

Migraciones, tráfico de personas y otras figuras afines, y la protección penal del normal tráfico migratorio en Cuba

Migrations, human trafficking and other analogous categories, and the punitive protection of the normal migration traffics in Cuba

Autor: Arnel Medina Cuenca

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.73>

**MIGRACIONES, TRÁFICO DE PERSONAS Y OTRAS
FIGURAS AFINES, Y LA PROTECCIÓN PENAL DEL
NORMAL TRÁFICO MIGRATORIO EN CUBA ***

**MIGRATIONS, HUMAN TRAFFICKING AND OTHER
ANALOGOUS CATEGORIES, AND THE PUNITIVE
PROTECTION OF THE NORMAL MIGRATION
TRAFFICS IN CUBA**

**A MIGRAÇÃO, TRÁFICO DE PESSOAS E OUTRAS
FIGURAS AFINS, E PROTEÇÃO CRIMINAL DO
TRÁFICO MIGRATÓRIO NORMAL EM CUBA**

Dr. Arnel Medina Cuenca^a
arnelmedinacuenca@yahoo.es
Fecha de recepción: 1 de Abril 2014
Fecha de revisión: 22 de Abril 2014
Fecha de aceptación: 26 de Mayo 2014

RESUMEN

En los últimos veinte años se ha producido un incremento significativo del tráfico ilegal de personas por aire, mar y tierra, lo que ha llevado a la Comunidad Internacional y a los Estados a adoptar medidas para combatir este flagelo de la humanidad; que al vincularse a las redes del crimen organizado transnacional constituye, en la actualidad, una de las actividades más lucrativas, junto al tráfico de drogas y el de armas.

Cuba ha adoptado medidas legislativas para prevenir y combatir con mayor eficacia el tráfico ilícito de migrantes, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 1999, que le añadió al Código Penal el Título XV sobre los Delitos Contra el Normal Tráfico Migratorio, que ha servido para enfrentar con éxito los crecientes hechos de salidas ilegales vinculadas a redes criminales, que se aprovechan de los beneficios de la Ley de ajuste cubano y de la política del Gobierno de

** Artículo de Investigación, desarrollado por el autor en su ejercicio como profesor titular en la Universidad de la Habana y se remitió a las instancias correspondientes del Estado y el Gobierno de la República de Cuba para el perfeccionamiento de las normas penales cubanas que regulan el tráfico y la trata de personas*

a. Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de La Habana.

los Estados Unidos de favorecer la emigración ilegal y dificultar las vías legales.

En el trabajo se analizan los criterios jurisprudenciales y de la doctrina, en relación con los tipos penales regulados en los artículos 347 y 348 del Código Penal cubano y se realizan las recomendaciones correspondientes para su perfeccionamiento, en futuras modificaciones legislativas.

PALABRAS CLAVES

Tráfico de personas, trata de personas, delincuencia organizada transnacional, delitos de consumación anticipada, ánimo de lucro.

ABSTRACT

In the last twenty years, there has been a significant rise in migrant smuggling by air, sea and land, which has led States and the International Community to take action in order to fight this scourge of the human race, one of today's most profitable activities when combined with international organized crime, drug trafficking and the arms trade.

Cuba has adopted legislative measures against and to prevent migrant smuggling more effectively ever since Act No. 87 of 1999 came into force and supplemented our Criminal Code with Title XV on Crimes Against the Normal Migratory Traffic, a very useful step to deal successfully with the increasing number of illegal departures organized by criminal rings decided to seize on the benefits of the Cuban Adjustment Act and the U.S. Government's policy in favor of illegal emigration and against the legal migration procedures.

The jurisprudence and doctrine regarding the criminal figures laid down in Articles 347 and 348 of the Cuban Criminal Code are discussed, and relevant recommendations are made with a view to their improvement in future legislative modifications.

KEY WORDS

Migrant smuggling, human trafficking, international organized crime, Crimes of anticipated perpetration, profit-making.

RESUMO

Nos últimos 20 anos temos visto um aumento significativo no tráfico de seres humanos pelo ar, mar e terra, o que levou a comunidade internacional e os Estados tomem medidas para combater o flagelo da humanidade; Vinculando-se redes de crime organizado transnacionais constitui, no presente, uma das atividades mais lucrativas, ao lado do tráfico de drogas e armas.

Cuba tem tomado medidas legislativas para prevenir e combater mais eficazmente o tráfico ilícito de migrantes, a partir da entrada e, vigor da Lei nº 87 de 1999, que acrescentou ao Código Penal o título XV sobre os Crimes contra o Tráfico Migratório Normal, que tem servido para enfrentar com sucesso os crescentes atos de saídas ilegais ligados às redes criminosas que exploram os benefícios da Lei de Ajuste Cubano e a política do Governo dos Estados Unidos de incentivar a imigração ilegal e dificultar os canais legais.

No trabalho os critérios de jurisprudência e doutrina são discutidos em relação aos tipos penais regulados nos artigos 347 e 348 do código de Penal cubano e as correspondentes recomendações de melhoria são feitas em alterações legislativas posteriores.

PALAVRAS-CHAVE

Tráfico de seres humanos, tráfico de pessoas, criminalidade organizada transnacional, crimes de tentativa, fins lucrativos.

METODOLOGIA

En el desarrollo de la investigación se aplicaron diversos métodos, como el de análisis y síntesis, para el procesamiento de la literatura jurídica y científica; así como el dogmático jurídico para el análisis de la institución jurídica. De igual forma se empleó el método exegético en el análisis de la norma penal, el jurídico comparado, en el análisis del Derecho positivo Iberoamericano y el inductivo – deductivo para arribar a las conclusiones y recomendaciones.

RESULTADOS

Los resultados están relacionados con el aporte de recomendaciones a las instancias

correspondientes que contribuyan al perfeccionamiento de las normas penales cubanas que regulan el tráfico y la trata de personas y contribuir al estudio del tema migratorio y su vinculación con la delincuencia organizada.

Entre los principales logros de la investigación se destacan las recomendaciones realizadas a las instancias correspondientes del Estado y el Gobierno de la República de Cuba para el perfeccionamiento de las normas penales cubanas que regulan el tráfico y la trata de personas, y el haber contribuido al estudio del tema migratorio y su vinculación con la delincuencia organizada, que fueron incluidas en la información brindada al Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República y el Ministerio de Justicia de la República de Cuba, por acuerdo del Tribunal Permanente para el otorgamiento de los grados científicos en ciencias jurídicas, de diciembre de 2013.

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. 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 desarrollados 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 internacional (Esquivel, 2003, pág. 23). 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 (Bagu, 1985, pág. 233).

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 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*” (Olea, 2004).

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.

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, aunque 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 vulnerabilidad (Olea, 2004, pág. 16).

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 mundo (Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos, 2012, pág. 9)¹.

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 pesadilla (Marín, 2013).

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

¹ 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”.

imposibilidad de los migrantes indocumentados 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.

Es importante también tomar en cuenta 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.

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 personas (Organización Mundial de las Migraciones,

2012)². 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 varios países Latinoamericanos (Pérez Herrero, 2012)³ y también las políticas de inclusión social y los profundos cambios 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 personas (Instituto Nacional de Estadística, 2013)⁴

2 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.

3 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 reprimarización.

4 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%).

(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 550.000 para los periodos indicados (Migración Internacional en las Américas, 2012, pág. 10). Al valorar estas cifras no podemos olvidar que el 92% de los emigrantes de las Américas, se concentran en los Estados Unidos y España (Instituto Nacional de Estadística, 2013, pág. 8).

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 emigrantes (Instituto Nacional de Estadística, 2013, pág. 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 Europea⁵ y en 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 quedó 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 (Lario, 2008, pág. 781)⁶.

Numerosos autores y organizaciones defensoras de los Derechos Humanos, han abordado críticamente esta política migratoria, entre ellos Rafael Lara, quien la resumió con las siguientes palabras: "Que no salgan, si salen que no lleguen, si llegan que sean inmediatamente detenidos y repatriados" (Lara, 2008), que hoy clasifican entre las más citadas por los estudiosos de los temas migratorios en España y América (Martínez, 2009).

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" (Superar Fronteras, 2011, pág. 12).

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 fuerza.

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

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.

5 Ver Directiva 2008/115/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.

6 El debate televisivo se produjo el 3 de marzo de 2008.

para los países emisores, como ya se ha señalado, lo que se conoce como «fuga de cerebros». Estas pérdidas resultan sensibles, como destaca Álvarez Acosta "...mayormente cuando los migrantes han obtenido una buena preparación, en algunos casos gratuitamente y después de migrar no regresan a sus territorios. Este fenómeno es cotidiano en nuestros días" (2005, págs. 16, 17)⁷.

La **migración** comprende el desplazamiento de individuos o pueblos de un país o de una región a otra para establecerse en ella, 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 Internacional (Instituto Nacional de Estadística, 2013, pág. 13).

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 desplazados (Instituto Nacional de Estadística, 2013, pág. 20). La inmigración es interna si las personas cambian de territorio en un mismo país, y es externa si provienen del extranjero.

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.

⁷ 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".

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. Aunque puede responder a muchos tipos de causas, la emigración, así como la inmigración, esta normalmente originada por la necesidad o deseo de alcanzar una mejor condición económica y social.

Todo lo anterior nos motivó para realizar un estudio sobre la temática desde una perspectiva multidisciplinaria teniendo en cuenta que es imposible abordarla, sin dar una mirada trasversal 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, quienes consideran la necesidad de recalcar que no es el Derecho penal la solución a esta problemática, sino solo un instrumento de ultima *rattio* para dar respuesta al ataque a un bien jurídico importante, como es la dignidad humana, que se pone en peligro con el tráfico de personas.

