídica.

Estas reflexiones nos llevan de la mano a señalar, que ese enfoque dialéctico que caracteriza al contenido del bien jurídico, tiene hoy una influencia decisiva en la formulación de nuevas construcciones jurídicas, a tenor de los fenómenos contemporáneos, que marcan el desarrollo de las sociedades en sus relaciones internas y en su vínculo con otras sociedades.

La protección al tráfico de persona como bien jurídico en sede penal se inscribe en esa visión dual, de estar dirigido a la protección de intereses fundamentales de los individuos y de la sociedad en general¹⁴⁶, toda vez, que el surgimiento de nuevas y complejas formas de criminalidad en los últimos tiempos, especialmente las relacionadas con la denominada criminalidad organizada inciden directamente en ello.

Esto justifica que junto al proceso de discriminación de determinadas conductas de escasa peligrosidad social, exista una tendencia a criminalizar otras, como el blanqueo de dinero, la corrupción, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, con la finalidad de resguardar esas especiales relaciones sociales, que se une además al mandato previsto en múltiples disposiciones de la Comunidad internacional anteriormente analizadas.

¹⁴⁶ PÉREZ FERRER, Fátima. (2006): “Análisis Dogmático y Político-Criminal de los delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros”. Monografías de Derecho penal. Editorial Dykinson S.L. Madrid, pp. 32 y ss.

El bien jurídico protegido en el Título XV del Código Penal cubano, es el “normal desarrollo del tráfico migratorio” y la protección de los derechos de las personas que son objeto del tráfico ilícito de migrantes. Dada la complejidad y las formas de comisión de este delito están necesitadas de una especial protección por parte del Estado a través de los mecanismos del Derecho penal, que en este caso resulta necesario por tratarse de conductas lesivas a bienes jurídico-penales trascendentes para el desenvolvimiento armónico de la sociedad cubana y la adecuada protección a la vez, de los derechos humanos consagrados constitucionalmente.

Sin embargo, es obligado señalar que no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la denominación del objeto de protección para estas conductas, siendo variadas las formulaciones teóricas, legislativas y jurisprudenciales que se reportan en los distintos países.

Para mostrar el estado del arte en este punto, tomaremos por base algunos países, que a partir de ahora formaran parte del análisis investigativo en algunos puntos a desarrollar, ello nos permitirá tener una visión abarcadora del tratamiento al delito. Los países que se incorporan en esta revisión son: España, El Salvador, Argentina, Perú, Guatemala, Chile y Costa Rica¹⁴⁷.

España¹⁴⁸ denomina al bien jurídico como ¹⁴⁹ “delitos contra los derechos de los extranjeros”¹⁵⁰. Argentina “delitos contra el orden migratorio”¹⁵¹ El Salvador¹⁵² “delitos

¹⁴⁷ ¿Por qué de su selección? España nos posibilita la visión europea del problema y uno de los países con importantes conflictos migratorios, es el segundo país después de Estados Unidos en recibir emigrantes procedentes de Latinoamérica, en nuestra área geográfica, la elección obedece a sus propias características diferenciadas desde el punto de vista económico. Argentina, Chile y Costa Rica tiene economías avanzadas en nuestro entorno, mientras que Perú, El Salvador y Guatemala comparten la problemática de países con más carencias materiales. NA.

¹⁴⁸ El Código penal español de 1995 bajo el *nomen iuri* de Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en el Título XV, protege el tráfico ilegal de personas en el artículo 318 que después de múltiples modificaciones queda redactado conforme a la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio, **Artículo** 318 bis:

1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con

pena de cuatro a ocho años de prisión., *Vid*, LÓPEZ CERVILLA, José María. (2003): Tráfico ilícito de personas. La reforma del 318 bis del Código penal. *Boletín número 177* p. 11. Quien destaca que en la doctrina y jurisprudencia española se ha producido una división, entre los que consideran que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis, del Código Penal protege el interés estatal en el control de los flujos migratorios y los que buscan un bien jurídico más acorde con la rúbrica del Título XV BIS: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sobre el artículo 318 bis del Código Penal Español, número 120/2003 (Sección Cuarta), de 27 de octubre, JUR 2003/271925 indicaba al respecto que “... el bien jurídico protegido es esencialmente, el interés general de controlar los flujos migratorios”.

Otra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5), de 5 de enero de 2004, JUR 2004/79354, aporta un criterio diferente al señalar que “cuál es el verdadero bien jurídico protegido por el tipo penal de que se trata, que no es otro que la protección adecuada de los derechos de las personas extranjeras que se dirijan, o traten de dirigirse, a España, o estén en tránsito o con destino a este país... Sólo desde estas perspectivas puede entenderse razonablemente lo que significa el término “tráfico” y a que situaciones puede aplicarse el 318 bis, 1, del CP”.

¹⁴⁹ Una visión interesante del tema desde otra perspectiva la aporta PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (2004): Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal. Editorial COMARES. Granada. pp. 158 y ss, al señalar que en la actualidad al vincular el fenómeno de la migración a la globalización económica se le incorpora una significación económica como objeto de protección que se le coloca por encima de la defensa de los derechos de los ciudadanos “el inmigrante debe ser provechoso o rentable para la sociedad que lo acoge”, ello supone colocar al orden socioeconómico como centro de la protección lo que desnaturaliza su carácter, por ello compartimos la opinión con la autora de que esto significaría “instrumentalizar” el Derecho penal en función del mercado lo que pone en riesgo o hace tambalearse al principio de lesividad, que a la larga impide que el bien jurídico cumpla su función limitadora del *ius puniendi*, sin embargo, no deja de compartir la opinión de Arroyo Zapatero quien desde una visión estrictamente funcionalista entiende que lo tutelado es la política migratoria del Estado, pues a través de la gestión de los flujos migratorios se pretende la prevención de problemas sociales y la preservación de la identidad cultural, *Vid*, ARROYO ZAPATERO, Luis. (2007): Comentarios al Código Penal Español, Editorial Iustel, Madrid, pp. 699 y 218.

¹⁵⁰ *Cfr* MUÑOZ CONDE Francisco, *op. cit.* p. 355, afirma que: “aunque el bien jurídico protegido parece ser a primera vista, según reza la rúbrica del nuevo Título, los derechos de los extranjeros, éstos, cuando son objeto del tráfico ilegal, quedan prácticamente sin derechos y tienen que contar con una casi inmediata expulsión del territorio nacional, por vía administrativa”.

¹⁵¹ El legislador argentino para dar protección a estas conducta lo hace mediante la utilización de las denominadas Normas Especiales, técnica muy utilizada en la actualidad para el enfrentamiento a los fenómenos delictivos no convencionales, la Ley 25.871 “Ley Nacional de Migraciones” del 2010, prevé en su Título X capítulo VI los delitos contra el orden migratorio entre los que inscribe al tráfico de personas, que según reza en la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal No.1 de Córdoba, de 4/4/2007, LL 2007-D, el bien jurídico se encamina “a lograr una mayor protección de los derechos de las personas migrantes, propendiendo a su integración a la sociedad, constituyendo las distintas disposiciones legales dictadas al respecto el medio para lograr ese objetivo, reglamentando de modo concreto los principios, declaraciones y derechos constitucionales que a su respecto rigen en nuestro país”, sin embargo una parte de la doctrina, *vid*, GONZÁLEZ NUÑEZ, Josefina. (2012): “Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios”. *Revista del Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho penal económico*, Disponible en: www.ciidep.ar Consultada el 2/8/2013, a las 19.00, considera que el bien jurídico protegido es el “orden socioeconómico”, porque si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente individual, trátase de intereses generales o de intereses de amplios sectores o grupos de personas, toda vez que constituyen una de las derivaciones o formas del crimen organizado, de carácter trasnacional, que genera para sus autores un lucro productivo muy elevado y que involucra también un altísimo número de víctimas, aunque es imposible dejar de señalar que en algunas figuras de la Ley 25.871 la tutela se proyecta hacia otros bienes: la fe pública (petición fraudulenta de beneficios migratorios –art.-118-), la libertad (violencia o intimidación –art. 119-), la vida e integridad física del inmigrante (peligro para su vida o salud –art. 121-), como así también la seguridad nacional –art. 121-, la administración pública, intervención de funcionarios públicos –art. 120-, lavado de dinero –art. 121-, o la salud pública (narcotráfico –art. 121-) con lo cual también pudiéramos hablar un carácter pluriofensivo.

¹⁵² El Código Penal de el Salvador de 1998 evidencia la importancia que el legislador le ha dado a la necesidad de penalizar estas conductas en su artículo 367 título XIX, donde se tipificó como delito el comercio de personas. A

contra la humanidad”, Costa Rica¹⁵³ “control migratorio”, Perú “delitos contra el orden migratorio”¹⁵⁴, Chile¹⁵⁵ “delitos contra la dignidad de las personas” y Guatemala¹⁵⁶ “eficaz ordenamiento migratorio”.

Concluimos entonces que el delito de tráfico ilícito de personas, se encuentran previsto en Códigos penales o en leyes especiales y que el bien jurídico tiene distintas miradas, pero la variable de mayor aplicación se concentra en la necesidad de tener una migración controlada, que resguarde los intereses de los Estados en este sentido y

finales del 2001, mediante el Decreto Legislativo N° 568, del 4 de octubre del 2001 se incorporó al Código Penal el delito de Tráfico ilegal de personas

¹⁵³ La Ley 8487 de 22 de noviembre del 2005 “Migración y extranjería de Costa Rica” como ley especial da cobertura a estas conductas con un pronunciamiento de tipo general que establece que el bien jurídico protegido es de doble naturaleza “*en primera instancia el interés del Estado de ejercer un control de los movimientos migratorios y de esta manera evitar que estos sean utilizados por grupos de criminalidad organizada el respeto de los derechos humanos de los ciudadanos extranjeros, vid, GULLOCK VARGAS, Rafael. (2008) El Delito de Tráfico de Inmigrantes. Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, pp. 20-22.*

¹⁵⁴ La Ley número 28950 del 16 de enero de 2007, incorpora el delito de Tráfico ilícito de migrantes, con la finalidad de preservar el “orden migratorio” lleva a la doctrina en ese país a considerar que lo importante es mantener unos flujos migratorios “ordenados” que permitan tener estabilidad y seguridad a la nación y se respeten a la vez los derechos de los ciudadanos que requieran de movilidad, *cfr* MOYA VIVANCO, Iván. (2011): Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas, Editorial Grafica Columbus SA, pp. 12 y ss.

¹⁵⁵ La Ley 20.507 de abril del 2011, modifica el Código penal chileno y tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, después de muchos análisis se ha llegado al consenso de que el bien jurídico protegido es la dignidad de las personas, considerando que esta se ve afectada en el momento en que se ponen en marcha procesos de despersonalización, cuando la persona es tratada no como tal, sino como puro objeto o cosa. Se trata de un proceso de despersonalización y cosificación contrario a la dignidad humana, al convertir al inmigrante en un mero instrumento o mercancía, en algo asible, mensurable, manipulable, inventariable y cuantificable, que en realidad consiste en su anulación como seres libres, se les considera simples mercancías, para ello la doctrina ha considerado un concepto restringido de dignidad humana, según el criterio de MARDONES VARGAS, Fernando y FERNÁNDEZ, José Manuel. (2011): Manual de Defensoría Nacional. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5734-2.pdf> Consultado el 11/9/2013, a las 14.00.

¹⁵⁶ Guatemala sigue la técnica de tipificación de la conducta en una Ley especial, la Ley de Migración que fue promulgada el 26 de noviembre de 1998 por el Decreto Número 95-98 e introduce en el Título X: De los delitos y las faltas. Capítulo I, las figuras delictivas relacionadas con el Tráfico de migrantes, posteriormente En correspondencia con las obligaciones contraídas con la Comunidad internacional, en su condición de Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional desde el año 2006, Guatemala cuenta con una Ley contra la Delincuencia Organizada Decreto Número 21 – 2006. Ley contra la delincuencia organizada y su reforma. Decreto No. 17 de 2009, que en su segundo considerando destaca la necesidad de crear un instrumento legal para perseguir, procesar y erradicar la delincuencia organizada y en el tercero ratifica el compromiso del Estado guatemalteco de adoptar medidas legislativas para combatir la delincuencia organizada, estableciendo métodos especiales de investigación. El artículo 2, apartado b, incluye expresamente, entre los delitos previstos en la Ley el ingreso ilegal de personas, el tránsito ilegal de personas y el transporte de ilegales.

también la protección de los derechos individuales de las personas como son la vida, la integridad, la salud y la dignidad humana, por lo que nos encontramos en puridad ante un bien jurídico “pluriofensivo”.

En nuestro país reiteramos que existe un interés estatal de que las migraciones se desarrollen de forma legal, ordenada y segura, al propio tiempo de proteger los derechos de los traficados. Teniendo en cuenta ello y después de las regulaciones introducidas a la ley de migración cubana, que da un tratamiento más coherente a este fenómeno en el país, sería prudente valorar, si el *nomen iuri*, debe ser “delitos contra el orden migratorio”, que es lo más utilizado, ello desterraría la frase ambigua de “normal” tráfico migratorio e incorporaría el propósito antes señalado de protección dual, que se infiere de su redacción.¹⁵⁷

2.2.1. El bien jurídico protegido. La *ratio legis* del criterio “normal tráfico migratorio”

La línea de pensamiento seguida en materia de protección penal del bien jurídico, como principio limitativo del Derecho de castigar, nos coloca ante el necesario análisis de su carácter fragmentario o subsidiario, frente a otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que llama a una mínima intervención penal para solucionar los conflictos sociales, ya que, todos los bienes jurídicos como apuntamos no tienen relevancia para el Derecho penal.

Siguiendo entonces a MUÑOZ CONDE, el “principio de intervención mínima”, significa que el Derecho penal ha de ser la “*última ratio*”, el último recurso al que hay que acudir a

¹⁵⁷ El primer POR CUANTO del Decreto-Ley 320, de octubre del 2012, modificativo de la Ley No. 1312, “Ley de migración” de 20 de septiembre de 1976, establece que: el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley No. 1312 “Ley de Migración”, de 20 de septiembre de 1976, así como la experiencia adquirida en su aplicación, aconsejan perfeccionar estas regulaciones, con el objetivo de garantizar que los movimientos migratorios continúen realizándose de “forma legal, ordenada y segura”.

falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse con medios menos graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar estos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho público o medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención (con la dureza de sus medios) sería innecesaria y, por tanto, injustificable¹⁵⁸.

Al referirse a la vigencia del principio de subsidiariedad JAKOBS, afirma que: “Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contrato social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social otras (...)”¹⁵⁹ y añade que; “el principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas¹⁶⁰.

La inclusión del delito de tráfico de personas en las leyes penales, se fundamenta en la existencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal, el normal tráfico migratorio y la protección de los derechos de las víctimas del tráfico, que es el presupuesto necesario para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, para lo que en consecuencia, con el principio de subsidiariedad o de intervención mínima se exige además, que la intervención del Derecho penal resulte necesaria y que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas, lo que se

¹⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2007): Derecho penal. Parte General. Séptima edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia, p. 70.

¹⁵⁹JAKOBS, Günther. (1995): “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo. Universidad de Extremadura. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. S.A. Madrid, p. 60.

¹⁶⁰*Ídem*, p. 61.

materializa en la práctica internacional de criminalizar a los traficantes y proteger, en lugar de penar a los traficados, que son las víctimas.

Todo esto partiendo de la base que el Derecho penal debe regular comportamientos susceptibles de afectar bienes jurídicos relevantes para la sociedad, y que el control de la inmigración irregular no debe ostentar relevancia penal, salvo por la afección de bienes jurídicos de naturaleza personal, la interpretación de la norma penal debe hacerse cargo de esta limitación.

Por ello nuestro cuestionamiento a la simple frase de “normal” tráfico migratorio, si fuere ello solamente bastaría entonces la protección del Derecho administrativo sancionador, pero como es conocido las conductas van más allá y por ello se requiere de una mayor certeza en el contenido material del bien jurídico.

Cuba hasta las modificaciones introducidas por la Ley No. 87 de 1999, no contemplaba los supuestos que empezaron a formar parte del Título XV del Código Penal cubano y aunque a todos nos queda claro la trascendencia de su regulación, el legislador del 99 debió, en sus por cuanto develar su propósito y sus razones a fin de que pudiéramos entender cuál fue la causa de la protección del bien jurídico, por ejemplo, si existía un fenómeno interno creciente ò si ello obedecía a un reclamo de la Comunidad internacional, toda vez, que ya se realizaban los estudios para la aprobación de la Convención de Palermo, o simplemente se trataba de modernizar nuestra cuerpo penal, lo que tiene una enorme trascendencia político criminal, dado el análisis realizado anteriormente sobre el contenido material del bien jurídico.