El problema para Cuba es de evidente trascendencia y actualidad; en los últimos 50 años la política de los Estados Unidos de Norteamérica se ha dirigido a estimular la migración ilegal de los ciudadanos cubanos hacia ese país, obstaculizando la posibilidad de que exista un tránsito ordenado y seguro de las personas que desean emigrar, por otra parte, nos hemos visto en la necesidad de adoptar regulaciones internas que enfrenten esta problemática, lo que convierte el tema en algo 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 (Gaceta Oficial de la República de Cuba, 1999) 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 por aire, mar y tierra, 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. Esto nos llevó a preguntarnos, como **problema científico**, ¿cómo 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 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.

El principal objetivo de nuestra investigación ha sido evaluar 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.

Con los objetivos específicos se propuso, en primer lugar, analizar desde una perspectiva global el estado actual del fenómeno migratorio y los Instrumentos emitidos por la Comunidad internacional para enfrentar las migraciones ilegales; así como 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.

Por razones de espacio no se abordan en el presente artículo otros importantes resultados de nuestra investigación, (pendientes para incluir en futuros trabajos), como los relacionados con los fundamentos criminológicos y penales que permiten ofrecer una correcta formulación dogmática al enfrentamiento del tráfico y la trata de personas.

1. EL FENÓMENO MIGRATORIO EN CUBA UN ANÁLISIS IMPOSIBLE DE ELUDIR

Cuba, en las primeras décadas del siglo XX, había sido un país esencialmente receptor de migrantes, procedentes fundamentalmente de los Estados Unidos y de Europa (Álvarez Acosta, 2005, pág. 152 y 153)⁸, aunque siempre tuvo un flujo 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, Cuba se convirtió en emisor, como resultado de la incidencia negativa de la crisis económica, 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 enfrentó 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, además del recrudecimiento del bloqueo económico, financiero y mercantil impuesto por el Gobierno de los Estados Unidos por más de cincuenta años, unido a su política de restringir las migraciones legales desde nuestro país y a

⁸ 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.

favorecer las ilegales, con el objetivo de crearle dificultades al Gobierno cubano.

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, bajo la creencia de que con esta política debilitaban al Gobierno cubano (Barbería, 2010, pág. 104)⁹.

1.1. 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 cubana (Roque, 2004)¹⁰, el cual ha desarrollado una política de estímulo y asistencia a la emigración ilegal desde Cuba, lo 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, sin embargo, 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.

En el segundo semestre de 1960 se organizó, desde el territorio de los Estados Unidos, una de las agresiones más criminales contra el pueblo de

Cuba, 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 Unidos (Álvarez Acosta, 2005, pág. 10). 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 personas¹¹.

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

1.2. 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 Cubanos que deseen vivir en Estados Unidos”, se propició un puente aéreo¹² 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 origen (Aja & Rodríguez, 2003, págs. 61-68).

⁹ La autora precisa también que los Estados Unidos acogieron a casi medio millón de cubanos en los años sesenta y setenta.

¹⁰ 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.

¹¹ Otras 2.014 personas quedaron en Camarioca hasta que fueron recogidos en barcos alquilados por el Gobierno de Estados Unidos.

¹² 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.

En 1966, un año después del inicio del puente aéreo a partir del *Memorandum*, se firma en Estados Unidos la Ley de Ajuste Cubano (Aja & Rodríguez, 2003, pág. 64)¹³ 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 ese 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 inmigrantes (Sorolla Fernández, 2013)¹⁴.

1.3. 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

13 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".

14 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).

pleno proceso de ubicación de los denominados "marielitos", se cerró el Programa para Refugiados Cubanos (Barbería, 2010, pág. 105).

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 radicalmente¹⁵. 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 de siempre, de reducir la inmigración legal, y ordenada, y continuar estimulando la ilegal.

1.4. 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 3.794 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

15 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 "excluíbles" 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.

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 1980 (Barbería, 2010, pág. 105).

El 9 de septiembre de 1994, se firmaron nuevos acuerdos migratorios¹⁶, los que a diferencia de los anteriores estuvieron orientados a controlar la emigración ilegal entre 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 norteamericano¹⁷.

16 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 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.

17 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

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 norteamericanos (Barbería, 2010, pág. 108)¹⁸.

1.5. 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 hasta personas con antecedentes penales, 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 siete años.

La Ley de Ajuste Cubano, de 2 de noviembre de 1966, que ha mantenido su vigencia, como una vía

arriben por vía aérea o terrestre, de forma legal o ilegal.

18 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 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.

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 suscritos entre ambos países (Aja & Rodríguez, 2003, pág. 66)¹⁹.

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 suscritos, pero, como ya apuntamos *supra*, la realidad de los 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 suplementaria (Barbería, 2010, pág. 106).

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 que

19 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".

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, lo que ha llevado a nuestro país a adoptar medidas de índole legislativo, con la penalización, a partir de marzo de 1999, del tráfico de personas (Gaceta Oficial de la República de Cuba, 1999) y la captura y enjuiciamiento de más de un centenar de traficantes residentes en Estados Unidos²⁰.

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.

1.6. 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

20 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.

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 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 cubanas (Manzaneda, 2011)²¹.

1.7. La reforma migratoria de 2012

En 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” (Decreto-Ley No. 302 de 11 de octubre de 2012), 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.

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

²¹ 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.

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 Miami (Editorial Granma, 2012)²².

1.8. A manera de resumen

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 nación (Nacionales Granma, 2013)²³.

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 contribuido en los últimos años a alentar a los grupos vinculados a 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

²² 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”.

²³ 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”.

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 (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.

2. EL TRÁFICO DE PERSONAS DESDE LA VISIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIMITATIVOS AL DERECHO DE CASTIGAR. LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

El Derecho penal se fundamenta en la necesaria tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada ordenamiento protege y tiene, en la pena, el mecanismo oportuno y adecuado como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas establecidas.

Las perspectivas para la determinación de la pena cada día son más controvertidas, porque la misma supone una afectación en los bienes individuales del infractor y sus fines han sido objeto de las más diversas concepciones, sin embargo, en la base de toda esta polémica, se presenta como primer plano formal de discusión, la legitimidad del órgano encargado de definir y aplicar las penas.

El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como doctrinalmente se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad. Ha adquirido rango constitucional y supranacional, cuya problemática en la actualidad, atraviesa por la necesaria materialización de ese derecho, sin vulnerar los derechos que también ha adquirido el hombre y que le colocan en una situación, en la cual, puede exigir los mismos y limitar el poder del Estado.

Para ello la doctrina ha estructurado un conjunto de principios, denominados limitativos, al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante las posibles arbitrariedades del Estado.

La facultad del Estado de crear normas penales y de aplicarlas a los comisores de delitos, denominada potestad punitiva o *ius puniendi*, se legitima en la necesidad de garantizarle a los ciudadanos el disfrute de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución, que constituye una atribución que es inherente al propio poder estatal, para el mantenimiento de la convivencia pacífica y organizada.

Para asegurar que este proceso no se traduzca en la vulneración de los derechos de los ciudadanos, se enarbolan principios como el de legalidad, intervención mínima, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, igualdad, resocialización y otros que se erigen como escudos protectores del individuo.

Le corresponde a las constituciones nacionales de los Estados precisar los valores fundamentales de cada sociedad y a las normas de desarrollo, así como a otras leyes del ordenamiento jurídico, determinar, por una parte, los derechos que van a recibir protección del Derecho penal y, por la otra, el sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores en su labor de instituir delitos y penas, y de los jueces y tribunales a la hora de aplicarlas a quienes los cometen.

La potestad estatal de castigar se materializa en dos sentidos: primero en la posibilidad de legislar que se encarga a los parlamentos, mediante la cual se traduce la voluntad del Estado de recoger en tipos penales aquellas conductas más intolerables que recaen sobre bienes jurídicos relevantes, que resultan imprescindibles proteger con mayor severidad, dibujándose en la ley penal, el tipo y la pena tipo y de ahí, entonces, se deriva su segundo sentido, encargar ésta aplicación al órgano jurisdiccional.

Es precisamente a partir de la concepción del Estado de Derecho, que se justifica la aplicación del Derecho penal, en la medida que resulte imprescindible para proteger los derechos de todos, a partir del hecho de que su propia aplicación supone una restricción de los derechos de las personas. Al respecto (Muñoz Conde &

García Arán, Derecho Penal. Parte General., 2007), afirman que: “La legitimidad del Derecho penal o poder punitivo del Estado proviene, pues, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (art. 10.2) que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio” (pág. 78)²⁴.

Junto a la indiscutible legitimidad, que tiene el Estado para instituir delitos y penas y en consecuencia aplicar sanciones penales a los que cometan delitos, también se legitiman los principios, denominados limitativos del derecho de castigar, que como el de legalidad de los delitos y las penas, intervención mínima, proporcionalidad de las penas, resocialización, humanidad y otros de tipo sustantivo y procesal, que han llegado a tener rango constitucional entre los derechos y libertades fundamentales y en su conjunto se erigen como escudos protectores del individuo frente al actuar del Estado, que van a configurar un Derecho penal garantista y respetuoso de la libertad y dignidad humanas²⁵.

Esta estrecha vinculación entre la definición de los valores fundamentales que el Estado tiene el deber constitucional de proteger a través del Derecho penal, ha llevado a algunos autores a definir al Derecho penal, “como aquella parte del Derecho constitucional que se encarga de tutelar los valores fundamentales definidos en la Constitución” (Mateu, 1999).

Los fundamentos de lo que hoy conocemos como el principio de intervención mínima, los podemos encontrar en las luchas contra los poderes ilimitados que se concentraban en manos de los monarcas, en la segunda mitad del siglo XVIII, los cuales dieron origen a la doctrina política del liberalismo, caracterizada por importantes reivindicaciones sociales, en el

ámbito personal, religioso y económico, que en relación con el Derecho penal se materializaron en la lucha contra las leyes penales rígidas y la severidad de las penas.

La mayor expresión de los ideales del liberalismo en el Derecho penal fue César Bonesana, Márquez de Beccaria, quien con su “Tratado de los delitos y las penas”²⁶ (Cabanellas de Torres, 1993, pág. 27), lanza los fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo, que sustentaron las proposiciones doctrinales presentadas más tarde, y que llegan hasta nuestros días (Asúa Batarrita, 1990, págs. 9-10).

El sistema presentado por Beccaria está constituido básicamente por un elenco de garantías que limitan la intervención punitiva del Estado, que era el reclamo de la sociedad de la época, o sea, limitar el poder del soberano a través de la libertad e igualdad del ciudadano, lo que responde a una nueva perspectiva, basada en la valorización de la persona, con afirmación del principio de la dignidad humana, donde ésta ya no es vista como cosa, sino asegurando su libertad e igualdad (Milanese, 2013).

Según este principio, denominado, a partir de Muñoz Conde “principio de intervención mínima”, el Derecho penal ha de ser la “última ratio”, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos 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 incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención - con la dureza de sus medios - sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras (Luzón Peña, 1996, pág. 82).

En estrecha conexión con tal principio está el llamado «carácter fragmentario del derecho

24 El artículo 10.2 mencionado se refiere a la Constitución española del año 1978.

25 Al respecto, valorar la postura de González Quintanilla, (1999, pág. 19) donde afirma que “El Derecho penal protege los más preciosos bienes (valores), constituyendo por tal motivo, la fórmula drástica para que el Estado pueda ejercer materialmente la conminación y coercibilidad cuando se transgrede la salvaguarda de dichos valores, en aras del bien común para una buena convivencia social, por supuesto, también sirve para ser utilizado en aspectos ajenos totalmente a tal finalidad, ya que, este instrumento en manos de la autoridad, lamentablemente puede ser usado para diversos logros”.

26 *Dei Delitti e delle Pene* fue publicado por vez primera en 1764, cuando César Bonesana contaba con 26 años de edad. La primera edición apareció en forma anónima, en Livorno, y fue publicada por el editor Coltellini.

penal», según el cual el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino solo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes (...) (Luzón Peña, 1996, pág. 83).

De acuerdo con Luzón Peña (1996), corresponden a otras ramas del Derecho los ataques menos graves, “de ahí que se diga que el Derecho penal tiene carácter «subsidiario» frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico”(pág.83)

Muñoz Conde y García Arán destacan el hecho de que al Derecho penal, en el contexto del ordenamiento jurídico, le corresponde la tarea más ingrata:

La de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de «última ratio»; es decir, cuando el ataque no sea tan grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas la aplicables. (2007, pág. 79).

La presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal constituye un presupuesto para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, pero en consecuencia con el principio de subsidiariedad, se exige además que la intervención del Derecho penal, resulte necesaria, que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas. Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: el de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y al mismo tiempo, cuando resulte necesaria la intervención del Derecho penal, se deben preferir las penas, que sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas.

Al referirse a la vigencia del principio de subsidiariedad Jakobs (1995), 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 u otras (...) (pág. 60).

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 drásticas*” (pág. 61).

La aplicación consecuente del principio de intervención mínima, como tendencia general, debe conducir a la reducción del sistema penal, lo que no significa que en determinadas circunstancias en que aparezcan nuevas áreas que requieran de la intervención punitiva del Estado no se tipifiquen otras figuras delictivas o se agraven las penas previstas para determinados delitos, como ocurrió en España con la introducción de elementos de los denominados delitos informáticos²⁷ y en Cuba con la agravación de las sanciones para los delitos relacionados con el tráfico de drogas²⁸. “*De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva, o lo que es lo mismo, que esta se lleve a cabo cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos*” (Mir Puig, 1994, págs. 151-152).

Roxin (1998, págs. 49-50), valora la despenalización en un doble sentido, por la vía del no castigo en un Estado de Derecho de una conducta que atentase sólo contra la moral, la religión o que condujere exclusivamente a la auto puesta en peligro, en la cual puede producirse una anulación sin sustitución de aquellos preceptos penales que no son necesarios para el mantenimiento de la paz social, pues entre las funciones que se le asignan al Derecho penal, no se encuentra la inhibición de semejantes formas de conducta, sino que éste debe impedir el perjuicio

27 La Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, modifica, entre otros, los artículos 248, inciso 3, 270, inciso 3 y el 286, inciso 1 del Código Penal.

28 La Ley No. 87 (Gaceta Oficial de la República de Cuba., 1999) en su artículo 10 incrementó los límites de las sanciones de los delitos de tráfico de drogas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares, para los casos más graves, vinculados al tráfico internacional, o cuando los hechos se cometen por funcionarios públicos, autoridades o sus agentes o con la participación de menores de 16 años de edad.

ajeno y tutelar las condiciones de la existencia social. Y a través del principio de subsidiariedad se abre una segunda vía en el ámbito de la despenalización, que significa que sólo debería conminarse bajo sanción penal una conducta socialmente lesiva, allí donde la superación de la perturbación social no se puede alcanzar con otros medios extra-penales de menor injerencia, como ocurre con las sanciones administrativas del orden público que, por regla general, en la actualidad son sancionables con simples multas.

Para Morillas Cuevas los constantes avances y retrocesos que se producen en la tarea de consolidar una política penal, en la que sin dejar de proteger los bienes jurídicos, prevalezca la tendencia reduccionista en la aplicación del Derecho penal, por diversas razones generalmente mediáticas y al servicio de los intereses de las nuevas fórmulas del mercado, continua siendo una aspiración de numerosos tratadistas, que ven con preocupación la tendencia imperante en muchos países²⁹ a una criminalización excesiva

29 A modo de ejemplo, en la legislación española, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que establece medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que, introduce negativos criterios retribucionistas, que se distancian de los fines de resocialización de las penas, con el argumento, expresado en la exposición de motivos de la Ley, de perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada doctrina penal, se continua señalando en la exposición de motivos, que el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento. Un ejemplo claro de cómo se relativizan los principios y garantías, en correspondencia con la filosofía del denominado Derecho penal del enemigo, es el siguiente párrafo de la exposición de motivos de la Ley Orgánica No. 7/2003: "La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto". Que se adopten medidas de mayor severidad con los terroristas, cuenta con un alto grado de aceptación, pero la cuestión se complica cuando se le añaden "los más graves delincuentes" y las medidas se van extendiendo a una categoría no muy precisa de personas sancionadas a privación de libertad, con una tendencia al incremento de las categorías a incluir, como es el caso de las bandas organizadas, pues precisamente la tendencia actual de la criminalidad es al desarrollo de este tipo de asociaciones delictivas. Recientemente, la Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio (BOE Núm. 152. Miércoles 23 de junio de 2010 Sec. I. Pág. 54811), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal Español, ha incrementado

de determinadas conductas y a un irreflexivo aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito (2004, pág. 110)

Al respecto Morillas Cuevas, coincide con Silva Sánchez, en destacar cómo se constata:

La existencia de una tendencia claramente dominante hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los existentes, que puede enclavarse en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho procesal penal; creación de nuevos bienes jurídicos-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía que proyectan una clara tendencia hacia un desorbitado expansionismo que se manifiesta en diversos niveles de preocupación garantista y científica. (Morillas Cuevas, 2005).

El profesor Zaffaroni ha expresado, 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

las penas de varios delitos y ha creado la muy discutida medida de seguridad de libertad vigilada, que se impone en la sentencia junto a la pena privativa de libertad, para que sea ejecutada con posterioridad a su cumplimiento, con una duración de hasta diez años.

Solo a modo de ejemplo podemos señalar lo regulado en el artículo 379 inciso 1 del CPE, tal y como quedo modificado por la referida Ley Orgánica, de 22 de junio de 2010, que sanciona con penas de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, al que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente y la forma en que quedo redactado el artículo 384, que prevé penas de prisión de tres a seis meses o de multa de doce a veinticuatro meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, para los que condujeren un vehículo de motor o ciclomotor, en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente y también al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

más muertes y dolor que las propias guerras. (Zaffaroni E. , 2007).

El surgimiento de nuevas y complejas formas de criminalidad en los últimos tiempos, y especialmente las relacionadas con la denominada criminalidad organizada, justifica que junto al proceso de discriminación de determinadas conductas de escasa peligrosidad social, exista en la actualidad una tendencia a criminalizar otras, como el blanqueo de dinero, el tráfico de drogas, la corrupción, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, que han sido recogidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y sus dos Protocolos (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004) ³⁰. 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.

En relación con el tráfico y la trata de personas, se destaca el hecho de que aunque se trate de conductas que han existido en diferentes épocas con determinadas características, lo cierto es que el incremento de las desigualdades entre el norte, desarrollado, y el sur, empobrecido, ha alterado la composición, fluidez e intensidad de las migraciones y ha modificado su distribución geográfica, con la participación creciente de redes criminales.

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". Conjuntamente con la Convención se abrieron a la firma dos protocolos complementarios, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

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 que, en este caso, lo constituye a nuestro juicio, el normal tráfico migratorio y la protección de los derechos de las víctimas del tráfico, presupuestos necesarios para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas. En consecuencia, con el principio 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 cual se materializa en la práctica internacional de criminalizar a los traficantes y proteger, en lugar de penar, a los traficados, quienes son las víctimas.