Este razonamiento es obligado, porque si la causa fue estar en consonancia con los pronunciamientos de la Comunidad internacional, entonces la modificación debió ser de carácter integral y hacer alusión a la criminalidad organizada o al menos a la comisión

del delito formando parte de un grupo delictivo organizado, dedicado a esa actividad, que es el fenómeno que nos afecta en los últimos años, con los grupos creados en los Estados Unidos y en México dedicados al tráfico de personas desde Cuba hacia esos países.

Con ello se fortalece la importancia que requiere la protección de los bienes jurídicos macrosociales o supraindividuales, que urgidos además de una política criminal diseñada de manera especial para su combate donde se incluyan otras formas de enfrentamiento no solo desde la perspectiva del Derecho penal¹⁶¹, sino también de la política social.

Esto obligaría de igual forma a dar una mirada a las técnicas de investigación en estas figuras delictivas, que no son las tradicionales y de las que nuestro país está apremiado de incorporar en su sistemática¹⁶², para paliar las posibles insuficiencias que impidan un enfrentamiento eficaz¹⁶³ al fenómeno analizado.

¹⁶¹ Frente a las transformaciones ocurridas en las diversas esferas de la vida social, se afirma que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas. De acuerdo con MUÑOZ CONDE, ese Derecho penal "carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños". Vid, MUÑOZ CONDE, Francisco. (2000): "Presente y futuro de la dogmática jurídico penal" en *Revista Penal*, p. 48.

¹⁶² *Apud*, DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. (2004): Crimen Organizado. Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero. Editorial Ciencias Sociales La Habana, FERNÁNDEZ ROMO, Rodolfo. Ponencia presentada en la Escuela de Verano de La Habana sobre Temas penales contemporáneos, julio 2013, MEDINA GOITE Arnel. El agente encubierto. Un método especial de investigación para el enfrentamiento a la criminalidad no convencional. Trabajo de diploma. Universidad de La Habana. Premio al mejor Trabajo de Diploma en el concurso Francisco Varona Duque de Estrada de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. 2012.

¹⁶³ Esa presunta insuficiencia, provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones, generando problemas de gran relevancia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho, *cfr* MILANESE, Pablo. (2008): "El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima". Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo. Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf Consultado el 18/8/2013, a las 18.00.

Por otra parte el Título en el Código Penal cubano sobre los Delitos contra el Normal Tráfico Migratorio¹⁶⁴, es anterior a la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y como comentaremos más adelante, al definir los tipos penales, el legislador, además de otras imprecisiones, definió como modalidad básica un supuesto de hecho, que ocurre con escasísima frecuencia en nuestro país y que bien pudiera tener un tratamiento administrativo, atendiendo al principio de intervención mínima, y al propio tiempo deja las modalidades que sí ocurren con mayor frecuencia para un segundo plano.

La legislación española por ejemplo ha sido muy criticada, en la modalidad básica del Título XV bis de su Código Penal español, por considerarla de poca relevancia penal¹⁶⁵.

La conclusión entonces sería que si queremos ser consecuentes con la protección que merecen estas conductas por el grave peligro que ellas entrañan, es preciso, modernizar de forma íntegra el título desde el mismo diseño de los tipos penales, donde junto a la precisión del objeto de protección, se rectifiquen los elementos que conforman los tipos penales, se incorporen los que sean precisos para ofrecer el tratamiento adecuado y descriminalicen las conductas que no deben formar parte de ello, para poder concentrar los esfuerzos en la tutela, ello abre las puertas de entrada en los análisis que sigue.

¹⁶⁴ Este Título fue adicionado por el artículo 22 de la Ley No. 87, de 16 de febrero de 1999. Gaceta Oficial Extraordinaria No.1 de 15 de marzo de 1999, p. 1.

¹⁶⁵ Vid, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. (2009): "Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?". *Revista para el Análisis del Derecho. InDret*. Barcelona, pp. 13 - 14. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138050/188695> Consultado el 12/10/2013, a las 11.00, quien considera que es un instrumento de escasa eficacia, al valorar la existencia de importantes indicios para pensar que la desaparición del tipo básico del artículo 318 bis no supondría un incremento de los niveles de inmigración irregular, a lo que añade que: "... no sólo es cuestionable la legitimidad ética de castigar penalmente la ayuda desinteresada a quien pretende entrar a nuestro país, sino también su posible eficacia, que de existir sería muy reducida y difícilmente justificaría los costos que su aplicación conlleva, por lo que entiende que el precepto analizado entraría en confrontación con el principio de última *ratio* y mínima intervención, cuyo respeto siempre se consideró necesario para poder calificar como legítima y justificada la intervención penal. Como puede apreciarse, todo vale frente a la inmigración, incluso sobrepasar los límites del *ius puniendi* y derrochar la pena de prisión.

2.3. Los elementos de la conducta típica. Planteamiento del problema

Como ha quedado demostrado estamos en presencia de un Título autónomo, de reciente incorporación en el que en dos preceptos se ha añadido el fenómeno del tráfico ilícito de personas¹⁶⁶, que no tenía antecedentes en el país y que las conductas que de alguna manera estaban relacionadas con este fenómeno migratorio se encuentran aún previstas en el título de los delitos “contra el orden público”, objeto de protección de dudosa fortaleza que posteriormente analizaremos.

El tráfico ilícito de personas está identificado por:

- El carácter necesariamente transfronterizo de la movilidad o traslado de las víctimas
- La afectación a la política migratoria de un país y a la dignidad humana de los traficados
- El propósito subjetivo de obtener lucro o una ventaja patrimonial con el traslado de personas.

Partiendo de esos presupuestos iniciamos el análisis de los distintos tipos penales que comprenden el único capítulo del Título XV del Código Penal cubano.

¹⁶⁶ ARTICULO 347. 1. El que, sin estar legalmente facultado, organice o promueva, con ánimo de lucro, la entrada en el territorio nacional de personas con la finalidad de que éstas emigren a terceros países, es sancionado con privación de libertad de siete a quince años.

2. En igual sanción incurre en que, sin estar facultado para ello y con ánimo de lucro, organice o promueva la salida del territorio nacional de personas que se encuentren en el con destino a terceros países.

ARTICULO 348. 1. El que penetre en el territorio nacional utilizando nave o aeronave u otro medio de transporte con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años.

2. La sanción es de privación de libertad de veinte a treinta años o privación perpetua cuando:

- a) el hecho se efectúa portando el comisario un arma u otro instrumento idóneo para la agresión,
- b) en la comisión del hecho se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas;
- c) en la comisión del hecho se pone en peligro la vida de las personas o resultan lesiones graves o la muerte de éstas;
- d) si entre las personas que se transportan, se encuentra alguna que sea menor de catorce años de edad.

La primera cuestión que debe quedar marcada es que, como se describió *supra*, el concepto de tráfico incluye algunas variables importantes para éste fenómeno delictivo caracterizado justamente por el comercio, transporte y obtención de beneficios económico¹⁶⁷, sin embargo, es curioso que el legislador cubano denominó el capítulo “tráfico de personas”, pero ninguno de los dos preceptos que lo integran utiliza la palabra “tráfico” como verbo rector, no obstante la transcendencia que ello tiene en este fenómeno delictivo, ni todo los verbos rectores engloban ese concepto como ocurre en otras legislaciones de las estudiadas.

Por otra parte, si atendemos a la complejidades criminológicas actuales, lo que se conoce como “tráfico de personas” es, en la mayoría de los casos, un largo proceso integrado por distintas fases, en las que los diferentes actores intervienen como eslabones de una cadena, sin que compartan siempre las mismas finalidades.

En el momento inicial del proceso, cuando la víctima decide trasladarse a otro lugar, pueden darse distintas situaciones que van desde la iniciativa propia, el consentimiento plenamente informado sobre las condiciones del traslado y el destino, hasta el engaño o la violencia utilizadas posteriormente. Caben asimismo, situaciones mixtas en las que el proceso se inicia legalmente y con pleno consentimiento, pero con posterior aparición del abuso y la explotación cuando se llega al destino. Aquí se mezclan dos figuras que luego analizaremos el “tráfico” y la “trata”, con sus semejanzas y diferencias, ya analizadas *supra*.

¹⁶⁷ Traficar con personas significa tratarlas como objeto de un negocio, obteniendo o persiguiendo un beneficio económico. Esa transmutación de las personas en cosas es la que permite identificar la lesión de la dignidad en los hechos de tráficos recayentes sobre seres humanos. En este sentido, GARCÍA ARÁN, Mercedes (2006). Trata de personas y explotación sexual. Editorial Comares. Granada., p. 13, afirma que, el tráfico de personas puede ser concebido como aquellas “actividades destinadas a la organización de la captación o traslado ilegal de personas de un país a otro, abusando de las condiciones de inferioridad o vulnerabilidad cultural, social o económica, en que se encuentran o son colocados, realizada con o sin su consentimiento, y con fines lucrativos (...)

Quienes son intermedios de la cadena puede que solo los motive el cobro por su intervención, sin estar animados por otros intereses. En fin que en dicho proceso pueden darse actos de comercio, actos de transporte y actos de explotación o sólo algunas de estas clases según nos movamos del tráfico a la trata. La complejidad de esta realidad nos conduce a un concepto de “tráfico” que debe incluir acumulativamente todas las fases posibles y en que son responsables del tráfico aquellos que controlan todo el proceso, en palabras de GARCÍA ARÁN, una cosa es la conceptualización del fenómeno del tráfico de personas y otra la técnica legislativa que se utilice para individualizar los actos concretos que merecen ser perseguidos y su sanción penal¹⁶⁸.

2.3.1. Elementos de la conducta típica

Las conductas típicas del delito de tráfico de persona en las modalidades del artículo 347, apartados 1 y 2 del Código Penal cubano consisten en “organizar” y “promover” la inmigración ilegal, que se configuran como **dos tipos mixtos alternativos**, puesto que es suficiente con una de las dos conductas para que se materialice el delito y en el caso de que estén presentes las dos estaríamos ante un solo delito, por ello es que se considera que la construcción de los verbos rectores en el tipo penal tienen una enorme relevancia¹⁶⁹ de cara a la concreción de la conducta.

El tipo penal en la norma cubana se configura con la realización de los verbos rectores¹⁷⁰ que pretenden la entrada o salida del territorio nacional con la finalidad de emigrar y de obtener beneficios económicos.

¹⁶⁸ *Ídem*, p. 13.

¹⁶⁹ MIR PUIG, Santiago (2005) Derecho penal. Parte General. Séptima Edición. Editorial B de F. Montevideo, pp. 348-349.

¹⁷⁰ Los países comparados nos muestran en materia de verbo rector el panorama siguiente: España artículo 38 bis “promueva, favorezca o facilite”; Argentina artículo 116, “realizare”, “promoviere” o “facilitare”; Costa Rica artículo 245 “conduzca”, “transporte”, “aloje”, “oculte”, “encubra”; Chile artículo 411 bis, utiliza “promoción o facilitación”; El Salvador en artículo 367 A “intentare introducir”, “introduzca”, “albergue”, “transporte”, “guíe”; Perú artículo 303 A “promueve”, “favorece”, “financia”, “facilita”; Guatemala, artículo 103 “promueva o facilite”.

Antes de comenzar el análisis debemos ofrecer un breve comentario a la frase que antecede a esos verbos en el artículo 347 “sin estar legalmente facultado”. El primer objeto de cuestionamiento es para qué se está legalmente facultado:

- a) para cometer la conducta? si fuera así, no estaríamos necesitando su protección penal;
- b) para gestionar el traslado de personas de un lugar a otro?, No tiene sentido porque el delito se corporifica cuando ese traslado es con sujetos que adquieren la condición de “migrantes irregulares” y para ello no hay autorización;
- c) para realizar trámites migratorios? puede ser pero faltaría el ánimo de lucro y no se correspondería con la utilización de los verbos “organizar o promover”;
- d) Nos encontramos en presencia de una norma penal en blanco? no es así, el precepto no presenta una fórmula de reenvío y por lo tanto la conducta queda descripta en el tipo penal, sin tener que acudir a otra normativa para encontrar su elementos, con lo cual también carece de fundamento la expresión.

Por ello podemos concluir que se trata de una expresión innecesaria, que, tal vez tuvo como antecedente la fórmula de los delitos de entrada y salida del territorio nacional, pero como bien conocemos esas figuras forman parte de un objeto de protección que sí se vincula con la posibilidad o no de realizar determinados actos y por lo tanto debe ser suprimida porque no encuentra tampoco asidero en ninguna de las legislaciones estudiadas.

Retomando el tema de los verbos rectores debemos señalar que el derecho comparado, exhibe una multiplicidad de verbos rectores como ya señalamos, que encaminan los actos concretos que deben realizarse para la comisión del delito y que permitan llenar de contenido el concepto de “tráfico” antes mencionado, que necesariamente debe ser asumido por el Derecho penal como conducta lesiva.

Promover por su parte significa incitar, promocionar, iniciar o impulsar el acto ilícito en este caso, el desplazamiento de un lugar a otro de los migrantes, procurando que este se logre, por ello acertadamente precisa CREUS, Carlos refiriéndose al Código Penal argentino, en relación con la diferencia entre promover y facilitar: “**Promueve** el que por propia iniciativa organiza o toma a su cargo la tarea de hacer entrar o salir del país al sujeto pasivo; **facilita** el que presta una ayuda o colaboración en la obra de un tercero emprendida con esa finalidad”¹⁷¹.

El legislador cubano al utilizar, los verbos rectores de organizar y promover, que resultan difícil de diferenciar, por tener un significado muy similar, deja sin definir la del “facilitador”, que ni organiza, ni promueve, por lo que queda excluido de la acción típica. Se puede establecer que facilita, el que hace posible o más sencilla la acción, o allana el camino o ayuda a salvar obstáculos¹⁷², estamos abogando por esta ampliación de los verbos rectores¹⁷³ con una perspectiva de política criminal que busca no dejar posibles brechas a ninguna acción que esté vinculada a este fenómeno y con ello damos también respuesta a los pronunciamientos de la Comunidad internacional.

Hay que tener en cuenta además, que aunque estemos en presencia de tipos penales abiertos, tanto la promoción como la organización y la facilitación requieren de actos

¹⁷¹ Vid, CREUS Carlos (1992). Derecho penal. Parte General. Tercera Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, p. 216.

¹⁷² Coincidimos con PÉREZ CEPEDA, *op. cit.* en 146, pp. 196 – 197, cuando señala que, se deben utilizar conceptos suficientemente amplios para abarcar en mayor o menor medida aquellos actos del que “por cualquier medio” o bien de “forma directa o indirecta”, favorezca, la entrada, permanencia o salida en el territorio nacional de personas con la finalidad de que emigren, que basta que el sujeto “fomente, estimule, favorezca, facilite, coadyuve o participe de cualquier forma”, para que sea punible siempre que sean idóneos para incidir en el tráfico.

¹⁷³ El promotor inicia la acción, mientras que el facilitador puede colaborar con el promotor y también lo puede hacer con los traficados, que no son autores del delito, como ya se ha dicho, lo que en nuestro caso, de haberse incluido la figura del facilitador en al Título XV del Código Penal, pudiera integrarse a la modalidad de autores prevista en el inciso ch) apartado 2) del artículo 18, referido a “los que cooperan en la ejecución del hecho delictivo mediante actos sin los cuales no hubiera podido cometerse”. Se trata de que una interpretación correcta del artículo 347, no incluye, entre los autores del delito al que simplemente facilita la acción, mediante actos como el de transportar a los traficados hasta el lugar por donde se va a producir el embarque y otros que no estén relacionados directamente con los verbos rectores de organizar o promover. En las legislaciones que tienen prevista la figura del facilitador, como la española en el artículo 318 bis y la argentina en el 127 bis, la autoría de la participación, desplaza los tipos de complicidad de la parte general.

positivos tendientes a lograr el traslado de los migrantes y como finalidad la búsqueda de un beneficio; ya que de lo contrario, por ejemplo la sola facilitación sin estos elementos adicionales, no sería un acto típico penal y pudiera constituir una infracción migratoria administrativa.

Se trata, sin dudas de una omisión en nuestro medio que deberá ser tenida en cuenta en futuras modificaciones de la legislación penal cubana.

Otra modalidad del tráfico recogida en la ley cubana prevista en el artículo 348.1 utiliza como verbo rector “penetrar” haciendo referencia a la utilización de naves o aeronaves u otros medios de transporte con igual finalidad de lograr la salida ilegal de los migrantes, que analizaremos *infra*.

2.3.2. Otros elementos de tipicidad

Entrada o salida del territorio nacional son las formas que establece el legislador para materializar la finalidad de emigrar, nótese que en algunos países se expresa por el legislador con toda claridad la intención de traficar, al identificar en la norma el término¹⁷⁴, mientras que otras utilizan las formas de entrada y salida¹⁷⁵.