En los últimos años se ha desarrollado un proceso creciente de elevación de las penas de prisión, la pobreza o el desarraigo social hacen que los delincuentes eviten por todos los medios ingresar en prisión; aun a costa de eliminar los testigos. Los delitos son cada vez más violentos, innecesariamente violentos, salvo para evitar identificaciones posteriores y destruir pruebas³¹ como consecuencia de una política de castigo penitenciario desmesurado, incluso para delitos mínimos. Esto tiene como resultado una ampliación de la violencia en la sociedad y la aparición de una delincuencia ultraviolenta, que se traduce en un mayor hacinamiento carcelario y más presión sobre los gobiernos desde la empresa privada y la sociedad, para buscar soluciones, que no siempre corresponden con una estrategia de enfrentamiento a las bandas criminales científicamente elaborada y coherente con la realidad social.

La realidad de la vigencia del principio de intervención mínima en nuestros días se ha visto cuestionada, también, con la creciente protección de bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito del Derecho penal, como el medio ambiente, para los que ahora se alzan, cada vez con mayor fuerza, voces reclamando por su tutela en la esfera de lo penal. Son bienes jurídicos supraindividuales o macrosociales y no individuales, y su protección se refiere no sólo a

31 Frecuentemente se denuncian casos de traficantes de personas que ante el peligro de ser abordados en alta mar lanzan por la borda a los traficados, para eliminar las pruebas en su contra, utilizando los mismos métodos de los traficantes de esclavos de los siglos XVII y XIX, cuando la flota inglesa abordaba los navíos que se dedicaban a la trata negrera.

una afectación o un peligro concreto de lesión de estos bienes jurídicos, sino también a un peligro abstracto (Hassemer, 1993, pág. 640)³².

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” (Muñoz Conde, 2000, pág. 48).

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 (Milanese, 2013, pág. 18).

Las crecientes exigencias de aplicar una mayor severidad penal a partir de diferentes posiciones, para responder a las aparentes demandas de la sociedad, que generalmente son alentadas por los medios de comunicación, que responden a determinados sectores de la opinión pública, provoca que cuando el legislador sustenta su política criminal en semejantes reivindicaciones,

se corre el riesgo de incorporar al ordenamiento respuestas penalizadas a problemas falsos, en la medida en que el énfasis punitivista se alimenta de las noticias que aparecen en dichos medios de comunicación de masas, para los cuales, ni todos los sucesos se convierten en noticias, ni todas las que se convierten en tales, tienen la repercusión necesaria para crear «alarma»; en la sociedad. (Alcalá Sánchez, 2010, pág. 18).

De esta forma la técnica de legislar sobre la base de los resultados de los estudios criminológicos y de las investigaciones científicas, se sustituye por las campañas publicitarias, que no contribuyen al necesario equilibrio que debe existir entre la utilización del poder punitivo por

parte del Estado y la aplicación de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad de las penas.

Es precisamente en este contexto, en el que ha ido cobrando fuerza la teoría del derecho penal del enemigo, que postula “despersonalizar” a los enemigos y, por ende, no someterlos a las penas medidas conforme a la culpabilidad, sino “contenerlos” para neutralizar su peligro. No es más que la reiteración de “las medidas de seguridad” para los multirreincidentes, habituales, etc, o sea penas sin culpabilidad (Zaffaroni E. R., 2010, pág. 32).

Las principales características del derecho penal del enemigo las podemos resumir en la construcción de tipos penales que suponen un adelantamiento al momento de la comisión del hecho delictivo, el retorno a las penas sin culpabilidad, el argumento de la necesidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente al enemigo, penas desproporcionadas, recorte de las garantías procesales para determinados tipos de delinquentes y de delitos, y una disminución y transformación de las instituciones dogmáticas. A tales fines, la utilización de leyes excepcionales o de emergencia, ha venido a alterar las fuentes de legitimación de un Derecho penal propio del Estado de Derecho.

Coincidimos con Milanese (2013, pág. 12) en que en el denominado Derecho penal moderno existe la evidente quiebra del principio de intervención mínima, lo que es inadmisibles en el Estado de Derecho, así que, o se elimina una parte (o incluso la totalidad) de esa modernidad, o se corre el riesgo transformar el Derecho penal en un simple símbolo, perdiendo su carácter de principal medio de coacción jurídica y de control social.

Por más que el Derecho penal clásico necesite de transformaciones, a fin de atender las nuevas necesidades sociales, el núcleo de esos cambios no puede representar, de manera alguna, la infracción de los principios fundamentales que sustentan los requerimientos básicos de convivencia de los seres humanos.

Otros principios limitativos del derecho de castigar, como la proporcionalidad, resocialización y humanidad de las penas, entre otros, también tiene su incidencia en tratamiento del tráfico

³² Traducción al castellano por Francisco Muñoz Conde.

de personas y la situación de las víctimas, pero su análisis detallado será objeto de otra investigación.

3. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL TRÁFICO Y LA TRATA DE PERSONAS

Durante el siglo XX, La Convención sobre la Esclavitud (Trejo, 2006, pág. 3), 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 Ajena (Trejo, 2006, pág. 10), consolidando otros acuerdos internacionales que databan de 1904. Los Estados parte se comprometían a: prevenir la 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 prostitución (Espinoza Berrocal, 2005, pág. 3).

En 1956, durante 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 internacional (Rivero, 2001); la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y otros muchos³³.

3.1. 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 familiares (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2005), 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 de sus familiares, constituyen el 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 nacionales (Medina Cuenca & Goite Pierre, 2011).

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

³³ 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.

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 irregular³⁴ 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 el de 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 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. Esto implica: asegurar que los migrantes puedan regresar a su país de origen si así lo

34 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.

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, Guy Ryder, 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 discriminación. (2013, pág. 1)

Las mujeres, los trabajadores jóvenes y las personas poco cualificadas, y en situación irregular, son especialmente vulnerables a la explotación. A los trabajadores migrantes 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. 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 comunidades (Ryder, 2013, pág. 2)³⁵.

35 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. (Amnistía Internacional, 2013, págs. 17-18).

Del total de 20,9 millones de trabajadores forzados, 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 rebeldes (Organización Internacional del Trabajo, 2012)³⁶.

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. También tiene el deber 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, aún, 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 adecuadas (Organización Internacional para las Migraciones, 2013, pág. 181).

³⁶ 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.

3.2. 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 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. 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 preceptos³⁷.

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 cual 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.

³⁷ Artículo 2 de la Convención.

3.2.1. 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 miembros³⁸ 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. También fue consecuencia del notable aumento de las actividades de los grupos delictivos 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, 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 Preámbulo³⁹ 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. De igual forma se expresa la 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

³⁸ Ratificado por Cuba, el 20 de junio de 2013.

³⁹ 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.

en esta actividad lucrativa de tráfico de seres humanos, que se desarrolla por delincuentes inescrupulosos; quienes 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. 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 tráfico⁴⁰.

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 décimo 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 medios y métodos utilizados para ocultar o transportar personas, las experiencias de carácter legislativo⁴¹.

Otras medidas reguladas por el Protocolo⁴², 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

⁴⁰ Artículos 1 y 2.

⁴¹ 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”.

⁴² 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).

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.

3.2.2. 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. 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 Parte⁴³ para lograr esos fines⁴⁴.

Este 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/as⁴⁵.

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 Protocolo⁴⁶, lo que evidencia una especial protección de los menores de edad.

⁴³ Ratificado por Cuba, el 20 de junio de 2013, (MINREX Cuba, 2012).

⁴⁴ 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”.

⁴⁵ Artículo 9.5 del Protocolo.

⁴⁶ 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.

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 internacionalmente⁴⁷, 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 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.

3.3. Los aportes de la comunidad internacional en defensa de los derechos humanos de las víctimas del tráfico y la trata de seres humanos

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

⁴⁷ Artículo 5 del Protocolo.

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, quienes no en todos los casos dedican los recursos necesarios para prevenir y combatir este flagelo de la humanidad; 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 niños⁴⁸.

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,

⁴⁸ 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.

India y Sudáfrica (Amnistía Internacional, 2013, págs. 17-18).

A lo anterior se une el hecho, indiscutible, 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, 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.

Este 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.

4. UNA BREVE MIRADA AL DERECHO POSITIVO DE TRES PAÍSES IBEROAMERICANOS

En la legislación española, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica No.4 de 11 de enero del año 2000, con la introducción del Título XV bis, denominado "delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros" se tipificó como delito el tráfico ilegal de personas, que incriminaba como conducta integradora del tipo básico a los que lo promuevan, favorezcan o faciliten, con lo que incluyeron en un solo apartado del artículo 318 bis del Código penal, las tres posibles modalidades de esta tipicidad delictiva; es decir, la salida, la entrada con destino al país y en tránsito hacia un tercer país⁴⁹.

⁴⁹ El legislador español tanto en la reforma de once de enero de 2000, como en las sucesivas transformaciones de que ha sido objeto el referido artículo 318 bis, ha dejado para una figura agravada del apartado dos el requisito del ánimo de lucro, conjuntamente con el empleo de violencia o intimidación, engaño o abuso de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima; entre otras circunstancias de agravación que se han ido incorporando en sucesivas modificaciones; mientras que en el apartado cinco se agrava la sanción cuando se trate de casos de delincuencia organizada.

Con anterioridad, el Código Penal Español, en su artículo 313, en el título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores, había tipificado como delitos tanto la inmigración como la emigración ilegal de trabajadores.

La Ley Orgánica No. 11/2003, de 29 de septiembre⁵⁰ incorpora al artículo 318 bis del Código Penal Español elementos de dos importantes iniciativas del Consejo de la Unión europea, la Decisión marco de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI) y la Decisión marco de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares (2002/946/JAI).

En relación con el tipo básico del apartado uno del artículo 318 bis, a la conducta típica de promover, facilitar o favorecer el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, se le añade el hecho de que la promoción, facilitación o favorecimiento al tráfico o a la inmigración clandestina⁵¹ puede ser tanto directa como indirecta. Además se incrementa sustancialmente la pena de prisión, que pasa a ser de cuatro a ocho años (Villacampa Estriarte, 2004).

En el apartado segundo se incluye como figura agravada, castigada con una pena de cinco a diez años de prisión, cuando el propósito del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas⁵². Por lo tanto se produce una mezcla de del tráfico con la trata de personas, que, por otra parte, deja fuera de la trata los elementos de tipicidad relacionados con la explotación laboral y el tráfico de órganos, lo que pudiera considerarse como una afiliación del legislador español de 2003, a la consideración de que el tráfico es una denominación genérica que comprende tanto la trata de personas (Hairabedian, 2009, pág. 13)

50 Boletín Oficial del Estado No. 234 de 30 de septiembre de 2003. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

51 Resulta muy discutible el hecho de que la conducta típica, fuera sustancialmente ampliada con la introducción de la inmigración clandestina, que va más allá de lo que podemos definir racionalmente como tráfico de personas.

52 Boletín Oficial del Estado No. 234 de 30 de septiembre de 2003. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Artículo trece, modificativo del 318 bis del Código Penal Español.

(con fines de explotación), como el contrabando de inmigrantes (traspaso ilegal de fronteras con la anuencia del transportado). Esto corresponde con las tendencias de las normas de la Unión Europea de identificar el concepto de tráfico con el de trata; lo que ha tenido muy poca aceptación en la doctrina, debido a que no obstante las semejanzas existentes entre ambas figuras delictivas, las diferencias también resultan significativas.

En 2007, por medio de la Ley Orgánica No. 13/2007 de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas⁵³, se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con el objetivo de declarar competente a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, en varios delitos relacionados fundamentalmente con el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000⁵⁴, de la que España es Estado Parte desde febrero de 2002. Entre estos delitos se encuentran el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, cuya modalidad básica fue nuevamente modificada, en el sentido de precisar que el destino del tráfico o la inmigración clandestina, ya no será solo con destino a España, sino también puede ocurrir hacia también a otro país de la Unión Europea⁵⁵.

Finalmente por la reforma operada por la Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio⁵⁶, se suprime el contenido del apartado 2 del artículo 318 bis y los antiguos apartados 2,4,5 y 6, son reenumerados como 2,3,4 y 5, manteniendo sin nuevas modificaciones a la figura básica del delito prevista en el apartado uno⁵⁷. Se concentran de

53 Boletín Oficial del Estado No. 278 de 20 de noviembre de 2003. Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

54 Ratificada por el Estado Español mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 29 de septiembre de 2003.

55 El artículo segundo, apartado 2, de la Ley Orgánica 13/2007 modifica el apartado uno del artículo 318 bis del Código Penal Español en el sentido indicado.

56 Boletín Oficial del Estado No. 152 de 23 de junio de 2010. 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.

57 La Ley Orgánica No. 13/2007, de 19 de noviembre, regula la figura básica del delito de tráfico ilegal o de inmigración clandestina de personas, en el apartado dos del artículo segundo, de la forma siguiente:

esta forma en un solo precepto, las conductas relativas al tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas y se ha tipificado de modo específico y separado, en el Título VII bis, de nueva incorporación al Código Penal, la trata de seres humanos⁵⁸.

En el Preámbulo de la referida Ley Orgánica 5/2010, se afirma al respecto:

El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos⁵⁹.

Por otra parte, con la ubicación de ambas figuras delictivas en títulos diferentes del Código Penal Español, se resuelven también los problemas creados por la reforma del 2003, tales como: La no inclusión entre los elementos de tipicidad de la trata de personas, de los casos en que los fines estuvieran relacionados con las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares y con la extracción de los órganos corporales a las víctimas de la trata. Soluciona también un problema: Al estar tipificada en un Título del Código Penal, cuyo objeto de protección

son los derechos de los extranjeros⁶⁰, no era de aplicación cuando la víctima era un nacional; sin tener en cuenta el hecho de que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios⁶¹.

Otro elemento significativo de la referida reforma penal del 2010, en relación con el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, resultó la incorporación al apartado cuarto del artículo 318 bis, de un párrafo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fijando la cuantía de la pena para los casos en que sean responsables de los delitos previstos en el Título XV bis del Código Penal Español⁶².

El Código Penal de El Salvador de 1998, en su artículo 367, tipificó como delito el comercio de personas, en el título XIX, dedicado a los delitos contra la humanidad, lo que evidencia la importancia que el legislador salvadoreño, le ha dado a la necesidad de penalizar estas conductas.

A finales del 2001, mediante el el Decreto Legislativo N° 568, del 4 de octubre del 2001 El Salvador incorporó en su Código Penal el delito de Tráfico ilegal de personas⁶³, sancionado con penas de prisión de 4 a 8 años a la persona que "por sí o por medio de otra u otras, en contravención a la ley, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue transporte o gufe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países"⁶⁴...

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.

58 La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorpora el Título VII bis: "De la trata de seres humanos", cuya figura básica ha quedado redactada de la forma siguiente:

Artículo 177 bis:

1.- Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transporte, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La extracción de sus órganos corporales.

59 Boletín Oficial del Estado No. 152 de 23 de junio de 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pág. 54816.

60 El Título XV bis.

61 Véase el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pág. 54816, en el Boletín Oficial del Estado No. 152 de 23 de junio de 2010.

62 Véase los artículos 31 y 33.7 del Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, tal y como quedo modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

63 El artículo 367A fue incorporado por el Decreto Legislativo N° 568, del 4 de octubre del 2001, publicado en el Diario Oficial N° 193, Tomo 353, del 12 de octubre del 2001.

64 En los párrafos siguientes del propio artículo 367^a penaliza también las conductas siguientes: Con igual pena, será sancionada la persona que albergue, transporte o gufe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países.

posteriormente, en el año 2004, se añade la trata de personas⁶⁵. Llama la atención, en sentido positivo, la amplitud de elementos de tipicidad con que se tipificó esta modalidad del tráfico de personas, que incluye la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, la extracción de órganos, las adopciones fraudulentas y los matrimonios forzados.

Guatemala es también de los países Latinoamericanos que contiene en su Código Penal de 1973, regulaciones sobre el tráfico de migrantes, relacionadas solamente con una de sus manifestaciones más crueles e inhumanas: la trata de personas⁶⁶. Por otra parte los delitos relacionados con el tráfico de personas se regulan por la Ley de Migración⁶⁷ de 1998,

En igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta trataren de hacer o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad; o los que utilizaren documentación auténtica, cuyo titular es otra persona. Si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes.

65 El delito de trata de personas, como quedo regulado en el artículo 367B, fue incorporado al Código Penal de El Salvador por el Decreto Legislativo N° 457 del 7 de octubre del 2004. Reformas al Código Penal, en el Título XIX, Delitos Contra la Humanidad, Capítulo Único, el que quedo redactado de la forma siguiente:

“Art. 367-B.- El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional con el propósito de obtener un beneficio económico reclute, transporte, traslade, acoja o recepte personas, dentro o fuera del territorio nacional, para ejecutar cualquier actividad de explotación sexual, mantenerlas en trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, o para extracción de órganos, adopciones fraudulentas o celebración de matrimonios forzados, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión.

Todo aquel que facilitare, promoviere o favoreciere cualquiera de las actividades anteriores será sancionado con pena de tres a seis años de prisión.

Cuando las acciones descritas se realizaren en locales comerciales o de cualquier naturaleza que requiera permiso de autoridad competente, ésta deberá revocarlo procediendo al cierre inmediato del mismo.”

66 Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73 de 5 de julio de 1973. Códigos Penales de los países de América Latina. Publicación electrónica ya citada.

67 La Ley de Migración de Guatemala fue promulgada el 26 de noviembre de 1998 por el Decreto Número 95-98. En el Título X: De los delitos y las faltas. Capítulo I, tipifica los delitos siguientes: 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. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 5 a 8 años inmutables.

Artículo 104. Comete el delito de tránsito ilegal de personas: quien promueva o facilite el ingreso y tránsito de una o más personas sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país, con el fin de trasladarlas con destino

En correspondencia con las obligaciones contraídas con la comunidad internacional, en su condición de Estado parte⁶⁸ de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional desde el año 2006, Guatemala cuenta con una Ley contra la Delincuencia Organizada⁶⁹. 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.

En relación con el tráfico de personas considera como grupo organizado u organización

a otro país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 5 a 8 años inmutables.

Artículo 105. Comete el delito de transporte de ilegales, la persona que conduzca o ponga a disposición, cualquier medio de transporte con el fin de transportar a personas extranjeras que hayan ingresado o permanezcan en forma ilegal dentro del territorio guatemalteco. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 3 a 6 años.

Artículo 106. Comete el delito de ocultación de ilegales, la persona que permita la ocultación de personas extranjeras que hayan ingresado o permanezcan dentro del territorio guatemalteco, sin cumplir con los requisitos legales, en cualquier bien mueble o inmueble, con el fin de ocultarlo en su tránsito a otro país o para facilitar su permanencia en el mismo. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres a seis años.

Artículo 107. Comete el delito de contratación de ilegales, la persona individual o jurídica que contrate los servicios de extranjeros que permanezcan en el país sin cumplir con los requisitos legales por no contar con la documentación requerida por la Dirección General de Migración para su permanencia en el país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a cinco años.