2.3.2.1. La modalidad de entrada al país con fines de migración

Nos parece que el legislador cubano debió establecer como figura básica en el 347.1 la “salida” y no la “entrada” porque como ha quedado demostrado en más de catorce años de vigencia del precepto no se conoce ninguna sentencia dictada en ese sentido, toda vez, que organizar desde una isla rodeada de mar, el tráfico de personas, que procedentes de

¹⁷⁴ España “el tráfico ilegal”, Argentina “tráfico ilegal”, Costa Rica “tráfico ilícito”, Guatemala “tránsito ilegal”, El Salvador “evadir los controles migratorios del país o de otros países”.

¹⁷⁵ Perú “salida y entrada ilegal”, Chile “entrada ilegal”.

otras naciones, viajen a Cuba, con el propósito de emigrar hacia terceros países, constituye una actividad que podríamos calificar, al menos de poco atractiva, para los ciudadanos extranjeros interesados en emigrar por vías irregulares, con destino a los Estados Unidos o a otros países de nuestra área geográfica¹⁷⁶. La regulación penal en otros países abarca ese particular sólo cuando consideran su necesidad¹⁷⁷.

Conocemos que han ocurrido casos muy aislados de ciudadanos extranjeros, que han ingresado a Cuba, con el propósito de emigrar hacia los Estados Unidos, tal vez en la creencia errónea de que de esta forma se podrían beneficiar de la Ley de Ajuste Cubano, pero han sido tan escasos, que un tratamiento administrativo de regulación de visados, podría resultar suficiente.

Al respecto DE LA CRUZ OCHOA, al comentar el contenido del apartado uno del artículo 347, nos dice que: “En este primer artículo que de acuerdo con la técnica legislativa debió servir para redactar la figura básica, en realidad el legislador describe una modalidad especial e independiente, cuando se utilice el territorio nacional como país de tránsito, o sea, el propósito no es residir en el país sino solamente utilizarlo con mayor o menor brevedad como país de tránsito hacia el Estado receptor definitivo”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Si se tratara de otros países como México o Canadá, que son fronterizos con los Estados Unidos, o de determinados estados europeos, entonces sí estaríamos ante una norma que prohíbe una conducta que afecta derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, que ocurren con una alta frecuencia, pero en las condiciones de Cuba, podemos hasta poner en duda la necesidad de tipificar dicha conducta como delito, en virtud del principio de intervención mínima.

¹⁷⁷ Chile establece en el artículo 411 bis “El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente”; Costa Rica en su artículo 245 prevé la penalización de quien “Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos; Guatemala artículo 103 “Comete el delito de ingreso ilegal de personas, quien promueva o facilite el ingreso al país de una o más personas extranjeras sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país”.

¹⁷⁸ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *op. cit.* en 23. p. 51.

2.3.2.2. La modalidad de la salida del país con fines de emigrar

Es precisamente la figura del apartado dos del artículo 347 la que al tener mayor incidencia, nos indica la pertinencia de que, con las necesarias precisiones¹⁷⁹, en futuras modificaciones legislativas, se convierta en la figura básica del Título XV con la alternativa de considerar como modalidad agravada, la “penetración en el territorio nacional utilizando nave o aeronave ... con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas”, con las agravantes, previstas en el inciso 2 del artículo 348, para ambas modalidades¹⁸⁰ y ubicar en el artículo 348, la conducta prevista en el apartado uno del artículo 347, sí se considerará necesario mantenerla como delito, porque, como ya afirmamos *supra*, bien pudiera pasar a la esfera administrativa.

La legislación penal cubana, a diferencia de la de otros países, al precisar los verbos rectores, de esta modalidad no incluye, la entrada en el territorio nacional¹⁸¹, con la única excepción de la desafortunada figura básica del apartado 1) del artículo 347 del Código Penal, sin tener en cuenta, que en estos delitos, generalmente la acción típica consiste precisamente en la entrada o la salida del territorio nacional. En lo relacionado con la trata prevista y sancionada en el apartado a) del inciso 3) del artículo 302, con fines de explotación sexual, sí se incluyen ambas modalidades, la entrada o la salida del país¹⁸².

¹⁷⁹ Como las referidas al tema de los terceros países, que explicaremos a continuación.

¹⁸⁰ Resulta contradictorio que el legislador de 1999 no previera que circunstancias de agravación tan trascendentes como las relacionadas con la participación de menores o poner en peligro la vida de las personas, incluidas en el apartado dos del artículo 348, debían aplicarse también a los organizadores o promotores de las salidas del territorio nacional.

¹⁸¹ Aquí no se trata de ejemplos de laboratorio, como personas desconocedoras de la realidad cubana pudieran pensar. Es conocido que, en ocasiones, las lanchas rápidas que penetran en el territorio nacional para realizar salidas ilegales, arriban a nuestras costas con personas de origen cubano, residentes en los Estados Unidos o en otros países, que han decidido regresar a nuestro país de forma irregular.

¹⁸² Véase CREUS Carlos, *op. cit.*, pp. 215 - 216. Según el artículo 127 bis del Código Penal Argentino, se pune con reclusión o prisión de tres a seis años al que “promoviére o facilitare la entrada o salida de una mujer o de un menor de edad para que ejerzan la prostitución”.

El Código Penal Español, en su artículo 318 bis, comentado anteriormente, sí se precisa que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas se produzca desde, en tránsito o con destino a España o a otro país de la Unión Europea.

Todo ello se pudo haber evitado si la norma recogiera que la entrada, en su caso, o la salida que se organice o promueva son “ilegales”.

El término personas que ubica el precepto nos lleva a la conclusión que es intrascendente si el sujeto es nacional o extranjero.

2.3.2.3. El elemento del ánimo de lucro

En la legislación cubana el ánimo de lucro¹⁸³, forma parte del elemento normativo del tipo penal, en una configuración que en pocas ocasiones se utiliza en las legislaciones y que la doctrina califica “por la relación entre la parte subjetiva con la objetiva” cuando por exceso subjetivo, los tipos pueden ser portadores de elementos subjetivos distintos al dolo, entre ellos los que MIR PUIG, califica como de tendencia interna intensificada¹⁸⁴, donde afirma que el sujeto activo no busca algo que está más allá de la acción típica, sino que realiza ésta confiriéndole un sentido subjetivo específico, en este caso un beneficio económico.

Esta disquisición tiene trascendencia, toda vez, que la inclusión del ánimo de lucro en las legislaciones, obedece en sentido general, a la consideración de que estamos en presencia de una figura utilizada por la criminalidad organizada para obtener grandes ganancias y por lo tanto la conducta antijurídica tiene una naturaleza económica¹⁸⁵.

Para PÉREZ CEPEDA, el ánimo de lucro comporta un mayor peligro objetivo de la acción para el bien jurídico y debe identificarse con el provecho o la ganancia económica que el sujeto se proponga conseguir¹⁸⁶.

¹⁸³ En España el artículo 318 *bis* en su inciso 2 establece el ánimo de lucro como una forma de agravación de la conducta, *ídem* a Cuba es la regulación en Chile *vid, supra* 44

¹⁸⁴ Cfr MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...op. cit.*, pp. 230-231.

¹⁸⁵ *Vid*, PÉREZ FERRER, Fátima, *op cit*, p 96.

¹⁸⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *op. cit.* en 146 p. 265.

El análisis se torna importante entre nosotros porque dada las peculiaridades migratorias cubanas expuestas en el primer capítulo, surgen variantes del desplazamiento en las cuales, algunos sujetos involucrados en la actividad del tráfico, tenga como pretensión esencial también emigrar, y su contribución está justamente en realizar actos de promoción o facilitación de la conducta, asegurándose con ello un espacio para la salida sin abonar el precio y sin recibir por supuesto ningún otro beneficio económico.

La pregunta se mueve en un hilo muy delgado, son también autores del tipo penal o son sujetos pasivos del delito, la respuesta no es pacífica, nosotros tomamos partido a favor de considerarlos sujetos pasivos y no activos, toda vez, que para ser consecuentes con un delito de tendencia como el que narra la doctrina, el beneficio tiene que ser de carácter económico y en ese supuesto no lo es, pero estamos claro que la polémica esta presentada.

2.3.2.4. La cuestión en torno al término “terceros países”

Una peculiaridad de la norma cubana es la introducción del elemento “terceros países”, tanto en la entrada como en la salida del país con propósito de emigrar, esto debería suponer la necesidad del tránsito por otro país, lo cual significa que cuando los actos de promoción y organización se realicen con un destino directo, no se integraría la conducta preceptuada. Esta interpretación no ha sido siempre acogida por los tribunales, como explicaremos más adelante, es necesaria su revisión¹⁸⁷, si consideramos que el tránsito migratorio que generalmente ocurre en Cuba tiene por destino los Estados Unidos, y si bien es cierto que en ocasiones se utilizan en los mismos una forma de ejecución que lleva a la

¹⁸⁷ En la legislación comparada revisada se aprecia que en el artículo 318 *bis* del Código Penal español, en un párrafo muy breve precisa el contenido esencial de estas conductas a través de sus verbos rectores, al sancionar a “El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea”...

utilización de un segundo país distinto al que se desea emigrar, como ocurre con México, en la mayoría de los casos la actividad se da de manera bilateral.

Al aplicar el referido precepto nuestros tribunales han considerado la expresión “tercer país”¹⁸⁸, con un sentido indeterminado, comprendiendo como tal la salida con destino hacia otro país, sin exigir el requisito de la existencia de un país de tránsito y otro de destino¹⁸⁹, con el fundamento de que en el Código Penal existen varias figuras delictivas que emplean esta frase, sin que implique necesariamente la presencia de tres sujetos, como ocurre, entre otros, en los artículos 165, apartados 2 y 3, en el delito de desórdenes en los Establecimientos Penitenciarios o Centros de Reeducción, 290, apartado 1, Revelación del Secreto de la Correspondencia, 302, apartado uno inciso b, Proxenetismo y Trata de Personas y 331, sobre la Extorsión, lo que, ha venido a resolver, por la vía de la

¹⁸⁸ El criterio de que frase “terceros países” no requiere para nuestro máximo órgano de justicia, de la existencia de un país de tránsito y otro de destino ha sido ratificado en la Sentencia No. 4524 de 13 de diciembre de 2011, de la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, la que en su Segundo considerando expresa al respecto: “Que la tesis que el recurrente sostiene a los efectos de combatir la calificación jurídico-penal realizada por la sala de instancia a los hechos enjuiciados con base en el apartado tercero del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal no puede prosperar, toda vez que la figura del apartado 2 del artículo 347 del Código Penal está destinada a los que cooperan, organizan o promueven el tráfico de personas encontrándose los emigrantes en el territorio nacional, del relato fáctico se establece que el acusado que organizó la salida de personas desde nuestro país hacia otro, con ánimo de lucro, responde entonces como autor por ejecución directa de esta figura, sin que la frase “terceros países” signifique país de tránsito ni alguna otra noción similar, y comprende dentro de sí la salida a cualquier país, ya sea de tránsito o de destino, no cabe dudas que el hecho fue acertadamente calificado por la sala de instancia, por consiguiente se desestima el recurso de fondo amparado en este motivo”.

En otra interesante sentencia de la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, la número 18 de 13 de abril de 2012, dictada en un procedimiento especial de revisión, contra la sentencia número 1598 de fecha 21 de mayo de 2010, dictada por dicha Sala, se afirma en su Primer Considerando que: “... no lleva razón la autoridad promovente en los fundamentos que ofrece para argumentar su escrito en la causal nueve del artículo 456 de la Ley de Procedimiento Penal, porque contrario a lo que alega, los organizadores o promotores de la salida del país responden como autores por ejecución directa de la figura prevista en el apartado 2 del artículo 347 del Código Penal, sin que la frase terceros países signifique necesariamente, país de tránsito ni alguna otra noción similar, pues ella tiene un sentido indeterminado y comprende dentro de sí la salida a cualquier país, ya sea de tránsito o de destino, de manera que tal aspecto no puede conllevar a desnaturalizar esta figura penal y crear una inexistente laguna de punibilidad o subsumir esa conducta en un delito de salida ilegal del territorio nacional que tiene una objetividad jurídica distinta”.

¹⁸⁹ SILVERA MARTÍNEZ, Oscar Manuel y BERTOT YERO, María Caridad. (2012): “Apuntes acerca del tráfico de personas en la legislación cubana actual”, *Boletín ONBC*, No. 43, Ediciones ONBC. Enero – marzo, p. 17. Los autores, vicepresidente y jueza del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, respectivamente, señalan con acierto, que la técnica legislativa empleada en la redacción del inciso 2 del referido artículo 347, apartado 2, ha sido defectuosa, porque, “al ser distinta la conducta típica descrita a la que prevé el apartado 1, bien hubiera podido regularse como un tipo autónomo”, lo que refuerza nuestro criterio de que se trata de un Título del Código Penal cubano, que esta requerido de urgentes modificaciones.

interpretación judicial, la insuficiencia de redacción de una norma que está requerida de sustanciales modificaciones, para adaptarla a la realidad de la forma en que se manifiesta el delito en el territorio nacional, incluida el cambio de la denominación de “terceros países”, por la de otro país, sin más especificaciones, que para nada contribuyen a su correcta interpretación y aplicación.

DE LA CRUZ OCHOA, sostiene un criterio diferente al considerar que “en el artículo 347.2 se trata de la misma modalidad, del apartado anterior, pero en este caso saliendo de Cuba con destino a terceros países, o sea, a países en tránsito, no de permanencia definitiva. Qué pasaría entonces si se organiza directamente para ingresar al país de destino, que en el caso de Cuba es generalmente Estados Unidos como se señaló y no cumple los requisitos del artículo 348.1 y no vienen del exterior nave o aeronave u otro medio de transporte a buscar a los emigrantes ilegales, en su opinión se cometería la modalidad de Salida Ilegal del País del artículo 217 del Código Penal que dice “el que organice, promueva o incite la salida ilegal del territorio nacional”, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años”¹⁹⁰, opinión que no compartimos lo que se requiere reiteramos es una modificación legislativa que esclarezca el precepto e impida tal confusión, pero la variante interpretativa que nos ofrece el Profesor DE LA CRUZ OCHOA, merece también un espacio de análisis y reflexión.

Si nos ajustamos a la letra de la ley, en estos casos no se integraría el delito de tráfico y tendríamos necesariamente que remitirnos a los establecido en el artículo 217 del Código, que tipifica la forma agravada del delito de Salida Ilegal del Territorio Nacional y utilizar la agravante del artículo 53 inciso b, por el ánimo de lucro, pero en puridad ello sería convertir esta figura en un tráfico, que no fue la pretensión del legislador.

¹⁹⁰ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón *op. cit.* en 23 p. 52.

2.4. Medios para cometer el delito

La modalidad del artículo 347. 2 no recoge los medios por los cuales puede realizarse la conducta, solo prevé como señalamos sus verbos rectores, mientras que, la figura del 348.1 introduce la utilización de naves, aeronaves u otros medios de transporte, ello nos obliga a realizar varios análisis.

La promoción y organización para la “salida” deja abierta la posibilidad de la utilización de disímiles formas, medios o mecanismos para su consumación que resulten de un peligro menor para los “traficados”¹⁹¹ a diferencia de los que generalmente se usan en Cuba (lanchas, botes, vehículos adaptados para la travesía entre otros), Por ello consideramos que sería conveniente una mirada interpretativa a la modalidad del 347.1 y 2 en el sentido de esclarecer que cuando para lograr el propósito se utilicen otras medios fraudulentos como falsificaciones de visas, pasaportes u otros documentos migratorios¹⁹², estamos también en presencia de esta figura delictiva que bien pudiera estar en concurso con otras como se verá *infra*.

¹⁹¹ *Vid*, en este sentido también a SILVERA MARTÍNEZ, Oscar Manuel y BERTOT YERO, María Caridad. *op. cit.* p. 17, quienes significan que el legislador en la descripción típica “alude a organizar o promover la salida del territorio nacional, sin limitar los medios utilizados para su ejecución... serán reconducibles a esta figura las conductas que favorezcan la salida de personas lucrativamente pactada, tanto cuando se trata de una aeronave o embarcación que se encuentra lícitamente en el territorio nacional, cumpliendo legalmente la función de trasladar personas, a la que se accede mediante mecanismos fraudulentos, como en los casos en que el medio de transporte es una nave que ingresa legalmente a las aguas jurisdiccionales cubanas”.

¹⁹² Al respecto en el Segundo considerando de la Sentencia 1683, de 18 de diciembre de 2012, dictada por la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado en función de lo penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, por un delito de tráfico ilícito de personas, se precisa que: “las acusadas CLP Y CCP establecen un único motivo de fondo con sede en el ordinal tercero del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal, por entender que el tribunal de juicio cometió error en la determinación del ilícito por el que fueron sancionadas, pues sus conductas son típicas de un delito de cohecho, a lo que cabe responder que en atención a las responsabilidades que ambas tenían en la dirección de protocolo del ministerio de salud pública, lo que las hacía conocedoras de los mecanismos que allí se emplean para enviar al extranjero personas que requieran tratamientos médicos, actuaron de mutuo acuerdo con un ciudadano no habido para organizar la salida al exterior de una persona que no tenía ninguna afección de salud, lo que hicieron violando todas las disposiciones vigentes al respecto, con evidente ánimo de lucro, pues recibieron a cambio altas sumas de dinero que luego repartían entre las tres, elementos de hecho que cumplen con los requisitos que regula el artículo 347 apartado 2 del Código Penal”.