Artículo 108. Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores comprendidos en este título, se realicen respecto de menores de edad, en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de las personas, o bien cuando sean cometidas por funcionario o empleado público, la pena será aumentada en una tercera parte.

68 El Estado de Guatemala, suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el 12 de diciembre de 2000 y la aprobó mediante el Decreto Número 36 de 2003.

69 Decreto Número 21 - 2006. Ley contra la delincuencia organizada y su reforma. Decreto No. 17 de 2009. Impreso por Librería Jurídica. 2009. En el Capítulo Primero, Artículo 1, sobre el objeto y naturaleza de la Ley, precisa que: “La presente Ley tiene por objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales, el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala, y leyes ordinarias”.

criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y actúe concertadamente con el propósito de cometer diferentes delitos, entre los que se encuentran los delitos contenidos en la Ley de Migración⁷⁰ el ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas y transporte de ilegales.

5. ENTRADA Y SALIDA ILEGAL DEL TERRITORIO NACIONAL Y TRÁFICO DE PERSONA EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO. ALGUNAS DIFERENCIAS COMO PUNTO DE PARTIDA

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 señaladas, tomando en consideración que el “orden público”⁷¹ era la plataforma que salvaguarda esa conducta, 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. Mientras tanto la figura delictiva del artículo 347, referido al tráfico, sí incluye el requisito que la actividad se realice con el propósito de obtener

directa, o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

En los delitos contra el normal tráfico migratorio el bien jurídico protegido es el normal desarrollo del tráfico migratorio y la protección de los derechos de las personas que son objeto del tráfico ilícito de migrantes. Dicha protección, dada la complejidad y las formas de comisión de este delito, está necesitada de una especial atención 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 la seguridad jurídica del Estado, la protección de las fronteras, del transporte aéreo y marítimo y, en especial, de la integridad física y la vida de las personas con singular protección a los niños, adolescentes y personas con discapacidad y de los derechos humanos de los ciudadanos, consagrados constitucionalmente.

Otra diferencia entre el delito de tráfico de personas, previsto y sancionado por los artículos 347 y 348 del Código Penal, y el de salida ilegal del territorio nacional del artículo 216, consiste en que, mientras en el segundo estamos en presencia de un delito de consumación anticipada, como señalamos anteriormente, en el primero, el legislador decidió incluir en la figura del delito, junto al ánimo de lucro, como verbos rectores, los términos: organizar y promover⁷². Esto, en la práctica, significa que en este delito no son de aplicación las regulaciones de la Parte General del Código Penal, referidas a la tentativa⁷³.

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; quienes en realidad son víctimas de este lucrativo negocio. Por otra parte en el delito de Salida Ilegal del Territorio Nacional, previsto en los artículos 216 y 217 del Código Penal, en el Título IV de los Delitos Contra el Orden Público, se sanciona la simple salida, o el hecho de organizar, promover o incitar, de manera que al no concurrir los elementos

⁷⁰ El artículo 2, apartado b, incluye expresamente, entre los delitos incluidos en la Ley el ingreso ilegal de personas, el tránsito ilegal de personas y el transporte de ilegales.

⁷¹ TITULO IV DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. CAPITULO XI. ENTRADA Y SALIDA ILEGAL DEL TERRITORIO NACIONAL. SECCION PRIMERA

Entrada Ilegal en el Territorio Nacional

ARTICULO 215.1. El que, sin cumplir las formalidades legales o las disposiciones inmigratorias, entre en el territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

2. Está exento de responsabilidad penal el que realiza el hecho descrito en el apartado anterior en busca de asilo.

SECCION SEGUNDA

Salida Ilegal del Territorio Nacional

ARTICULO 216.1. El que, sin cumplir las formalidades legales, salga o realice actos tendentes a salir del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

2. Si para la realización del hecho a que se refiere el apartado anterior, se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años.

3. Los delitos previstos en los apartados anteriores se sancionan con independencia de los que se cometan para su ejecución o en ocasión de ella.

ARTICULO 217.1. El que organice, promueva o incite la salida ilegal de personas del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

2. El que preste ayuda material, ofrezca información o facilite de cualquier modo la salida ilegal de personas del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

⁷² Véase el artículo 18, apartado segundo, inciso b del Código Penal cubano, que considera autores a “los que organizan el plan del delito y su ejecución”.

⁷³ Código Penal cubano, artículo 12.

para integrar el delito de tráfico de personas⁷⁴, 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 la fiscalía no está ejerciendo la acción penal, en correspondencia con los acuerdos migratorios existentes entre los Gobiernos de Cuba y los Estados Unidos (Aja & Rodríguez, 2003, pág. 116)⁷⁵.

6. EL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS LA LEGISLACIÓN PENAL CUBANA

El delito de tráfico de personas⁷⁶ fue introducido en nuestra legislación penal, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 1999 en el Título XV del Código Penal sobre los Delitos Contra el Normal Tráfico Migratorio.

⁷⁴ Como ocurre, a modo de ejemplo, cuando se organice una salida familiar en una embarcación rústica.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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).

CAPÍTULO I : TRAFICO DE PERSONAS:

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 el 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:

el hecho se efectúa portando el comisor un arma u otro instrumento idóneo para la agresión, en la comisión del hecho se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas;

en la comisión del hecho se pone en peligro la vida de las personas o resultan lesiones graves o la muerte de éstas;

si entre las personas que se transportan, se encuentra alguna que sea menor de catorce años de edad.

En las condiciones de nuestro país⁷⁷, la migración ilegal, fundamentalmente hacia los Estados Unidos, a partir de 1959, ha estado vinculada a la beligerancia del Gobierno estadounidense frente a la Revolución Cubana, el que ha desarrollado una política de estímulo y asistencia a esta actividad, lo que justifica la penalización de estas conductas, por el legislador de 1999, en un título independiente del Código Penal.⁷⁸

El tipo penal se configura con la realización de los verbos rectores de organizar y promover actos de entrada o salida del territorio nacional con la finalidad de emigrar; lo primero que debemos destacar es la redacción del precepto, que utiliza 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 preceptos (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004)⁷⁹ y lograr con ello la punibilidad de conductas que de otra manera no pudieran penalizarse por no ser típicas.

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.

El ánimo de lucro forma parte del elemento normativo del delito, pues ello está íntimamente ligado al concepto de tráfico o comercio en el que es imprescindible el beneficio económico o

⁷⁷ Sobre la incidencia del delito de tráfico de personas en Cuba ver (Colectivo de autores, 2003).

⁷⁸ Obsérvese que la adición de este título en el Código Penal cubano, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 1999, es anterior al Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuyo contenido ya hemos comentado en el epígrafe 3.

⁷⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional Organizada. op. cit.

de cualquier otra clase⁸⁰, pero que en definitiva representa un provecho para el sujeto activo.

Otro aspecto de la formulación del tipo es lo relacionado con el sujeto, este es de carácter general, es decir, puede ser cometido por cualquier persona, pero "sin estar legalmente facultado". 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.

Esta aclaración es válida porque aquí no estamos ante una norma penal en blanco que envía el conocimiento de la conducta a otro cuerpo legal; en éste la conducta está debidamente establecida: Debe ser realizada por alguien que no esté facultado para ello y con ánimo de lucro. La redacción del precepto en este caso particular no es feliz, pues ningún sujeto está legalmente facultado para realizar los actos descritos en el artículo 347 del Código Penal, con ánimo de lucro.

Un elemento a considerar, es si el sujeto activo del delito debe residir en el exterior o en el territorio nacional, a juicio del autor, 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.

Se aprecia también a simple vista, que de las conductas previstas en el artículo 347, es precisamente la del apartado dos la que el legislador debió valorar como básica y, en consecuencia, presumir que iba a ocurrir con mayor frecuencia, a diferencia de la del apartado uno. Esto porque, como ha quedado demostrado en más de catorce años de vigencia de la norma, organizar desde una isla rodeada de mar, el tráfico de personas, quienes procedentes de otras naciones, viajen a Cuba, con el propósito de emigrar hacia terceros países, constituye una

80 Resulta frecuente en Cuba el hecho de que algunos de los organizadores, realizan su función, con el objetivo de asegurarse un lugar en el medio de transporte, sin abonar el precio correspondiente, lo que les representa un beneficio económico, por lo que no necesariamente deberá exigirse el pago de dinero en efectivo para que concurra el requisito del ánimo de lucro, pues basta con que el sujeto reciba cualquier tipo de utilidad beneficio, o ventaja.

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 países⁸¹.

Conocemos que han ocurrido casos muy aislados de ciudadanos extranjeros, quienes 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 ponen en duda la necesidad de la existencia de la norma, por lo que se podría considerar que un tratamiento administrativo de regulación de visados, podría resultar suficiente.

Al respecto el Dr. 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 (2007, pág. 519).

Es precisamente la figura del apartado dos del artículo 347 la que tiene mayor incidencia en nuestro país, lo que nos indica la pertinencia de que, con las necesarias precisiones⁸², en futuras modificaciones legislativas, se convierta en la figura básica del Título XV de nuestro Código Penal, 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 modalidades⁸³, o en lugar de lo

81 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 hasta la necesidad de tipificar dicha conducta como delito, en virtud del principio de intervención mínima.

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

83 Resulta contradictorio que el legislador de 1999 no previera que circunstancias de agravación tan trascendentes como las

anterior incluir en la figura básica la conducta típica de “organizar, facilitar o incitar, la entrada o la salida de personas, del territorio nacional, con la finalidad de que éstas emigren a otros países”.

Llama igualmente la atención que el precepto en su inciso 2 señala que la salida para la emigración se realiza del territorio nacional con destino a terceros países⁸⁴, lo que debería suponer la necesidad del tránsito por otro país, lo cual significaría 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 acogida por nuestros tribunales, como explicaremos *infra*, pero obedece a la necesidad de revisar este particular en virtud del espíritu del legislador cuando redactó el precepto⁸⁵.