DE LA CRUZ OCHOA, al comentar estos aspectos también se refiere al supuesto en el que una persona cumpla con todos los requisitos para viajar, pero lleve la visa falsificada en ese caso pudiera estar en presencia también de un concurso de delito¹⁹³ o sencillamente de otra modalidad delictiva si el sujeto activo no estaba vinculado a la organización o promoción de las salidas.

2.5. El sujeto activo y la participación delictiva

Se trata de un delito común, ya que el sujeto activo puede ser cualquier persona, sin embargo, es necesario comentar que en la redacción del precepto, el legislador utilizó como técnica la de prever conductas penales que pudieran ser consideradas, en la teoría general como formas de participación o actos de ejecución, pero aquí se da la peculiaridad de que ellas conforman por sí mismas el tipo penal y por lo tanto no es obligado que se ejecute el hecho concebido.

Esta técnica es muy utilizada por la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional para redactar algunos de sus preceptos¹⁹⁴ y sus Protocolos, con el objetivo de lograr con ello la punibilidad de conductas que de otra manera no pudieran penalizarse por no ser típicas o requerirían de la consumación previa.

¹⁹³DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *op. cit.* en 25. p.52. Al respecto afirma que: “Puede darse también el caso de una persona que cumple todos los trámites legales pero viaja con una visa falsificada, en mi opinión solo es punible la persona que organiza el viaje bajo estas circunstancias pero nunca la persona que porta el documento falsificado, el cual le ha sido entregado, ya que a ella debe dársele el tratamiento de víctima, siempre que haya tenido que pagar dinero para involucrase en este viaje, si la misma persona realiza la falsificación por sí, sería un delito de falsificación de documento con salida ilegal del artículo 216 del Penal, pero no de tráfico de personas”.

¹⁹⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional Organizada, *op. cit.* en su artículo 5 al redactar el tipo penal de la Penalización en la participación de un grupo delictivo organizado prevé en inciso 1 apartado b lo siguiente: “La **organización**, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado” p.4.

Requiere entonces de un análisis exhaustivo en cada momento, pues su configuración impide la utilización del artículo 18.2. b) del Código Penal, referido a los que organizan el plan del delito y su ejecución, como forma de participación específica.

En todos los preceptos el sujeto activo es de carácter general, es decir, puede ser cometido por cualquier persona, que no esté facultado para ello¹⁹⁵. Esto llama la atención pues si quien comete los actos está facultado, digamos que para realizar trámites migratorios, que en ningún caso serían de organización y promoción con ánimo de lucro, entonces pudiera pensarse en otra figura delictiva relacionada con la especialidad del sujeto y no el tráfico o una modalidad concursal.

Un elemento a considerar, es si el sujeto activo del delito debe residir en el exterior o en el territorio nacional, en lo que, a nuestro juicio se pueden presentar ambas situaciones, teniendo en cuenta que siempre se referirá a un sujeto que propicie la entrada al país de personas que utilicen el territorio nacional como país intermedio entre el país emisor y el país receptor.

La norma cubana también adolece de una circunstancia de agravación para los casos en que el sujeto activo sea una autoridad, agente de ésta o funcionario público, lo que puede ocurrir, tanto cuando se utilizan naves o aeronaves, como en las situaciones, ya analizadas, cuando se emplean otras vías como las falsificaciones de documentos migratorios.

Otro aspecto interesante es que un número importante de normativas internacionales y de los Por cuantos de las leyes especiales o de las modificaciones que incorporan el tráfico ilícito, lo fundamentan es su vínculo con la criminalidad organizada y nuestra ley tampoco hace menciona a ese particular, aspecto éste, de suma importancia si tenemos

¹⁹⁵ *Vid, supra* valoración sobre este particular.

en cuenta que tanto en los Estados Unidos como en México han existido y existen grupos organizados dedicados a esta actividad hacia Cuba, lo que también debe ser objeto de atención en futuras modificaciones.

2.6. Y quien es el sujeto pasivo?

Como ya se ha dicho conforme a la letra de los artículos 347 y 348, existe una doble protección del bien jurídico, por lo que nos encontramos que el sujeto pasivo es el Estado, cuando se ataca el “orden migratorio” y las personas en su “dignidad” y en ese entendido los traficados son víctimas de los hechos.

En este delito se ofrece una polémica interesante en relación al sujeto pasivo natural, toda vez que contrario a lo que ocurre en la generalidad de los tipos penales, aquí el sujeto pasivo otorga su “consentimiento”, para ser “traficado” en lo que PÉREZ CEPEDA denomina “autopuesta en peligro”¹⁹⁶ del bien jurídico pues él debe ofrecer su anuencia para participar en los hechos, sin embargo ello no excluye la tipicidad del delito porque estamos en presencia de la protección de un bien jurídico colectivo como es la dignidad humana que debe ser preservado más allá del consentimiento particular¹⁹⁷, en esta misma línea Mir Puig¹⁹⁸ considera que estamos en presencia de los denominados **delitos de encuentro**, que se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo, de lo contrario si este se opone nos encontraríamos ante figuras de mayor gravedad.

Ya abordamos *supra* la posible problemática cuando existen traficados que realizan determinadas actividades de colaboración con los organizadores o promotores, con el objetivo de reducir o quedar eximidos del pago, por lo que en estos casos habría que

¹⁹⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *op cit*, en 148, p. 203.

¹⁹⁷ *Ídem*, 204.

¹⁹⁸ MIR PUIG, Santiago (2005). *Derecho penal... op. cit* p.232.

determinar hasta qué punto esas actividades o aportes, integran el tipo penal o son considerados simples participantes en el tráfico, como pudiera ocurrir con los que aportan el medio de transporte para trasladar a las personas al punto de embarque y al propio tiempo están incluidos en la lista de los que van a salir del país¹⁹⁹.

Una parte de la doctrina²⁰⁰ considera además que el sujeto pasivo es el Estado teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es el orden migratorio.

2.7. Otra interrogante en el *iter* de la conducta

Las figuras del tráfico previstas en los artículos 1 y 2 del 347 son autónomas frente a la figura del 348, en ello existe consenso, sin embargo, cuando la organización o promoción se prevé con la utilización de naves u aeronaves, pero esta última acción no llega a consumarse porque la actividad es detectada en un momento anterior a la penetración de la nave en el territorio nacional, se interpreta en algunos casos que era obligatoria la “entrada” de los traficantes al territorio nacional pero en realidad, al tratarse de figuras delictivas, denominadas de peligro abstracto, en las que su descripción típica incluye los verbos rectores de organizar y promover y en consecuencia quedan consumados desde el momento mismo en que tienen lugar los actos que tipifican los preceptos, para que se integre la figura prevista en el apartado dos del artículo 347, no se requiere de la presencia física del medio de transporte en el lugar del embarque para que se tipifique el delito.

¹⁹⁹ En la jurisprudencia española una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, la número 40/2003, de 21 de febrero, JUR 2003/135644, señala que “esa declaración supone un reconocimiento de los hechos por parte del acusado, aunque él no se considere el patrón de la patera, si que viajaba gratis a cambio de ayudar al patrón, para ello fue contratado, y a los efectos de la acreditación del delito no es relevante que el pago por su trabajo fuera viajar gratis o regresar a Marruecos y cobrar 45.000 pesetas. Lo relevante es la ayuda que era necesaria para que el patrón pudiera cumplir su cometido que no era otro que introducir inmigrantes ilegales en España. *Vid*, LÓPEZ CERVILLA, José María. *op. cit.* p. 14

²⁰⁰ *Pasim* PÉREZ FERRER, Fátima, *op. cit.* p. 101.

En ese supuesto coincidimos con SILVERA MARTÍNEZ Y BERTOT YERO, quienes afirman que ... "tampoco resulta necesario para poder enjuiciar y sancionar a los promotores y organizadores de la salida (en los supuestos en que sólo estos son capturados), que sean habidos los traficantes, pues se trata de hechos jurídicamente distintos determinantes de que estos sujetos respondan por títulos de imputación igualmente diferentes (los organizadores y promotores por el apartado segundo del Artículo 347, y el traficante por el 348); siendo suficiente que quede debidamente acreditado que ciertamente se iba a producir una extracción de seres humanos utilizando un medio de transporte aéreo o naval que ingresaría ilegalmente en nuestro país para tales propósitos"²⁰¹.

2.8. Análisis de la figura autónoma del apartado uno del artículo 348

El verbo rector que informa la conducta es "penetrar" en el territorio nacional, utilizando determinados medios como nave o aeronave u otros medios de transporte²⁰², con igual propósito de realizar la salida ilegal de personas del territorio nacional. Es un delito de intención ulterior²⁰³, en el que la sola penetración en el territorio nacional consuma la figura, mientras que el apartado segundo constituye el tipo agravado, cuando concurren determinadas circunstancias, de modo alternativo.

Aquí debemos precisar que para que se cometa el delito, es necesario penetrar en el territorio nacional desde el extranjero tal y como está redactada la figura no deja lugar a dudas en ello, con el objetivo de realizar la salida ilegal de personas, utilizando una nave o aeronave²⁰⁴, o cualquier otro medio de transporte.

²⁰¹ SILVERA MARTÍNEZ, Oscar Manuel y BERTOT YERO, María Caridad, *op. cit.* p. 17.

²⁰² En el caso cubano son múltiples y variados los medios utilizados.

²⁰³ También denominados por algunos autores de consumación anticipada, ver por todos QUIRÓS PÍREZ, Renén, *op. cit.* p. 130.

²⁰⁴ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *op. cit.* en 23, p. 52, donde señala, entre otros aspectos, que: "por nave debe entenderse cualquier artefacto flotante y capaz de trasladarse por medios mecánicos o humanos de un sitio a otro, por

En relación con esta figura, se ha afirmado con acierto por la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, en la Sentencia No. 1119, de 30 de marzo de 2011²⁰⁵, que: "el tipo penal de tráfico de personas previsto en el artículo 348 del Código Penal, presupone para su integración que el sujeto activo penetre al territorio nacional en nave, aeronave o en cualquier otro medio, con el propósito de extraer personas de este, acción que determinaría en consecuencia, su condición de autor", y a continuación le añade otro elemento, al afirmar que dicho concepto de participación "también pudiera estar presente en aquellos participantes que, desde nuestro territorio, de forma relevante y protagónica, intervengan para garantizar que se materialice la introducción del medio de transporte y de los traficantes hasta el sitio donde se va a producir la extracción..."²⁰⁶.

Estaríamos en presencia de un autor por cooperación necesaria según lo previsto en el artículo 18, apartado 2, inciso ch, de los que cooperan en la ejecución del hecho delictivo mediante actos sin los cuales no hubiera podido cometerse, al menos de esa forma, sin que resulte posible apreciar ninguna de las modalidades de complicidad previstas en el apartado tres del referido artículo 18, porque en ese caso, como ocurre en la mayoría de las situaciones, en que la intervención del sujeto, se limita a organizar o promover la salida, sin colaborar de forma relevante y protagónica con el arribo del medio de

aeronave un aparato capaz de levantar vuelo, sostenerse en el aire y tener una dinámica que le permita también trasladarse de un lugar a otro". Y añade, en relación con otro medio de transporte: "que sólo es aplicable al caso del traslado a otro territorio, en el caso cubano en la Base Naval de Guantánamo ocupada en contra de la voluntad del pueblo de Cuba por las fuerzas militares de Estados Unidos. Otros territorios sólo son alcanzables por nave o aeronave al tratarse Cuba de una isla".

²⁰⁵ Boletín del Tribunal Supremo Popular. (2001): Publicado por el Departamento de Divulgación e Información, p.122.

²⁰⁶ Se trata de una interpretación muy discutible, porque ante estas situaciones debe regir el principio de especialidad, como señalamos *infra*. El único antecedente que hemos encontrado en la investigación en la Sentencia No. 4286 de 27 de septiembre de 2005, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, en que se apreció la concurrencia de circunstancias, sin las cuales el hecho no hubiera podido ejecutarse, en la que se valora "que del relato de hechos se advierte claramente, que los actos ejecutados no son los que puedan ser enmarcados en el artículo trescientos cuarenta y siete, apartado segundo del Código Penal, pues los mismos son de cooperación necesaria para los agentes que penetraron en el territorio nacional procedentes de un país extranjero y sin la participación del recurrente esas personas no hubieran podido alcanzar su objetivo de sacar a las personas indicadas del país, pues no sabían penetrar hasta el lugar de la costa que habían seleccionado para recogerlas".

transporte al territorio nacional, estaríamos en presencia de la figura prevista en el apartado dos del artículo 347, en correspondencia con el principio de especialidad, que viene a resolver una situación de concurso aparente de leyes.

Este criterio se reafirma también en la Sentencia de revisión No. 1598, de 13 de abril de 2012, dictada por la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, citada anteriormente²⁰⁷, en la que se señala que “La Sala de casación acertadamente aclara que si no existió penetración en el territorio nacional de algún medio de transporte para realizar la salida ilegal de personas, no es posible calificar acción alguna realizada por otros (aunque estos tuvieran la expectativa de que se produjera tal arribo de alguna nave al territorio nacional), como un delito de tráfico de personas de la modalidad del artículo 348 del Código Penal, a lo que se podría añadir, además, que el sujeto activo de este delito es el individuo que con nave o aeronave u otro medio de transporte, penetre en el territorio nacional, no quien simplemente esté esperando tal penetración para emplear ese medio en su viaje clandestino, que solamente incurriría en responsabilidad si de algún modo colabora con la entrada de la embarcación al territorio nacional o la guía hasta el punto exacto en que se podría abordar”.

Por otra parte, se aprecia que en los elementos del tipo penal de la figura prevista en el artículo 348, apartado uno, **no se exige el requisito del ánimo de lucro**²⁰⁸, lo cual nos parece que se trata de una omisión del legislador, teniendo en cuenta que estamos en presencia de una modalidad autónoma del delito de tráfico de personas, aunque está

²⁰⁷Sentencia No. 18 de 13 de abril de 2012, dictada por la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, en un procedimiento especial de revisión, contra la sentencia número 1598 de fecha 21 de mayo de 2010, de la propia Sala.

²⁰⁸ Boletín del Tribunal Supremo Popular. (2002): Publicado por el Departamento de Divulgación e Información. En la Sentencia No. 1625, de 30 de abril de 2002, de la Sala de lo Penal, en referencia a la modalidad del artículo 348, apartado uno, se incluye el requisito del ánimo de lucro, al afirmarse que: “esta tutela penal sobre el normal tráfico migratorio, como obligación del Estado respecto a los demás estados integrantes de la Comunidad internacional, funciona por las propias características del bien tutelado cuando se actúa por un interés egoísta y de lucro, como elemento subjetivo presente o subyacente en el tipo y se utilizan medios de transporte para garantizar el bien deseado”(…)

directamente relacionada con la forma más frecuente de comisión de la figura prevista en el artículo 347, apartado dos ellas son totalmente independientes.

2.9.1.1. Circunstancias de agravación del tipo penal

En el apartado dos del artículo 348 se relacionan cuatro elementos de agravación, que solo alcanzan al sujeto que penetre en el territorio nacional desde el exterior, con la finalidad de realizar una salida ilegal de personas o a los que cooperen con él mediante actos sin los cuales no hubiera podido ejecutarse, las que en nuestro criterio, debieron preverse también para el artículo 347.

Una rápida mirada a las circunstancias de agravación nos obliga a señalar que el incremento del peligro social justifica la mayor penalidad que se prevé, que alcanza las sanciones de más rigor de privación de libertad tanto temporal como perpetua.

2.9.1.2. Riesgo a la vida o la integridad corporal o lesión o muerte

En los casos de peligro a la integridad física, salud o vida del afectado, como se prevé en la primera parte del inciso c del 348, se pretende dar una respuesta penal a las situaciones de riesgo a las que se somete a los inmigrantes clandestinos en sus desplazamientos. En efecto, las consecuencias potenciales para el inmigrante, que nacen de los medios utilizados para su traslado, adquieren relevancia, de ahí que se creen estos tipos de peligro concreto respecto de bienes jurídicos personalísimos.

Se trata de delitos cuyo resultado aparece con la creación de una situación concreta de peligro para el bien jurídico protegido. Por eso, al igual que sucede con todo delito de resultado, será necesario establecer una relación objetiva de imputación entre el

comportamiento y aquella situación de peligro concreto²⁰⁹, cuya gravedad habrá de determinarse por los parámetros de la previsibilidad del resultado, dependiendo, entre otros factores, de las condiciones del traslado, el número de posibles afectados y del tipo de lesión²¹⁰.

Esta circunstancia de agravación muestra también una forma de delito de resultado cuando efectivamente se producen lesiones graves o la muerte de la persona, esta forma aunque en apariencia está en concurso aparente con los delitos de lesiones o asesinato, por el principio de especialidad se calificaría como Tráfico de Personas de la modalidad agravada del 348.1.2.c.

2.9.1.3. Presencia de Menores de catorce años

Otra circunstancia de agravación del tipo lo constituye la edad de los traficados, que en nuestro caso está dirigido a la protección de menores de catorce años de edad, la justificación de esta agravación se cimenta en la especial vulnerabilidad del menor de edad, el cual requiere de una mayor protección jurídica, pero a la vez se exige que el sujeto activo tenga conocimiento de la minoría de edad del sujeto pasivo, ya que de lo contrario concurriría un error de tipo.

Particularmente en el caso de los menores de 14 años de edad se discute, si para que se pueda apreciar esta circunstancia de agravación es necesario que los traficados se encuentren a bordo del medio de transporte o si es suficiente con que el menor se halle a

²⁰⁹ Esta formulación requiere precisar la cuestión de cómo ha de estar configurado y el momento en el que se ha de comprobar que el peligro ha afectado a tales bienes, para poder aplicar esta circunstancia de agravación, no es una simple declaración, no es casual que el concepto de “peligro” evada una definición doctrinal exacta y que no pueda determinarse con validez general para todos los casos, sino dependiendo de las circunstancias particulares de cada uno de ellos, en lo que sí existe consenso es que el comportamiento realizado tiene que haber creado una proximidad del peligro o la probabilidad de una lesión, *vid*, ZAFFARONI EUGENIO, Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR, Alejandro (2006).Manual de Derecho penal. Parte General. 2da edición. Ediar. pp. 320-321

²¹⁰ ROXIN, Claus, *op. cit.* p. 341.

la espera de su emprendimiento, en lo que coincidimos con SILVERA MARTÍNEZ y BERTOT YERO²¹¹, en la apreciación de que debido a que la situación de peligro se crea desde que el menor se ve inmerso en estas actividades inmediatamente anteriores y concomitantes con la transportación; teniendo en cuenta la naturaleza de consumación anticipada que posee la figura, no precisa que se haya iniciado la transportación para entender consumado el hecho delictivo, por lo que “parece más ajustado sostener que el sujeto que penetra con la finalidad de extraer personas, responde por el apartado 2, inciso ch, si efectivamente tiene conocimiento de que dentro del grupo de sujetos que se propone transportar se encuentra un menor de 14 años”.

Nos llama la atención que entre los elementos de agravación se incluye la transportación de menores de catorce años de edad, pero no se hace referencia a los incapacitados, por lo que en futuras modificaciones de la norma resulta recomendable que también se haga una referencia expresa a las personas con discapacidad²¹², cuando de lo que se trata es de proteger a los más vulnerables del peligro que puede significar para su vida e integridad corporal la salida del territorio nacional en condiciones peligrosas o violando las regulaciones migratorias vigentes.

2.9.1.4. Violencia o intimidación en las personas o con fuerza en las cosas

El fundamento de esta forma de agravación se encuentra vinculado esencialmente a un atentado a la libertad del inmigrante, que se sometido a diversas formas de violencia física o moral²¹³, mediante los cuales se doblega su voluntad y sus efectos pueden incluso

²¹¹ SILVERA MARTÍNEZ, Oscar Manuel y BERTOT YERO, María Caridad, *op. cit.* p. 18.

²¹² Vid, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> Consultado el 16/8/2013, a las 11.00.

²¹³ El contenido de la **violencia** debe ser de una magnitud tal que le impida actuar con la libertad que quisiera en la toma de la decisión, pero sin llegar a provocarle lesiones que reúnan atributos de delitos, porque en ese caso estaríamos en presencia de otra modalidad agravada, por su parte la **intimidación** como constreñimiento psicológico, que interfiere también en la toma de decisión debe ser de magnitud suficiente para infundirle un miedo que lo haga

extenderse a terceros vinculados a él, cuando por ejemplo es ejercida sobre sus familiares para obligarlos a pagar las deudas contraídas.

Cuando se emplea violencia o intimidación no podrá apreciarse un concurso de delitos con las figuras de Amenaza y Coacción, estaríamos en presencia de un concurso de normas y en virtud del principio de absorción dado que la pena es más grave, deberá aplicarse el tipo cualificado del tráfico de personas.

2.10. El elemento subjetivo

El delito de tráfico de personas es doloso por su propia esencia, comercializar con personas. Debe entenderse que todos los tipos penales que se recogen en nuestra legislación en esta materia exigen de un dolo directo. Tanto en el caso de la conducta de organizar como en la de promover la salida ilegal, tal requerimiento deriva de que esas acciones presuponen un sentido de dirección de la voluntad que resulta incompatible con la idea de dolo eventual. Ratifica la exigencia de dolo directo, la necesidad de que esas conductas procedan con ánimo de lucro, en el sentido que la intención del sujeto es obtener una ventaja de carácter económico.

Ello excluye también la posible presencia de la circunstancia eximente por causa de inculpabilidad como el error²¹⁴, al resultar imposible, alegar desconocer los elementos del tipo penal por la manera en la que este se redacta caracterizado por los verbos “organizar” o “promover” o alegar desconocimiento de la norma en sí mismo.

actuar en un sentido que no desea. Sobre el concepto de violencia o intimidación para el Derecho penal, *Per omnia* MUÑOZ CONDE; Francisco (2007). Derecho penal. Parte especial. 16ta edición, Tirant lo Blanch, pp 216-217

²¹⁴ El error de tipo o el error de prohibición son circunstancias relacionadas con la culpabilidad del sujeto, que requiere del conocimiento del tipo de injusto y su prohibición legal, *vid* MIR PUIG. *Derecho penal(...) op cit.* 271-272

2.11. El resultado

El delito en sus distintas modalidades permite la presencia de un resultado de peligro concreto en aquellas figuras que representan una amenaza inminente al bien jurídico y en otra un resultado material cuando existe un daño real, pero resulta necesario enfatizar en que existe una predisposición doctrinal a la aceptación de la conformación de tipos penales de peligro concreto, por la propia naturaleza de los bienes objeto de protección y la materialización de la conducta.

2.12. El *iter criminis*

Nos encontramos ante delitos consumados en los que no caben formas intentadas, es una figura que entra en la categoría de “tipos de emprendimiento”²¹⁵.

Como se ha sostenido la inclusión de este tipo penal, constituyen un instrumento de tutela frente a posibles actos de tráfico de personas, lo que supone, una afectación al bien jurídico, sin embargo, su complejidad ha conducido al legislador a un contenido de “tráfico” en que ha incluido acumulativamente todas las fases posibles, en los verbos de “organizar o promover”²¹⁶ acudiendo así a la técnica de los delitos de emprendimiento.

²¹⁵ ROXIN, Claus. (1997): Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2da edición. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas, p. 334 señala que “mientras que la consumación y la tentativa son tratadas en múltiples aspectos de modo diferente por los legisladores, en el caso de los delitos de emprendimiento se trata de tipos que equiparan tentativa y consumación. Su importancia práctica estriba en que en ellos desaparece la atenuación para la tentativa y no rige la disposición sobre el efecto eximente del desistimiento voluntario en su lugar, algunas regulaciones específicas admiten en el caso concreto una atenuación o una dispensa de pena para el “arrepentimiento activo”. La cuestión de hasta qué punto y en qué tipos pueden trasladarse por lo demás las reglas de la tentativa a los delitos de emprendimiento, es muy polémica” (...). Los tipos por emprendimiento pueden ser propios o impropios

²¹⁶ Ya en el análisis de la autoría y las formas de participación hicimos referencia al artículo 18, apartado segundo, inciso b del Código Penal cubano, que considera autores a “los que organizan el plan del delito y su ejecución”, lo que queda vacío de contenido para esta figura.

Pertenecen a este grupo de delitos aquellos tipos en las cuales el legislador somete a pena la actuación de una determinada tendencia del autor, sin que esta actuación haya tenido que producir un resultado efectivo. Para la consumación no hace falta que se alcance el fin de la acción, es decir, que la consumación formal puede tener lugar también cuando materialmente aún existe tentativa.

Ahora bien, intentando ser más precisos, se puede señalar que los tipos penales del artículo 347 responden a los llamados delitos de emprendimiento impropios ya que presentan la peculiaridad de contar con una situación del hecho descrita, que para la consumación debe concurrir objetivamente es decir, que el sujeto está obligado a realizar los actos que llenen de contenido ambos verbos rectores²¹⁷, no bastando con que esté “emprendida”²¹⁸.

MIR PUIG, refiriéndose a esta cuestión teórica comenta que aun cuando se equipare en esta clase de delitos la tentativa a la consumación, conduciendo por ello a renunciar a la atenuación o reducción del marco penal, no se modifica el concepto de tentativa, porque siempre resultará impune la tentativa de delitos de emprendimiento. En efecto, si la regulación de la tentativa se pudiera referir a sí misma, en todas las tentativas no sólo sería punible la tentativa de realización directa del tipo, sino también la tentativa de la tentativa, y a su vez, la tentativa de ésta hasta llegar al último acto preparatorio, lo que no respetaría la taxatividad de los tipos y por ende el principio de legalidad²¹⁹, postura que compartimos.

²¹⁷ Para ser consecuentes con lo previsto en el artículo 12 del Código Penal cubano es necesario que el sujeto activo emprenda acciones encaminadas a realizar la acción típica, de la entrada o la salida del sujeto pasivo o inicie cualquier acto encaminado a lograr estos fines, aunque la salida o la entrada no se produzcan por cualquier motivo, como pudieran ser la falta del medio de transporte o la actuación de las autoridades.

²¹⁸ *Ídem*, p. 336.

²¹⁹ MIR PUIG, Santiago Derecho *penal* (...) *op cit*, p. 132.

2.13. Problemas concursales

La pluralidad de bienes jurídicos afectados y la fragmentación de las normas que acogen parcialmente segmentos de la conducta desvalorada, abre múltiples posibilidades concursales, tanto en las distintas variantes de concurso de delito como del concurso aparente de leyes, por lo que es importante dar una mirada en este sentido.

2.13.1. La confluencia de figuras. Entrada y salida ilegal del territorio nacional

El bien jurídico protegido marca la diferencia esencial entre las conductas que ya se recogían en el Código penal y las que introdujeron las modificaciones introducidas por la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, tomando en consideración que el “orden público”²²⁰ era la plataforma que salvaguarda los delitos de entrada y salida del territorio nacional, lo que tenía trascendencia incluso en algunos elementos importantes como el del “ánimo de lucro” que no aparecía expresamente consignado en ninguna de las formulaciones típicas, aunque es de dudosa credibilidad que el que “organizara y promoviera” una de estas conductas no estaba movido por ese afán, esto marca ya una diferencia con el tráfico donde sí se incluye el requisito de que la actividad se realice con el propósito de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Aunque no existía ningún inconveniente en que en esos supuestos se aplicara como debía ser en buena técnica, la circunstancia agravante de cometer el hecho con lucro²²¹ y con ello se podía acercar la sanción al límite máximo si concurría de manera muy intensa.

²²⁰El Título IV **Delitos contra el orden público**, en el capítulo X artículo 215 regula los elementos del delito de **Entrada ilegal del territorio nacional**, mientras que en los artículos **216 y 217** se prevén las conductas relacionadas con la **Salida Ilegal del Territorio Nacional**

²²¹ Código Penal cubano. *op. cit*, Vid, la circunstancia agravante de la responsabilidad penal del artículo 53 inciso b.

En el tratamiento al sujeto pasivo en el delito de tráfico de personas solo se sancionan, como es la práctica internacional, a los ejecutores, organizadores y promotores del tráfico, pero no a los traficados; que en realidad son víctimas de este lucrativo negocio, mientras que en el de Salida Ilegal del Territorio Nacional, se sanciona la simple salida, o el hecho de organizar, promover o incitar, de manera que al no concurrir los elementos para integrar el delito de tráfico de personas²²², entonces todos los participantes en la salida ilegal serían autores del delito, lo que evidencia una falta de congruencia legislativa, aunque en la práctica, con excepción de los casos que ocurren en el territorio ilegalmente ocupado de la Base Naval de Guantánamo, por razones comprensibles de seguridad nacional; ante situaciones de este tipo, en los últimos años, la Fiscalía, por lo general, no está ejerciendo la acción penal, lo que se corresponde también con los acuerdos migratorios existentes entre los Gobiernos de Cuba y los Estados Unidos²²³.

Resulta evidente que es necesario resolver estas contradicciones y, en consecuencia, despenalizar el delito de simple salida ilegal del territorio nacional, del apartado uno del artículo 216 del Código Penal, pasándolo a la esfera administrativa, teniendo en cuenta que en las condiciones actuales y luego de la reciente reforma migratoria, nos parece que ya no se justifica su protección por el Derecho penal.

Lo interesante de esta polémica está en el sujeto pasivo que en la salida o entrada es considerado autor y en el tráfico sujeto pasivo, al menos para solución de esta problemática lo más viable es derogar esas conductas como señalamos anteriormente.

²²² Como ocurre, a modo de ejemplo, cuando se organice una salida familiar en una embarcación rústica.

²²³ AJA DÍAZ Antonio. (2010): "Los Estados Unidos-Cuba. Emigración y relaciones bilaterales". *Revista Temas*. No. 62- 63. Abril -Septiembre, p. 116, donde se precisa que en los acuerdos migratorios firmados el 9 de septiembre de 1994, referidos al control de la emigración ilegal por vía marítima hacia los Estados Unidos, ambas partes se comprometieron a impedir el uso de la violencia en el acto de emigrar y el hecho de que por primera vez en más de treinta y seis años los Estados Unidos se comprometieron a devolver a todo cubano interceptado en alta mar con intenciones de entrar en ese país y la decisión de Cuba, de recibirlo sin tomar medida alguna en su contra.

2.13.2. Trata y tráfico de personas de personas en la legislación penal cubana

En el artículo 302, apartado tres, inciso a de nuestro Código Penal, en el título correspondiente a los “Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud”, se regula el delito de Trata de personas.

Lo que significa que cuando la salida se realiza con la finalidad de que las personas que participan en ella ejerzan la prostitución o cualquier forma de comercio carnal, se integraría este delito, en lugar del tráfico de personas, para lo que, a diferencia del tráfico, resulta intrascendente que la entrada o la salida del territorio nacional, se realice de forma legal o ilegal y tampoco se exige el requisito de ánimo de lucro, lo que nos parece adecuado, porque de lo que se trata es de combatir esta modalidad de la trata, donde la ilegalidad consiste precisamente en el fin que se persigue con la acción, que es el ejercicio de la prostitución²²⁴.

Refiriéndose a la norma penal Argentina CREUS²²⁵, precisa que “no interesan las motivaciones que ha tenido el agente para promover o facilitar, pues, aunque habitualmente se actúa por lucro, la ley no requiere ese objetivo en la estructura típica (quien facilita la entrada al país de la mujer que ejerce la prostitución para que la ejerza en él, sin recibir nada a cambio, condolido por la miseria que sufre al ejercerla en un país extranjero, también comete el delito).

²²⁴ Vid CREUS Carlos. (1999): “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I”. 6ta edición actualizada y ampliada, 2da reimpresión. Editorial Astrea, p. 216. En el Código Penal Argentino se le da un tratamiento similar y al respecto CREUS, refiere que es típicamente indiferente el carácter ilegal de la entrada o salida del sujeto pasivo; la entrada o salida legal, es decir cumpliéndose todos los requisitos reglamentarios correspondientes también puede integrar el tipo, ya que lo que fundamentalmente se pune en él es **la ilegal finalidad del desplazamiento**; lo mismo puede decirse del facilitamiento; tan típico es el auxilio o ayuda referido a una entrada o salida ilícita, como a una lícita. Véase también, en igual sentido, el artículo 177 bis del Código Penal Español, que fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tampoco exige los requisitos de la ilegalidad de la entrada o salida del territorio nacional.

²²⁵ CREUS Carlos, *op. cit.*, pp. 216 – 217.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, siempre que la salida se produzca con la finalidad de que ejerzan la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal y en el inciso 5) del apartado 2) del referido artículo 302, se define como comercio carnal, a los efectos de este artículo, toda acción de estímulo o explotación de las relaciones sexuales como actividad lucrativa²²⁶.

La ley penal cubana no exige para la tipificación del delito de trata de personas, los requisitos previstos en las normas internacionales y otras legislaciones nacionales, de que la víctima sea llevada a la prostitución o a cualquier otra forma de explotación carnal, mediante la amenaza, o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, al engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra²²⁷. El elemento del tipo penal concurre, con el solo hecho de promover, organizar o iniciar la entrada o salida del país de personas con tales fines.