Los actos de esta naturaleza que generalmente ocurren en nuestro país tienen por destino los Estados Unidos; si bien es cierto que en ocasiones se utilizan en los mismos una forma de ejecución que lleva a la utilización de un segundo país distinto al que se desea emigrar, como ocurre con México, en un porcentaje significativo de los casos en los que la actividad se presenta de manera bilateral.

Al aplicar el referido precepto nuestros tribunales han considerado la expresión “tercer país”, con un sentido indeterminado, comprendiendo como tal la salida con destino

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.

84 Véase el apartado a del artículo 17 del “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949, vigente desde el 25 de julio de 1951, que dice: “Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar o mantener, en relación con la inmigración y la emigración, las medidas que sean necesarias, con arreglo a sus obligaciones en virtud del presente Convenio, para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución”.

“En especial se comprometen: 1) A promulgar las disposiciones reglamentarias que sean necesarias para proteger a los inmigrantes o emigrantes, y en particular a las mujeres y a los niños, tanto en el lugar de llegada o de partida, como durante el viaje”... Consultado el 15 de enero de 2013, a las 3.00 p.m., en <http://www.undp.org/cu/pdhl/Modulo4/use/tema2/%284%29.htm>

85 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”..

hacia otro país, sin exigir el requisito de la existencia de un país de tránsito y otro de destino (Silvera Martínez & Bertot Yero, 2012, pág. 17)⁸⁶, 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. Esto ha venido a resolver, por la vía de la interpretación judicial⁸⁷, la insuficiencia de redacción de una norma que está requerida

86 Los autores, vicepresidente y jueza del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, respectivamente, señalan además, 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 sustanciales modificaciones.

87 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”.

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 la correcta interpretación y aplicación de la norma.

El Dr. Ramón 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 y no cumplen 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 nuestra 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 (2007, pág. 519).

Si nos ajustamos a la letra de la ley, en estos casos no se integraría esta figura 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, aunque, en puridad, ello sería convertir esta figura en un tráfico, que no fue la pretensión del legislador.

El delito de tráfico de personas se integra también en otros supuestos de extracción ilegal de personas, que suponen mecanismos menos peligrosos⁸⁸, por lo que resulta apropiado incluir

⁸⁸ Véase en este sentido también a (Silvera Martínez & Bertot Yero , 2012, pág. 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 ilegalmente a las aguas jurisdiccionales cubanas”.

también en la figura prevista en el apartado dos del artículo 347, los casos en que, siempre que concurra el requisito del ánimo de lucro, en lugar de naves, aeronaves u otros medios de transporte, se utilicen otras vías como fraudes, falsificaciones de visas, pasaportes u otros documentos migratorios⁸⁹, con la particularidad de que el organizador o promotor de la salida de esta forma, es quien comete el referido delito (De la Cruz Ochoa, 2007, pág. 519)⁹⁰ y la persona que ha utilizado el documento falso puede ser autor de un delito de falsificación de documentos, pero no de tráfico de personas.

En relación con el vínculo que debe existir entre la organización y promoción de la salida del territorio nacional del artículo 347, apartado dos, con la figura prevista en el apartado uno del artículo 348, cuando se organice de esta forma, se ha planteado la necesidad de que concurra el requisito de la penetración en el territorio nacional de los traficantes de personas. Sin embargo, 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

⁸⁹ 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”.

⁹⁰ 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.

del medio de transporte en el lugar del embarque para que se tipifique el delito, en lo que coincidimos con Silvera Martínez y Bertot Yero, quienes al respecto 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. (2012, pág. 17).

La figura prevista en el artículo 348 está conformada por un sujeto general caracterizado por la conducta requiere penetrar en el territorio nacional como elemento material del delito, utilizando nave o aeronave u otros medios de transporte, con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas del territorio nacional. Es un delito de intención ulterior, en el que no es necesario que se logre el propósito para se considere consumado el delito, 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 - condición imprescindible del tipo penal⁹¹-, con el objetivo de realizar la salida ilegal de personas, utilizando una nave o aeronave, o cualquier otro medio de transporte. Esto, conforme al criterio del Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, solo podrá ocurrir a través de la base naval de Guantánamo (2007, pág. 519)⁹²,

91 Boletín del Tribunal Supremo Popular. 2011. Publicado por el Departamento de Divulgación e Información, la Sentencia No. 1119, de 30 de marzo de 2011, de la Sala de lo Penal de nuestro máximo órgano de justicia, la que en su segundo considerando, al propio tiempo que ratifica el criterio de que para la integración del tipo penal 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.

92 Señala, entre otros aspectos, que: "por nave debe entenderse

aunque, tal vez, pudieran darse otras situaciones, como la utilización de algún artefacto que permita navegar sin cumplir los requisitos que debe reunir una embarcación.

En relación con la calificación de la conducta del que organiza o promueve la salida desde el territorio nacional, 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 2011 (Boletín del Tribunal Supremo Popular, 2011, pág. 122), 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...". Se trataría, en este supuesto, de un autor por cooperación necesaria previsto en el artículo 18, apartado dos, 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. 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 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.

cualquier artefacto flotante y capaz de trasladarse por medios mecánicos o humanos de un sitio a otro, por 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".

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 anteriormente⁹³, en la que se afirma 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 lucro⁹⁴, 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, pero que está directamente relacionada con la forma más frecuente de comisión de la figura prevista en el artículo 347, apartado dos.

En el apartado dos del artículo 348 se relacionan cuatro elementos de agravación, que solo alcanzan al sujeto que penetre en el territorio nacional

⁹³ Sentencia 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.

⁹⁴ 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".

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 como afirmamos anteriormente, debieron preverse también para el apartado dos del artículo 347, porque en realidad hay circunstancias, como el tráfico de menores de catorce años de edad, la portación de armas o el empleo de violencia o intimidación en las personas, que también representan una alta peligrosidad social cuando concurren en el promotor u organizador.

Particularmente en el caso de los menores de 14 años de edad se discute, entre nosotros, 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 la espera de su emprendimiento, en lo que coincidimos con Silvera Martínez y Bertot Yero: 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" (2012, pág. 18).

Nos llama la atención el hecho de 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 discapacidad. Se trata 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.

Finalmente debemos significar que en el artículo 302, apartado tres 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, por lo 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 carnal⁹⁵, se integraría este delito, en lugar del tráfico de personas.

7. UNA PERSPECTIVA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA A VALORAR PARA CUBA

Como resultado del estudio realizado, en el que se han analizado las normas penales internas de Cuba y de otros países, así como los tratados internacionales fundamentales referidos al tráfico y la trata de personas, nos permitimos recomendar algunas medidas, en el orden de las políticas sociales y también las relacionadas con la necesidad de dotar a nuestros países de instrumentos jurídicos eficaces para evitar que el tráfico de personas continúe enriqueciendo a las organizaciones criminales y afectando los derechos humanos de millones de personas que anualmente se lanzan a la aventura en busca de ese mundo mejor; tantas veces prometido en sus países de origen, pero que no les acaba de llegar. Así se convierten en víctimas de las bandas criminales, las cuales invierten cada día más en esta actividad por los enormes dividendos que les produce.

Entre las medidas generales valoramos las 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:

- Modificar el nombre del Título XV del Código Penal por el de “Delitos contra el orden migratorio y la dignidad humana”, para ser coherentes con el bien jurídico que se pretende proteger.
- Incluir en la figura básica del delito de tráfico de personas la conducta típica de “organizar, facilitar o incitar, la entrada o la salida de personas del territorio nacional, con la finalidad de que éstas emigren

a otros países”, lo que permitiría ofrecer protección también a las conductas recogidas en el artículo 217.1.

- Sustituir el término “terceros países”, por el de “otro país”, para evitar distintas interpretaciones y, con ello, inseguridad jurídica.
- Incorporar una figura agravada de la modalidad básica 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 cometa como parte de un “grupo delictivo organizado o perteneciente a la criminalidad organizada transnacional” y/o “si entre las víctimas se encuentra un menor de catorce años o un incapacitado”.
- En la conducta de “penetrar” en el territorio nacional se debe incorporar el “ánimo de lucro” en los elementos de tipicidad (artículo 348).
- Se debe prever también una figura autónoma para los actos de salida ilegal del país o en actos tendentes, donde se emplee violencia o intimidación a las personas.

1. 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. Las figuras de mayor trascendencia deben pasar a formar parte de figuras autónomas en el Título XV que protege el ordenado tráfico migratorio, con esto se eliminaría la situación de concurso aparente de leyes, el cual existe desde la entrada en vigor de la Ley No. 87 de 1999.

2. Incluir el delito de Trata de personas en un nuevo título del Código Penal, denominado “Delitos contra la dignidad humana”, que bien pudiera ser independiente, con un propio objeto de protección, y que incluyera otras figu-

⁹⁵ 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, 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.

ras delictivas, como la venta y tráfico de menores y el proxenetismo o en el actual título XV bajo la denominación de “Delitos contra el orden migratorio y la dignidad humana”.

3. 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, raptó, engaño, abuso de poder, situación de vulnerabilidad.

- Sustituir el término comercio carnal por el de explotación sexual, entendida como la disposición para el ejercicio de la prostitución o cualquier servicio de naturaleza sexual.

- 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 servidumbre, la extracción de los órganos corporales, y la explotación para realizar actividades delictivas o la mendicidad, en correspondencia con lo previsto en los instrumentos jurídicos internacionales.

- Prever una modalidad delictiva para cuando la conducta se realice dentro del “territorio nacional”.