Se trata de una ubicación y redacción inadecuadas, mezclada con el delito de proxenetismo, sólo para los casos de entrada o salida en el territorio nacional con fines de explotación sexual, excluyendo los elementos de tipicidad cuando el hecho se comete dentro del territorio nacional, también los casos en que los fines de la trata se relacionen con la protección especial de los niños y las niñas, la adopción ilegal, matrimonios

²²⁶ Vid, DE LA CRUZ OCHOA, *op. cit.*, en 23, p. 47. Al respecto manifiesta que, en su opinión, la palabra más adecuada que debió utilizar el Código Penal cubano, en su artículo 302.1.3 fue **explotación sexual**, en lugar de comercio carnal, que tienen una connotación más estrecha. Por explotación sexual, debe entenderse la disposición para el ejercicio de la prostitución o cualquier servicio de naturaleza sexual, como por ejemplo la pornografía o espectáculos sexuales impuestos por el sujeto a la víctima.

En la legislación española, el inciso b) del apartado 1) del artículo 177 bis, del Código Penal Español, incorporado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el sujeto pasivo, también puede ser cualquier persona y se incluyen entre los elementos de tipicidad la explotación sexual y la pornografía infantil. CREUS, el artículo 127 bis del Código Penal argentino, comenta que: “Sujeto pasivo solo puede serlo una mujer – de cualquier edad – o un varón menor de veintiún años, sea que esté ya prostituido o que vaya a prostituirse después de entrar o salir del país. (CREUS, Carlos, *op. cit.* p. 217.).

²²⁷ Vid, el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, *op. cit.*

forzados, las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares, la extracción de los órganos corporales y la explotación para realizar actividades delictivas²²⁸, como²²⁹ carterismo, hurto, tráfico de estupefacientes y otros delitos²³⁰.

El problema concursal que puede resultar en estos supuestos es que si la salida del territorio nacional se realiza, no con la finalidad de emigrar sino de ser utilizado el sujeto pasivo en el comercio carnal, estaríamos en presencia de un delito de Trata de personas del 302 inciso 3 y no de Tráfico de personas.

El problema se torna muy complicado entre nosotros por la deficiente redacción del precepto, porque estrecha la protección del ámbito de los tipos que pueden dar lugar a la trata, por la propia ubicación de protección del bien jurídico que lo simplifica “a las relaciones sexuales” y como hemos señalado su contenido es más amplio; porque también limita la esfera de actuación a lo externo cuando la trata según las normativas de la Comunidad internacional también puede ser a la interno; todo ello nos lleva a la conclusión de que para ser coherente con las posturas avanzadas en relación al

²²⁸ La definición de trata de personas, ha evolucionado en los últimos años en España, fue incluida en un Título independiente del Código Penal Español, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica 5/2010 y más recientemente con la Directiva 2011/36UE, del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2011, se amplía el concepto de “trata de seres humanos”, respecto de la normativa anterior, y se incluyen en él otras formas de explotación. Ahora abarca la mendicidad, la protección especial del menor, la extracción de órganos, adopción ilegal, los matrimonios forzados, y la explotación para realizar actividades delictivas, como carterismo, hurto, tráfico de estupefacientes y otros delitos, que supongan lucro y estén penados. En la propia Directiva se precisa que la explotación se produce cuando se ha ejercido una coacción sobre la persona (amenaza o uso de la fuerza, rapto, fraude, engaño, etc.), independientemente de que la víctima haya dado su consentimiento y que cuando la víctima sea un menor de dieciocho años, estos actos de explotación serán muestra automáticamente de la trata de seres humanos aunque no se emplee ninguno de los medios de coacción antes citados

²²⁹ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. (2011): “Crónica de Legislación Europea”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 8, Número 15, enero – junio. Disponible en:

<http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/16MLBalaguer.htm> Consultado el 10 de agosto de 2013, a las 11.30. La Directiva considera también la necesidad de que los Estados miembros, a la hora de tipificar estas conductas delictivas, tengan en cuenta aspectos como la edad, la situación de especial debilidad de la víctima, el sexo, el estado de gestación, el estado de salud, y la discapacidad. También la conducta mantenida en la ejecución del delito, como la tortura, el consumo obligado de drogas o medicamentos, la violación física o la violencia psíquica, física o sexual grave

²³⁰ En otras legislaciones como la española, además de la explotación sexual, se añaden la laboral y la relacionada con la extracción de órganos de la víctima de la trata. Véase el artículo 177 bis del Código Penal Español. *op. cit.*

enfrentamiento a la trata y al tráfico de personas, se requiere de una reformulación total de la concepción de la figura delictiva en sede penal cubana.

2.13.3. El delito de venta y tráfico de menores

Otra de las posibles confluencias con el delito de tráfico de personas, en el Código penal cubano, que se une a las ya comentadas, de la entrada y salida ilegal del territorio nacional y la trata de personas, es el delito de venta y tráfico de menores²³¹, por lo que cuando se trate de un menor de dieciséis años de edad, vendido o transferido en adopción, en la modalidad prevista en el inciso c) del apartado 2) del artículo 316, concurre el delito de venta y tráfico de menores, en lugar del de tráfico de personas del apartado 2) del artículo 347 del Código Penal.

Cuando el hecho consiste en promover, organizar o incitar la salida del país de un menor con la finalidad de que ejerza la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal, se produce una confluencia entre el apartado 3) del artículo 316 y el inciso a) del apartado 3) del artículo 302, que se resuelve atendiendo al principio de especialidad, por lo que estaríamos en presencia de la figura agravada del delito de **venta y tráfico de menores y no de** un delito de trata de personas.

Se puede valorar también que en la solución de esta colisión de normas jurídicas, debemos tener en cuenta que el apartado 4) del artículo 316 establece que: “Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que los hechos no constituyan un delito de mayor entidad” y la sanción del delito de trata de personas en el apartado 3) del artículo 302, es de 20 a 30 años de privación de libertad; mientras que cuando se trate

²³¹ El delito de venta y tráfico de menores fue introducido en el Título XI del Código Penal cubano, por el artículo 19 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 1 de 15 de marzo de 1999, p.1.

de un menor de dieciséis años de edad, la sanción prevista en el apartado 3 del artículo 316 es inferior, aunque alta, de 7 a 15 años de privación de libertad.

Ante esta situación, somos del criterio de que, en este caso, el principio de especialidad de la norma mantiene su vigencia y por tanto estaremos también ante un delito de **venta y tráfico de menores**, atendiendo además a que el bien jurídico en el artículo 316 es la protección integral del menor, mientras que en el apartado 3 del artículo 302 es el normal desarrollo de las relaciones sexuales.

A diferencia de la trata de seres humanos, que como ya apuntamos, de la forma en que ha sido regulada en nuestro Código Penal, se limita únicamente a los fines de explotación sexual, el delito de venta y tráfico de menores, ha sido redactado con una mejor técnica legislativa e incluye entre los elementos del tipo penal el propósito de utilizar al menor en cualquiera de las formas de tráfico internacional, relacionadas con la práctica de actos de corrupción, pornográficos, el ejercicio de la prostitución, el comercio de órganos, los trabajos forzados y actividades vinculadas al narcotráfico o al consumo ilícito de drogas.

Estamos en presencia de un delito de dolo específico, donde queda delimitada la intención ulterior, cuyo propósito no necesariamente debe alcanzarse para que se considere consumado el delito²³².

2.13.4. Otras conductas en concurso: Falsificación de documentos, Estafas, Cohecho

En materia de concurso de delitos, es lógico que figuras delictivas como las de tráfico de personas, que en su comisión pueden operar distintas fuentes para la realización del

²³² DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *op. cit.* en 23 p. 48.

tipo, el sujeto activo puede incurrir en la comisión de otros ilícitos penales como son la falsificación de documentos de inmigración o trámites para ello, en esto pudiera estar vinculados funcionarios encargados de realizar esos trámites que lo hagan para obtener beneficios económicos, o puede ocurrir que el sujeto activo solicite dinero o ventaja patrimonial haciéndole creer al sujeto pasivo que realizará trámites migratorios para él que finalmente no realice, entre otras conductas, que bien pudieran corporificar distintas figuras.

Los tipos penales que en la doctrina más se relacionan con la ejecución del tráfico de personas son los de falsedad documental, Cohecho y Estafas, los que pudieran según el caso concreto ser valorados como un concurso ideal de medios necesario o imprescindible para cometer el delito, cuando una conducta se encuentra indisoluble relacionada con otra de manera tal que al menos de esa forma era imprescindible cometer el ilícito que sirvió de medio, o en otros casos la solución sería en un concursos real, cuando se tipifiquen de manera independiente las figuras delictivas.

En Cuba como se señaló anteriormente existe una grave dificultad en el delito de tráfico en el que no se incluye como circunstancia de agravación especial, la cualificación del sujeto, y por ello cuando esté presente esta figura en los actos concretos se deberá valorar, que tipo penal es el cometido por el sujeto activo.

Todo este análisis nos lleva a concluir que en el delito de tráfico de personas se puede presentar disímiles problemas concursales en materia de delitos y de normas, algunos pudieran tener una solución de *lege ferenda* como las propuestas en cada caso y otras requerirán de los fundamentos doctrinales y legislativos ya establecidos para su interpretación adecuada.

III. CONCLUSIONES

Las reflexiones, críticas y análisis emprendidos en el presente trabajo muestran distintas aristas de un fenómeno multidisciplinario, encerrado en un profundo contenido social, humano y jurídico que saca a luz la delgada línea que en ocasiones presentan determinados comportamientos humanos donde los sujetos pasivos son en reiteradas ocasiones víctimas de la desigualdad del mundo en el que les ha tocado vivir y donde la Comunidad internacional no obstante sus desvelos no lo logra mantener en límites “razonables”. De ese razonamiento surgen las conclusiones siguientes:

PRIMERA: El tráfico y la trata de personas, han existido en diferentes épocas con determinadas características, pero el incremento de las desigualdades entre los países ricos y los menos desarrollados ha alterado la composición, fluidez e intensidad de las migraciones y modificado su distribución geográfica, con la participación creciente de redes criminales, en un mundo globalizado donde se promueve la libre circulación de mercancías y de capitales entre los Estados que al propio tiempo restringen, cada vez más, la circulación de la fuerza de trabajo.

SEGUNDA: El compromiso asumido por los Estados parte del “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire”, para promover o reforzar, los programas y la cooperación para el desarrollo de las zonas económica y socialmente deprimidas, como medida para combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, es precisamente el que menos se ha cumplido, en especial por parte de los países receptores, que son los más favorecidos económicamente y tienen la obligación moral y jurídica de ayudar a los menos desarrollados.

TERCERA: La tendencia a la disminución de las migraciones desde varios países de América Latina hacia Europa, evidencia que se puede hacer más para mejorar las

condiciones de vida de los países del Sur y reducir las desigualdades sociales, que constituyen la causa principal de las migraciones ilegales, aunque ello en la actualidad obedece también a un factor económico dada la creciente crisis que enfrenta esa área geográfica.

CUARTA: El tráfico internacional de personas constituye cada vez más un flagelo en expansión, que se complejiza con la creciente participación de organizaciones criminales motivadas por los altos beneficios económicos que les genera.

QUINTA: La política criminal debe marcar el rumbo de las concepciones dogmáticas que permitan un diseño normativo adecuado con la configuración de figuras delictivas que propicien un enfrentamiento efectivo al fenómeno del tráfico de personas y otras figuras afines, sólo así se ofrecerá una respuesta coherente al fenómeno en sede penal.

SEXTA: El Código Penal cubano regula la figura del tráfico de personas desde antes de la vigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, lo que a pesar de las deficiencias de orden técnico que contiene en la redacción de los tipos penales, ha permitido enfrentar las acciones de los traficantes, que desde el exterior o en el propio país realizan diversas acciones encaminadas a promover las salidas ilegales con ánimo de lucro, pero se encuentra urgido de modificaciones en su diseño y contenido que permitan ofrecer un tratamiento más depurado no sólo al tráfico sino también a otras figuras afines.

IV. RECOMENDACIONES:

Sobre la base del análisis realizado en la investigación, ofrecemos las recomendaciones siguientes:

PRIMERA: Proponer a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular, que se valoren los presupuestos siguientes:

1. Atendiendo a la necesidad de ofrecer una correcta protección al fenómeno del tráfico ilícito de personas y otras figuras delictivas afines desde el punto de vista penal, es necesario prestar atención a:

- La denominación y el contenido del Título XV del Código Penal debe ser modificada por “Delitos contra el orden migratorio y la dignidad humana” para ser coherentes con el bien jurídico que se pretende proteger, en el que se incluyan algunas conductas de las previstas en el actual Capítulo XI del Título IV de los delitos contra el “Orden público”, derogándolo e incorporando al Título XV las que estén directamente relacionadas con la protección al “orden migratorio”.
- Prever como figura básica del delito de Tráfico, el actual apartado 2 del artículo 347 con los verbos rectores siguientes: “organizar”, “facilitar” e “incitar” la salida o entrada en el territorio nacional con fines de tráfico, lo que permitiría ofrecer protección también a las conductas recogidas en el artículo 217.1 derogándolo.
- Sustituir el término “**terceros países**”, por el de “**otro país**”, para evitar distintas interpretaciones y con ello inseguridad jurídica.
- Incorporar una figura agravada de esta modalidad en la que se incluyan como circunstancias las siguientes: “cuando el sujeto activo ostente la condición de funcionario público o autoridad o se aproveche del cargo u ocupación”; la conducta se comete como parte de un “grupo delictivo organizado o perteneciente a la

criminalidad organizada transnacional” ó “si entre las víctimas se encuentra un menor de catorce años o un incapacitado”.

- Se debe prever una figura autónoma para los actos de salida ilegal del país o en actos tendentes, donde se emplee violencia o intimidación a las personas.
- En la conducta de “penetrar” en el territorio nacional se debe incorporar el “ánimo de lucro” en los elementos de tipicidad.

2. Derogar el Capítulo XI del Título IV “Delitos contra el Orden Público”, toda vez que en la actualidad nos encontramos en condiciones de otorgar tratamiento administrativo al que solo incumpla las formalidades establecidas por la Ley migratoria para entrar o salir del territorio nacional, mientras que las figuras de mayor trascendencia deben pasar a formar parte de figuras autónomas en el Título XV que protege el ordenado tráfico migratorio.

3. En cuanto al delito de Trata de personas atendiendo a su innegable protección a los derechos humanos y a la dignidad humana debe conformar un Capítulo en el actual Título XV bajo la denominación de “Delitos contra el orden migratorio y la dignidad humana”.

4. La Trata de personas debe incluir en su formulación los elementos de tipicidad siguientes:

- La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas utilizando amenaza, fuerza, coacción, rapto, engaño, abuso de poder, situación de vulnerabilidad.
- Una finalidad de explotación sexual por ello se debe sustituir el actual término de “comercio carnal”.

- Significar la protección especial de los niños y las niñas, la adopción ilegal, matrimonios forzados, las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares, la extracción de los órganos corporales, y la explotación para realizar actividades delictivas en correspondencia con lo previsto en los instrumentos jurídicos internacionales.
- Prever una modalidad delictiva para cuando la conducta se realice dentro del “territorio nacional”.

SEGUNDA: Al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que de estimarlo oportuno a fin de ofrecer una interpretación uniforme de los casos hasta tanto se modifique el Código Penal, dictar una instrucción en la que se esclarezca que atendiendo a las Convenciones internacionales y a la práctica jurídica el término de tercer país, no requiere la existencia de un país de tránsito.

TERCERA: A la Unión Nacional de Juristas de Cuba

Convocar un intercambio académico a nivel Nacional de las Sociedades científicas de Derecho Internacional Público, Ciencias penales y Derecho de Familia, el que este precedido de investigaciones sobre el fenómeno del Tráfico y la Trata de personas y la Venta y Tráfico de menores, que permita no solo un debate desde una perspectiva holística, sino ofrecer una panorámica real del fenómeno en el país, con el objetivo de ofrecer a las instancias correspondientes un diagnóstico y presupuesto que sirvan de bases para un tratamiento efectivo.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. AJA, Antonio y RODRÍGUEZ Miriam. (2003): Ley de Ajuste Cubano. Antecedentes y Particularidades. *Centro de Estudios de Alternativas Políticas*. Publicado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba en enero del 2003. Folleto. La Ley Helms- Burton. Páginas 61 a la 68. Tomado del sitio www.cubaminrex.cu
2. _____. (2010): “Los Estados Unidos – Cuba. Emigración y relaciones bilaterales”. *Revista Temas*. No. 62 – 63. Abril – Septiembre.
3. _____. (2009): “Al cruzar las fronteras”. Molinos. Trade S.A. La Habana.
4. ANTUNEZ, Flavia. (2010): Tráfico de personas: un problema, muchas facetas: la importancia de la articulación institucional en el combate al tráfico de personas, en la atención y en la reinserción social de las víctimas. *Universidad Federal de Río de Janeiro. Programa de Gobernabilidad y Políticas públicas*. Disponible en: <http://www.cibs.cbciss.org/arquivos/TRAFIGCODE PERSONAS.pdf>
5. ALCALÉ SÁNCHEZ, María. (2010): “Medición de la Respuesta Punitiva y Estado y Derecho. Especial Referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable Peligroso”. Monografía asociada a *Revista ARANZADI de Derecho y Proceso penal*. Número 24. Pamplona, España.
6. ÁLVAREZ ACOSTA, María Elena. (2005): “Siglo XX: migraciones humanas”. Editora Política. La Habana. Cuba.
7. ANTÓN PRIETO, José. Ignacio. (2004): “Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa”, en Pérez Álvarez, F (Ed.). *Serta in memoriam Alexandrii Baratta*, Ediciones Universidad Salamanca. Salamanca, p.253. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1029339>
8. ARROYO ZAPATERO, Luis. (2001): “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en *Homenaje al Dr. Mario Barbero Santos, volumen II*. Ediciones de la Universidad Castilla – La Mancha. Salamanca.
9. _____. (2007): Comentarios al Código Penal Español, Editorial Iustel, Madrid.

10. ASÚA BATARRITA, Adela. (1990): "Reivindicación o superación del programa Beccaria" en *"El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad"*, Bilbao, Ed. Universidad de Deusto.
11. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. (2011): "Crónica de Legislación Europea". *Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 8, Número 15, enero – junio*. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/16MLBalaquer.htm>
12. BARBERIA, LORENA G. (2010): "Cuba, su emigración y las relaciones con EU". *Revista Temas. Cultura. Ideología y Sociedad. No. 62 – 63. Abril – septiembre*. Disponible en: <http://www.temas.cult.cu/revistas/62-63/10%20Barberia.pdf>
13. BAUCCELLS LLADOS, Juan Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2008): "La armonización de las normas penales en materia de Trata". *I Jornada de acción contra la trata. Asociación en Defensa de los Derechos de las Mujeres*, Barcelona, 27 de junio de 2008. Disponible en: <http://www.genera.org.es/archivo/Trata1.pdf>
14. BERZOSA, Alfonso, MARTÍNEZ, Carlos. (2002): "Los efectos de la globalización y propuestas alternativas". *Cuadernos de Derecho Judicial. No. V, pp. 145 y ss*. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/pjpublicaciondetallada.html&Identificador=CD0200503&dkey=5566&TableName=PJPUBLICACIONES&Criterio=colecciones>
15. BLAUSTEIN, Eduardo. (2006): "Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación. Mazmorras Inc". *Servicio Informativo Ecuménico y Popular. SIEP. EL Salvador*. Disponible en: <http://www.ecumenico.org/article/prisiones-privatizadas-en-eeuu-modelo-de-exportaci/>
16. BONESANA, César. (1993): "Tratado de los delitos y las penal" Decimosegunda Edición. Editorial Heliasta. S.R.R. Sao Pablo. Brasil.
17. BUENO ARÚS, Francisco, KURY HELMUT, RODRÍGUEZ RAMOS y ZAFFARONI EUGENIO, Eugenio Raúl. Directores. (2006): "Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal". Editorial Dykinson. Madrid.
18. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: (1989). *Manual de Derecho Penal (Parte general)*. Tercera Edición. Editorial Ariel. Barcelona.

19. CANCIO MELIÁ, Manuel. (2005): "La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)", en VV.AA., *Homenaje al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid. Thomson Arnazadi.
20. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. (2001): "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad". *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad. Salamanca, Cuenca. Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20y%20la%20banalizacion%20de%20la%20legalidad.pdf
21. CASTRO MARIÑO, Soraya. (2011): "La Promesa de la Reforma Migratoria Integral de los Estados Unidos de América: Juego Político vs. Política Real (2009-2011)". *Anuario Digital CEMI: Migraciones Internacionales y Emigración Cubana. 2011*. Disponible en: <http://www.uh.cu/centros/cemi/wp-content/uploads/2011/11/Politica-real-vs-juego-politico21.pdf>
22. CREUS Carlos (1992). Derecho penal. Parte General. Tercera Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires.
23. ____ Director y MARTÍNEZ GARAY, Lucía, Coordinadora. (2008): "La justificación penal: balance y perspectivas". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. España.
24. ____, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, ORTS BERENGUER, Enrique. Coordinadores. (2005): "Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal". Editorial Dykinson. Madrid.
25. CHIAROTTI, Susana. La trata de mujeres: sus conexiones y desconexiones con la migración y los derechos humanos. En: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/12554/lcl1910-p.pdf>
26. COLECTIVO DE AUTORES. (1996): "Los balseros cubanos". Los Pinos Nuevos. Editora Política. La Habana.

27. CREUS Carlos. (1999): Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Sexta Edición actualizada y ampliada, 2da reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires.
28. CUERDA ARNAU, María Luisa (1997): "Aproximación al principio de proporcionalidad en el Derecho Penal", en *Estudios jurídicos en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Tomo I. Universidad de Valencia, Valencia.
29. DAZA GÓMEZ, Carlos (Dirección y Presentación). QUINTERO, María Eloísa y POLAINO-ORTS, Miguel (Coordinadores). (2007): "El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs". Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México D.F.
30. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. (2004): Crimen Organizado. Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero. Editorial Ciencias Sociales La Habana.
31. _____. (2007): "Delitos de trata y tráfico de personas". *Revista Cubana de Derecho*. No. 30. Julio – diciembre.
32. DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis. (2008): "La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI". *Política Criminal*, Nº 5, 2008, A7-5, pp. 1-37. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf
33. DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, José Luis (2003): "Sociología jurídico penal y actividad legislativa" en Sistema penal y problemas sociales, Coordinado por Roberto Begalli. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
34. DOMÍNGUEZ FUENTES, Juan Manuel. (2006): "Apoyo social, integración y calidad de vida de la mujer inmigrante en Málaga". Tesis Doctoral. Departamento de Psicología social, Antropología social, Trabajo social y servicios sociales. Málaga. Disponible en: <http://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/2682/1711228x.pdf?sequence=1>
35. ESPINOZA BERROCAL, Gustavo Felipe. (2005): "Tráfico de personas. La tercera actividad ilegal más lucrativa del Mundo". Universidad Autónoma del Sur – IX Región – Chile. Artículo exclusivo para: www.carlosparma.com.ar Disponible en: http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=192:trafico-de-personas-&catid=41:parte-especial&Itemid=27

36. ESQUIVEL LEYVA, Manuel de Jesús. (2003): "La migración de trabajadores mexicanos hacia Estados Unidos 1848 - 1994". ONCE RÍOS EDITORES. Culiacán. Sinaloa. México.
37. FERRAJOLI, Luggi: "Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales" en *Ciencias penales. Revista N° 5*. Disponible en: <http://cienciaspenales.org/>
38. FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina. (2010): "El debate entre Zapatero y Rajoy: Estudio Argumentativo". *Revista de Estudios Filosóficos*. No. XX, diciembre. Disponible en: http://www.um.es/tonosdigital/znum20/secciones/estudios-6-el_debate_entre_z_y_r_2.htm
39. GALEANO, Eduardo. (1997): "El sacrificio de la justicia en los altares del orden". Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996. En *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 12, No. 14. Diciembre de 1997. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2014/galean14.htm>
40. GARCÍA ARÁN, Mercedes (2006). *Trata de personas y explotación sexual*. Editorial Comares. Granada.
41. GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia. (2008): "Inmigración ilegal y Trata de personas en la Unión Europea: La desprotección de las víctimas". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 5, Número 10, julio-diciembre. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/06SoniaGarciaVazquez.htm>
42. GOITE PIERRE, Mayda. (2012): *Coordinadora y otros. Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. España.
43. ____ Coordinadora y Colectivo de Autores. (2006): "Derecho Penal Especial". Tomos I, II y III. Editorial Félix Varela. La Habana.
44. ____ y MEDINA CUENCA, Arnel. (2000): "Selección de Lecturas de Derecho Penal General". Editorial Félix Varela. La Habana.

45. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. (2000): "Derechos de los inmigrantes". Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria. México DF.
46. GONZÁLEZ NUÑEZ, Josefina. (2012): "Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios". *Revista del Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho penal económico*, Disponible en: www.ciidep.ar
47. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. (1999): "Derecho Penal Mexicano. Parte General y Especial". Quinta Edición. Editorial Porrúa. México DF.
48. GULLOCK VARGAS, Rafael. (2008) El Delito de Tráfico de Inmigrantes. Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.
49. HASSEMER, Winfried. (1993): "Crisis y características del moderno Derecho penal". *Actualidad Penal*, N. 43, traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco.
50. ____ (1989): "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". *Doctrina Penal* 46/47.
51. HERRERO HERRERO, César. (2003): "Migración de extranjeros. Su relación con la delincuencia. Perspectiva criminológica". *La Ley. Revista Técnico Jurídica. No.9 del 24 de febrero al 2 de marzo*.
52. HORMAZÁBAL MALARÉE H.: (1992) Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. Segunda edición. Editorial jurídica ConoSur.
53. JAKOBS, Günther. (1995): "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación". Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo. Universidad de Extremadura. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A. Madrid.
54. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. (2003): "Derecho Penal del enemigo". Thomson Civitas. Cuadernos Civitas. Primera Edición.

55. KEMELMAJER, Aida. (2004): "Justicia restaurativa". Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.
56. LARA, Rafael. (2008): "¿Regulación de flujos"? 20 años de muerte en las fronteras". *Asociación Pro Derechos Humanos en la Frontera Sur*. Disponible en: www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/.../1433
57. LÓPEZ CERVILLA, José María. (2003): Tráfico ilícito de `personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal. Boletín No. 177. Pág. 5. Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344080446?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype1>
58. MARDONES VARGAS, Fernando y FERNÁNDEZ, José Manuel. (2011): Manual de Defensoría Nacional. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5734-2.pdf>
59. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. (2009): "Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar?". *Revista para el Análisis del Derecho. InDret*. Barcelona. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138050/188695>
60. ____ (2008): "¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del artículo 318 bis del Código Penal en clave de legitimidad". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 10. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-06.pdf>
61. MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. (2012): "El delito de trata de seres humanos: Análisis del artículo 177 bis del Código Penal". *Revista Estudios Penales y Criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela. Vol. XXXII. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/896>
62. MARX, Carlos. (1977): Líneas fundamentales (Grundrisse) 2do Tomo. Editorial Crítica. Barcelona,
63. MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. (2011): "Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas". *Revista Estudios Penales*

y *Criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela. Volumen XXXI. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/143/77>

64. MILANESE, Pablo. (2008): "El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima". *Web* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo. Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf
65. MEDINA CUENCA, Arnel. (2013): "El delito de tráfico ilícito de migrantes y la necesidad de su actualización en el Código Penal Cubano". *Revista Derecho, Empresa y Sociedad (RDES)*, No.2, Época I, Mayo – agosto de 2013. Disponible en: <http://www.dykinson-on-line.com/> // http://www.dykinson-on-line.com/Revista_de_derecho_empresa_y_sociedad_%28REDS%29_Numero_2_Epoca_I_Mayo_-_Agosto_2013.ebook7201
66. ____ (2013): "El tráfico ilícito de personas, los principios limitativos del *IUS PUNIENDI* y la comunidad internacional" en *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, octubre. Disponible en: <http://caribeña.eumed.net/trafico-ilicito-personas/>
67. ____ (2013): "Cuba. El delito de tráfico ilícito de personas y la necesidad de su actualización en el Código Penal". En *Revista Cubana de Derecho* No. 41. Enero – junio. Editorial UNIJURIS. Disponible en: <http://vlex.com/vid/cuba-delito-tra-fico-necesidad-penal-468640942>
68. ____ (2013): "El delito de tráfico de personas y la necesidad de incrementar la colaboración jurídica internacional". *Revista Foro Jurídico Iberoamericano*. La Revista Internacional de Derecho Práctico. Año I. Número 8. Septiembre. Disponible en: <http://www.forjib.org/trafico-de-personas-y-necesidad-de-colaboracion-juridica-internacional>
69. ____ (2013): "Migraciones, tráfico de personas y la protección penal del normal tráfico migratorio en Cuba". En el Libro: *Temas de Derecho y Proceso penal, desde una perspectiva jurídico penal contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*. Editorial UNIJURIS. 2013. Coordinado por GOITE PIERRE, Mayda. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/?q=node/70>
70. ____ (2013): "Recopilación de Instrumentos Jurídicos adoptados por la Comunidad internacional, relacionados con los principios limitativos del *ius*

puniendi, la delincuencia organizada y el tráfico y la trata de personas”. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/?q=node/70>

71. ____ y GOITE PIERRE, Mayda. (2011): “Tráfico de personas y criminalidad organizada, un reto para el Derecho”. *JUS 2011. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa*. Disponible en: http://www.ubijus.com/index.php?page=shop.product_details&flypage=flypage_images.tpl&product_id=169&category_id=17&option=com_virtuemart&Itemid=222
72. ____ (2011): “El Expansionismo del Derecho Penal y su expresión en el incremento de las penas en el Siglo XXI”. *Revista Cubana de Derecho No. 38. IV Época. Julio – diciembre*. Editorial UNIJURIS. Disponible en: <http://vlex.com/vid/expansionismo-penal-incremento-penas-345011750>
73. ____ y Colectivo de autores Coordinado por GOITE PIERRE, Mayda. (2009): “Delitos contra el normal tráfico migratorio”. *Derecho Penal Especial. Tomo II*. Editorial Félix Varela. La Habana.
74. ____ (2007): “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad”. *Revista Derecho Penal y Sistema Penitenciario. Problemáticas en la Contemporaneidad*. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México. Nueva época. Año 1. Junio. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222926005.pdf>
75. ____ (2004): “Los delitos contra el tráfico de personas desde una perspectiva cubana”. *Revista Justicia y Derecho. No. 3. Año 2. Junio del 2004*. Publicada por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Disponible en: <http://www.tsp.cu/sites/default/files/03JusticiaDerecho.pdf>
76. MEDINA GOITE Arnel. (2012) El agente encubierto. Un método especial de investigación para el enfrentamiento a la criminalidad no convencional. Trabajo de diploma. Universidad de La Habana.
77. MOYA VIVANCO, Iván. (2011): Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas, Editorial Grafica Columbus SA.

78. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. (2008): "Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen. Teoría jurídica del delito. Nociones Generales. El delito doloso. Juicio de antijuricidad". Editorial DYKINSON, S.L. Madrid.
79. _____. (2005): El Derecho Penal Mínimo o la Expansión del Derecho Penal. *Revista Cubana de Derecho. No.25. Enero- junio.*
80. _____. (2004): "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal". Ley Penal. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid.
81. _____. (2002): "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 4. 22 de abril de* En: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html
82. MIRÓ LLINARES, Fernando. (2008): "Política comunitaria de inmigración y política criminal en España". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No.10.* Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-05.pdf>
83. MIR PUIG, Santiago. (2005): "Derecho Penal. Parte General. Séptima Edición. Segunda Reimpresión". Editorial Reppertor. Barcelona. España.
84. _____. (2005) Derecho penal. Parte General. Séptima Edición. Editorial B de F. Montevideo.
85. _____. (2003): Introducción a las bases del Derecho penal, segunda Edición. Euros editores S.R.L. Argentina.
86. MUÑOZ CONDE, Francisco. (2010): "Derecho Penal. Parte Especial. Decimoséptima edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia. España.
87. _____. (2000): "Presente y futuro de la dogmática jurídico penal". *Revista Penal.*
88. MUÑOZ CONDE, Francisco. prólogo al texto HORMAZÁBAL MALARÉE H.: (1992) Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. Segunda edición. Ed jurídica.
89. _____. y GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2007): "Derecho Penal. Parte General. Séptima edición, revisada y puesta al día". Tirant lo Blanch. Valencia. España.

90. LARIO BASTIDA, Manuel. (2008): "Crónica crítica al debate sobre políticas migratorias en España 2008". *Discurso & Sociedad*. Grupo de Estudios Críticos sobre la comunicación (ECCO), España. Disponible en:
<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138050/188695>
91. OLEA, Helena. (2004): "Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del Sistema Interamericano". *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y los de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). San José. Costa Rica. Disponible en:
http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1375160761/Sistema%20Interamericano.pdf
92. PARMA, Carlos (2012): "Trata de personas". En la web. Carlos Parma. Derecho Penal y Criminología Latinoamericana. Disponible en:
http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=46:problematica&catid=39:parte-general&Itemid=27
93. PELLEGRINO, Adela. (2003): "La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencias y perfiles de los migrantes". Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago de Chile, marzo. Disponible en:
<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/12270/lcl1871-P.pdf>
94. PERAZA BREEDY, Jorge y REDONDO VEGA, Daniel. (2007): "Compilación de trabajos del Seminario sobre Legislación Migratoria. Conferencia por la Conferencia Regional sobre Migración (CRM)". Evento realizado en la Ciudad de Guatemala, Guatemala, 15 – 16 de febrero de 2007. Auspiciado por Guatemala, ACNUR y OIM. Disponible en:
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6817.pdf?view=1>
95. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. (2004): Globalización, Tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal. Editorial COMARES, S.L. Granada.
96. ____ (2002): "Algunas Consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas". REDUR No. 0, p.110. Disponible en:
<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/perez.pdf>

97. PÉREZ FERRER, Fátima. (2006): "Análisis Dogmático y Político-Criminal de los delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros". Monografías de Derecho Penal. Editorial Dykinson S.L. Madrid.
98. PÉREZ HERRERO, Pedro. (2012): "Las Conferencias Iberoamericanas. Una reflexión desde 2012". *Publicado por el Real Instituto Elcano*. Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/dt142012_perezhierro_cumbres_iberamericanas_2012
99. POMARES CINTAS, Esther. (2011): "El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 13 – 15. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>
100. QUIRÓS PÍREZ, Renén. (1999): "Manual de Derecho Penal I". Editorial Félix Varela. Ciencias Jurídicas. La Habana.
101. READ, Artur. (2012): "La lucha por los derechos laborales y sociales para inmigrantes y migrantes en los Estados Unidos". En: *El Derecho del Trabajo rumbo a la integración latinoamericana*. Editorial UNIJURIS.
102. REBOLLO VARGAS, Rafael. (2009): "El delito de tráfico de personas y la (in) competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 11. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-09.pdf>
103. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Miriam. (2011): "Flujos Migratorios en el Caribe". *Anuario Digital CEMI: Migraciones Internacionales y Emigración Cubana 2011*. Disponible en: <http://www.uh.cu/centros/cemi/wp-content/uploads/2011/11/Flujos-Migratorios-en-el-Caribe1.pdf> Consultado el 15/10/2013
104. _____. (2000): "La migración inter regional de América Latina: problemas y desafíos". Centro de Estudios de Migraciones Internacionales (CEMI). La Habana, Cuba. Julio de 2000. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/cemi/miginter.pdf>

105. RODRÍGUEZ MESA, María José. (2001): "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros". Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
106. _____. (2007): "Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.9. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>
107. RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. (2012): "El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 14. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-07.pdf>
108. ROXIN, Claus. (1998): ¿Tiene futuro el Derecho Penal? *Revista del Poder Judicial*. 3ra época. No. 49. Editor: Consejo General del Poder Judicial.
109. ROXIN, Claus. (1997): Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2da edición. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas. Madrid.
110. _____ (1976) "Sentido y límites de la pena estatal" en Problemas básicos de Derecho penal, Editorial Reus. Madrid.
111. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (1997): "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites" en Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. José María Bosch editor. Barcelona.
112. TERRADILLOS BASOCO, Juan. (2008): "Política penal europea de inmigración". *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora. Dra. María Díaz Pita*. Tirant lo Blanch, Valencia.
113. _____ (2006): "Extranjería, inmigración y sistema penal". *Inmigración y sistema penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.
114. _____ (2001): "Sistema penal y criminalidad internacional", en Nieto Martín (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, Cuenca.

115. ____ (1981) "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela Jurídico-penal" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 63. Madrid.
116. RYDER, Guy. (2013): "Es necesario un nuevo enfoque sobre migración laboral". Artículo de opinión del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). De cara al Diálogo de alto nivel sobre Migración y Desarrollo que tuvo lugar en Nueva York, los días 3 y 4 de octubre de 2013, auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_222797/lang-es/index.htm
117. TREJO GARCÍA, Elma del Carmen. (2006): Compendio de Instrumentos Internacionales Relativos a la Trata de Personas. Centro de Documentación, Información y Análisis de la Subdirección de Política Exterior de la Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos. México D. F.
118. RUA RAMIRO, Javier. (2012). "El Derecho penal del enemigo en la legislación relativa a los maras en EEUU y El Salvador". *Revista Crítica Penal y Poder*. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos. Universidad de Barcelona. 2012, No. 3. Disponible en: http://www.google.com/cu/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDwQFjAB&url=http%3A%2F%2Frevistes.ub.edu%2Findex.php%2FCriticaPenalPoder%2Farticle%2Fdownload%2F3480%2F6726&ei=TqhhUZCTD8XH4APuulCgDg&usq=AFQjCNHFJb2bh-nkUiEKTE2vUr_84aOrRA&bvm=bv.44770516,d.dmg
119. SANZ MULAS, Nieves. (2012): "De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de Günther Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.14. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf>
120. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (2007): "Los indeseados como enemigos". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.9. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2278328>
121. SILVERA MARTÍNEZ, Oscar Manuel y BERTOT YERO, María Caridad. (2012): "Apuntes acerca del tráfico de personas en la legislación cubana actual". *Boletín ONBC*. No. 43. Ediciones ONBC. Enero – marzo.

122. SOROLLA FERNÁNDEZ, ILEANA. (2013): "Características del fenómeno migratorio en Cuba: antecedentes y comportamiento actual". Conferencia impartida en el Seminario sobre migración y Extranjería, auspiciado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, el Centro de Estudios de Iberoamérica de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, 4 de septiembre.
123. WITKER, Jorge. (2000): "Derechos de los Extranjeros". Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria. México DF.
124. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. (2011): "La nueva Directiva Europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.13. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-14.pdf>
125. ____ (2012): "Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal". *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. Enero. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/869.pdf>
126. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Eugenio y SLOKAR Alejandro. (2006): "Manual de Derecho Penal. Parte General". Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina.
127. ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2007): "Globalización y Crimen Organizado". Conferencia de clausura de la primera "Conferencia Mundial de Derecho Penal", organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf
128. ____ (2010): "¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?". *Revista de la Asociación Americana de Juristas*. Septiembre. Editada en Buenos Aires Argentina.
129. ____ (2012). La cuestión criminal. 3ra edición. Editorial Planeta. Argentina.

130. ____ (1998): “En busca de las penas perdidas”. Deslegitimación y Dogmática Jurídico-penal. Editorial Ediar. Buenos Aires.

DOCUMENTOS

1. Actas resumidas de la Misión Permanente de La República de Cuba ante las Naciones Unidas. <http://www.cubaminrex.cu/enfoques/htm>
2. AMNISTÍA INTERNACIONAL (AI). (2013): “El Estado de los Derechos Humanos en el mundo 2012”. Edición y traducción al español: Editorial Amnistía Internacional (EDAI) Valderribas, 1328007 Madrid España, p.16. Disponible en: http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternational_AnnualReport2013_complete_es.pdf
3. Boletín del Tribunal Supremo Popular. (2011): Publicado por el Departamento de Divulgación e Información.Covenant House, labor en el 2008. Disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=2_038
4. CUMBRE MUNDIAL CONTRA EL RACISMO. (2001): “Resolución sobre Migración y discriminación”. Durbán, Sudáfrica. Disponible en: www.un.org/spanish/CMCR/gender/htm
5. DEFENSOR DEL PUEBLO. (2012): “La trata de seres humanos en España: VÍCTIMAS INVISIBLES”. Informes, Estudios y Documentos. Madrid.
6. Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos. Informe de la trata de personas. Junio de 2012. Disponible en: <http://www.acf.hhs.gov/trafficking>
7. Derechos Humanos en la Frontera Sur. (2010): Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA). Disponible en: <http://www.harresiak.org/sozialhitz/ponenciassozialhitz2010/1.1.Carlos-Arce.pdf>
8. Instituto Nacional de Estadística. (2013): “Cifras de población a 1 de enero de 2013. Estadística de Migraciones 2012”, 25 de junio de 2012. España. Disponible en: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/25/nota_INE.pdf

9. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH) y Comisión de la Unión Europea. (1998): “Instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos”. Talleres Mundo Gráfico. San José de Costa Rica.
10. Informe de Cuba sobre el enfrentamiento jurídico – penal a la trata de personas y otras formas de abuso sexual (2012). Resumen Ejecutivo. Disponible en:
http://www.cubaminrex.cu/sites/default/files/ficheros/informe_de_cuba_sobre_el_enfrentamiento_juridico_2012-web.pdf
11. International Migration 2013. The number of international migrant worldwide reaches 232 million. High-level Dialogue on International Migration and Development. High-level meetings for the 68th session of the General Assembly. Department of Economic and Social Affairs Population Division September. Available at:
https://www.un.org/en/ga/68/meetings/migration/pdf/International%20Migrants%20Worldwide_totals_2013.pdf
12. International Migration 2013. Migrants by origin and destination. High-level Dialogue on International Migration and Development. High-level meetings for the 68th session of the General Assembly. Department of Economic and Social Affairs Population Division September. Available at:
https://www.un.org/en/ga/68/meetings/migration/pdf/International%20Migration%202013_Migrants%20by%20origin%20and%20destination.pdf
13. MESA REDONDA SOBRE TRÁFICO DE MUJERES: UNA MIRADA DESDE LAS ORGANIZACIONES. (2001): Intervención de Isel Rivero, Directora de la Oficina de Naciones Unidas en España. Informes, Ponencias y Documentos de Referencia de la Jornada celebrada en Madrid, el 22 de noviembre de 2001 sobre Tráfico de mujeres con fines de explotación sexual. Disponible en
http://www.antoniosalas.org/sites/default/files/TraFico_de_mujeres_con_fines_de_explotacion_sexual_031324.pdf
14. Migración Internacional en las Américas. (2012): Segundo Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI 2012). Disponible en:
http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/G48952_WB_SICREMI_2012_SPANISH_REPORT_LR.pdf

15. Superar Fronteras. (2011): "Crisis Económica, Inmigración y miedo". Servicio Jesuita de Migrantes (SJM). España- Abril. Disponible en:
www.alboan.org/docs/articulos/Superarfronteras.pdf
16. OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). (2012): "Informe Mundial sobre la trata de personas 2012. Resumen Ejecutivo". Disponible en:
http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/Executive_summary_spanish.pdf
17. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas* [en línea]
<http://www.un.org/spanish>
18. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Tráfico de personas, contrabando migratorio y derechos humanos: trucos o tratos. Disponible en:
http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final/documents2/conventionismug_eng.pdf
19. Organización Internacional del Trabajo. (2012): Estimación Mundial sobre el Trabajo Forzoso. Resumen ejecutivo. Disponible en:
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_182010.pdf
20. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2013): "Informe sobre las migraciones en el mundo 2013". Impreso en España por Gráficas Alcoy. Disponible en: http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2013_SP.pdf
21. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LAS MIGRACIONES (2012): "Informe sobre Rutas y dinámicas migratorias entre los países de América Latina y el Caribe, y entre América Latina y la Unión Europea". Disponible en:
http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/922B6554-A053-486F-81A8-FD20BD9DBD0B/257877/Rutas_MigratoriasCAP_1.pdf
22. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). (2013): "Informe Sobre Desarrollo Humano 2013. El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso". Disponible en:

<http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2013GlobalHDR/Spanish/HDR2013%20Report%20Spanish.pdf>

23. Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual UNODC – Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. En:
http://www.unodc.org/documents/publications/TiP_Europe_ES_LORES.pdf

INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

1. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas, convocada por la Asamblea General Naciones Unidas, en su Resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950.
2. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
3. Convenio para la represión de la trata de personas. Asamblea General Naciones Unidas, en su Resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. Entrada en vigor: 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24.
4. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de la Asamblea General Naciones Unidas 1990.
5. Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Adoptada por la Organización de Estados Americanos, 1994.
6. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956.
7. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.

8. Convención sobre la Esclavitud y Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.
9. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. (2004): “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de noviembre del 2000. Disponible en:
<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
10. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2005): “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, vigente desde el 1 de julio de 2003. Disponible en:
<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001435/143557s.pdf>
11. Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Preguntas y respuestas sobre el trabajo forzoso”. Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_182014/lang-es/index.htm
12. Declaración de Naciones Unidas sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. A/RES/53/144. 8 de marzo de 1999.
13. Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.
14. Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11no. Quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea general de las Naciones Unidas. Tema 105 del programa: Prevención del delito y justicia penal.
15. Intervenciones, Ponencias y Documentos de referencia de la Jornada celebrada el 22 de noviembre del 2001, sobre: “Tráfico de mujeres con fines de explotación

sexual”. Madrid. Organizada por la Secretaría de Igualdad de la Comisión Ejecutiva Federal del PSOE y la delegación Española del Grupo Parlamentario del Partido Socialista Europeo.

16. Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes. Elaborada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en respuesta a una petición dirigida a la Asamblea 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 sus Protocolos. Naciones Unidas. Treaty Series, vols. 2225, 2237 y 2326, núm. 39574. Naciones Unidas Nueva York, 2012. En:
http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/Model_Law_SOM_S_ebook_V1052718.pdf
17. Ley modelo contra la trata de personas. Elaborada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en respuesta a una petición dirigida a la Asamblea 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 sus Protocolos. Naciones Unidas. Treaty Series, vols. 2225, núm. 39574. Naciones Unidas Nueva York, 2012. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>
18. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Del Protocolo tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social en su resolución 1186 (XLI), de 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
19. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.
20. Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. en su Resolución 54/212 de la Asamblea General, del 22 de diciembre de 1999 y que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Naciones Unidas 2000.

21. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Adoptado por las Naciones Unidas que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000.
22. Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, 2002.
23. Resolución 20002/51 de la Comisión de Derechos Humanos.
24. Resolución 54/166 de Protección de los Migrantes, las Naciones Unidas de 1999.

LEYES PENALES NACIONALES

1. Alemania. Código Penal alemán, reformado el 31 de enero de 1998.
2. Alemania. Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949.
3. Brasil. Código Penal de Brasil. 36 Edición. Editora Saraiva. 1998.
4. Bolivia. Código Penal y Ley 1768 Modificativa del Código Penal de la República de Bolivia. Editorial Los amigos del Libro. La Paz. Bolivia. 1997.
5. Colombia. Código Penal colombiano.
6. Costa Rica. Código Penal de Costa Rica, revisado y actualizado por Ulises Zuñiga Morales. Editorial Investigaciones Jurídicas. S.A San José. Año X. 1999.
7. Cuba. Código Penal. Ley No. 62 de 1987. Actualizado. Colección Jurídica. Ministerio de Justicia. La Habana 1999.
8. Chile. Constitución Política de la República de Chile. Capítulo III de los derechos y los deberes constitucionales.
9. El Salvador. Código Penal de El Salvador. Decreto No. 1030. Vigente desde el 20 de abril de 1998. Códigos Penales de los países de América Latina. Publicación Electrónica de la Suprema Corte de la Nación de México y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Año 2000.
10. Ecuador. Código Penal ecuatoriano. Reformado en 1998.
11. España. Código Penal Español y Ley Penal del Menor. 19 Edición anotada y concordada. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2013.
12. Francia. Código Penal francés. MISE A JOUR LEGIFRANCE A jour au 15
13. Septembre de 2003. Dernier texte modificateur : Loi 2003-495 du 12/06/03 (JO13/06/03)

14. Guatemala. Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73 de 5 de julio de 1973. Códigos Penales de los países de América Latina. Publicación Electrónica de la Suprema Corte de la Nación de México y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Año 2000.
15. Guatemala. Decreto Número 21 – 2006. Ley contra la delincuencia organizada y su reforma. Decreto No. 17 de 2009. Impreso por Librería Jurídica. 2009.
16. Honduras. Código Penal de la República de Honduras. Reforma publicada en la Gaceta del Diario Oficial de la República de Honduras de fecha 17 de septiembre de 1999. Año CXXIII, No. 28, 971.
17. México Código Penal Federal de los Estados Unidos mexicanos. Última reforma publicada: D. O. F. 23 de agosto de 2005.
18. México. Código Penal y de procedimientos penales para el Estado de Nueva León. Avelar editores e impresores S.A. México. 1996.
19. México Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Texto Vigente. Última reforma publicada DOF 20-06-2005.
20. Nicaragua. Código Penal nicaragüense.
21. Nicaragua Ley nicaragüense No. 240/96; “Ley de Control del Tráfico de Migrantes Ilegales”
22. Panamá. Ley No. 79 sobre trata de personas y actividades conexas. De 9 de noviembre de 2011. Gaceta Oficial DIGITAL, de 15 de noviembre de 2011. No. 26912. Disponible en:
http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/26912/GacetaNo_26912_20111115.pdf
23. Código Penal de la República del Paraguay, Ley No. 1160 de 1997. Publicado por el Instituto de Ciencias Penales del Paraguay. Editora Intercontinental. Asunción. Paraguay. Edición 2000.
24. Venezuela. Código Penal de Venezuela.
25. Venezuela. Ley de Extranjería y Migración de 2004 de Venezuela.