4. En relación con el delito de venta y tráfico de menores se propone modificar a dieciocho años la edad exigida para el delito y en consecuencia también la edad penal prevista en el apartado 2) del artículo 16 del Código Penal, para hacerlo congruente con la prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, lo que además de otras consecuencias positivas para el país, facilitaría la cooperación internacional para combatir los delitos relacionados con el tráfico y la trata de seres humanos.

CONCLUSIONES

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 es, a nuestro juicio, el regulado en el inciso 3 del artículo 15, el cual los compromete a promover o reforzar 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”. Este compromiso es, precisamente, el que menos se ha cumplido, en especial por parte de los países receptores, que son los más favorecidos económicamente y quienes tienen la obligación moral y jurídica de ayudar a los menos desarrollados.

La tendencia a la disminución de las migraciones desde varios países de América Latina hacia Europa, evidencia lo mucho que se puede hacer 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.

El tráfico internacional de personas constituye cada vez más un flagelo en expansión, que amenaza no sólo el normal tráfico migratorio, sino que se esconde dentro de otras figuras y puede ser cometido por personas independientes, pero casi siempre por su propio carácter de delito transnacional es propio de redes del crimen organizado y no está obligatoriamente vinculado a la explotación sexual ni laboral, sino que constituyen elementos imprescindibles de la figura: el cruce ilegal de fronteras y el ánimo de lucro de los traficantes, que se aprovechan de las penurias que sufren millones de seres humanos en los países pobres, para obtener fáciles ganancias.

A más de una década de vigencia de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional aprobada en Palermo y del Protocolo complementario contra el tráfico ilícito, un significativo número de países no han regulado aun adecuadamente en su Derecho interno la figura del tráfico de personas, dando lugar a que continúe la confusión conceptual que existe en torno a este delito, a

pesar de ser Estados parte de estos importantes instrumentos jurídicos internacionales.

Cuba, que ha realizado esfuerzos para regular de forma ordenada y segura el tráfico migratorio, ha sido víctima de numerosas agresiones y maniobras por parte del Gobierno de los Estados Unidos. Estas van desde la suspensión de los vuelos normales y las salidas legales hacia ese país, a finales del año 1962, y la aprobación de la denominada Ley de Ajuste cubano de 2 de noviembre de 1966, hasta la aplicación sistemática de una política de estímulo y asistencia a la emigración ilegal desde Cuba y de aplicar numerosas restricciones a las vías legales.

El Código Penal cubano regula la figura del tráfico de personas desde el mes de febrero de 1999, con antelación a 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.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA, A., & RODRÍGUEZ, M. (2003). Ley de Ajuste Cubano. Antecedentes y Particularidades. *Folleto La Ley Helms Burton*(Enero), 61-68. Recuperado el 8 de Abril de 2011, de www.cubaminrex.cu
- ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (2010). Medición de la Respuesta Punitiva y Estado y Derecho. Especial Referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable Peligroso. *Revista ARANZADI de Derecho y Proceso penal* (24).
- ÁLVAREZ ACOSTA, M. (2005). *Siglo XX: migraciones humanas*. Habana: Editora Política.
- Amnistía Internacional. (2013). *El Estado de los Derechos Humanos en el mundo 2012*. Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI). Recuperado el 26 de mayo de 2013, de http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternational_AnnualReport2013_complete_es.pdf

- ASÚA BATARRITA, A. (1990). *Reivindicación o superación del programa Beccaria* en "El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad. Bilbao: Universidad de Deusto.
- BAGU, S. (1985). Tendencias Migratorias en el Mundo. *Audiencia Pública Trabajadores Migratorios. Senado de la República. Mayo 22.* México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- BARBERÍA, L. G. (2010). Cuba, su emigración y las relaciones con EU. *Revista Temas, Abril - septiembre.* Recuperado el 11 de septiembre de 2013, de <http://www.temas.cult.cu/revistas/62-63/10%20Barberia.pdf>
- Boletín del Tribunal Supremo Popular. (2011). (C. House, Ed.) *Departamento de Divulgación e Información.* Obtenido de http://www.acnur.org/index.php?id_pag=2038
- CABANELLAS DE TORRES, G. (1993). *Tratado de los delitos y las penas.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S. R. L.
- Colectivo de autores. (2003). *Derecho Penal Especial* (Vol. Tomo II). La Habana: Editorial Félix Varela.
- CONDE, F. M. (2000). Presente y futuro de la dogmática jurídico penal. *Revista Penal.*
- DE LA CRUZ OCHOA, R. (2007). Delitos de trata y tráfico de personas. *Revista Cubana de Derecho, Julio - diciembre*(30).
- Decreto-Ley No. 302 de 11 de octubre de 2012. (16 de octubre de 2012). *Gaceta Oficial Extraordinaria.* Obtenido de http://www.gacetaoficial.cu/pdf/ORD_044_IMPRESA_2012%20%20minjus.rar
- Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos. (2012). *Informe de la trata de personas.* Washington: Departamento de Estado. Recuperado el 29 de agosto de 2013, de <http://photos.state.gov/libraries/mexico/310329/October2012/JTIP%20REPORT%202012-Introduction-RTF062712-final-SPA.pdf>
- Editorial Granma. (16 de octubre de 2012). Por la voluntad común de la Nación Cubana. *Periódico Granma.*
- ESPINOZA BERROCAL, G. F. (2005). Tráfico de personas. La tercera actividad ilegal más lucrativa del Mundo. *IX Región.* Recuperado el 30 de agosto de 2013, de http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=192:trafico-de-personas-&catid=41:parte-especial&Itemid=27
- ESQUIVEL, M. (2003). *La migración de trabajadores mexicanos hacia Estados Unidos 1848 - 1994.* Culiacán, Sinaloa, México: ONCE Ríos EDITORES.
- Gaceta Oficial de la República de Cuba. (1999). *Ley No. 87, modificativa del Código Penal.* Edición Extraordinaria Número 1, de fecha 15 de marzo. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_25.pdf
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, J. A. (1999). *Derecho Penal Mexicano* (5ª ed.). México D. F.: Editorial Porrúa.
- HAIRABEDIAN, M. (2009). *Tráfico de personas La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc.
- HASSEMER, W. (1993). Crisis y características del moderno derecho penal. *Actualidad Penal*(43).
- Instituto Nacional de Estadística. (2013). *Cifras de población a 1 de enero de 2013. Estadística de Migraciones 2012.* Recuperado el 20 de octubre de 2013, de http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/25/nota_INE.pdf
- Instituto Nacional de Estadística. (2013). *Informe Anual.* Madrid: INE. Obtenido de <http://www.ine.es/>
- JAKOBS, G. (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.* (J. Cuello Contreras, & J. Serrano Contreras de Murillo, Trads.) Madrid: Ediciones Jurídicas. S.A.

- LARA, R. (2008). ¿Regulación de flujos"? 20 años de muerte en las fronteras. *Asociación Pro Derechos Humanos en la Frontera Sur*. Recuperado el 21 de agosto de 2013, de www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/.../1433
- LARIO, M. (2008). Crónica crítica al debate sobre políticas migratorias en España 2008. *Discurso & Sociedad*. Recuperado el 21 de agosto de 2013, de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138050/188695>
- LUZÓN PEÑA, D. M. (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte General I. El "ius puniendi" (la potestad punitiva)*. Editorial Universitas S.A.
- MANZANEDA, J. (1 de Abril de 2011). *Un escándalo silenciado: el programa de EEUU para la deserción de cooperantes médicos cubanos*. Recuperado el 9 de septiembre de 2013, de Blog La pupila insomne: <http://lapupilainsomne.wordpress.com/2011/04/01/un-escandalo-silenciado-el-programa-de-eeuu-para-la-desercion-de-cooperantes-medicos-cubanos/>
- MARÍN, E. (2013). Miles de inmigrantes pobres mueren tratando de salir de infiernos. *La Arena*. Recuperado el 22 de octubre de 2013, de http://www.laarena.com.ar/opinionsiempre-mueren_ya_sea_por_mar_a_lapedusa_o_en_la_frontera_de_eeuu-103737-111.html
- MARTÍNEZ, M. (2009). Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *Revista para el Análisis del Derecho. InDret*. Obtenido de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138050/188695>
- MATEU, J. C. (1999). Conferencia a los alumnos de la Especialidad en Derecho penal de la Universidad de La Habana. La Habana: inédita.
- MEDINA CUENCA, A., & Goite Pierre, M. (2011). Tráfico de personas y criminalidad organizada, un reto para el Derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa*. Obtenido de www.ubijus.com/index.php?page=shop.product_details&flypage=flypage_images.tpl&product_id=169&category_id=17&option=com_virtuemart&Itemid=222
- Migración Internacional en las Américas. (2012). *Segundo Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas*. SICREMI. Recuperado el 14 de mayo de 2013, de http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/G48952_WB_SICREMI_2012_SPANISH_REPORT_LR.pdf
- MILANESE, P. (22 de septiembre de 2013). *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Obtenido de Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf
- MINREX Cuba. (2012). *Informe de Cuba sobre el enfrentamiento jurídico – penal a la trata de personas y otras formas de abuso sexual*. MINREX. Recuperado el 13 de noviembre de 2013, de http://www.cubaminrex.cu/sites/default/files/ficheros/informe_de_cuba_sobre_el_enfrentamiento_juridico_2012-web.pdf
- MIR PUIG, S. (1994). Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal. En *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- MORILLAS CUEVAS, L. (2004). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Madrid: Editorial DYKINSON, S.L.
- MORILLAS CUEVAS, L. (Enero- junio de 2005). El Derecho Penal Mínimo o la Expansión del Derecho Penal. *Revista Cubana de Derecho*. (25).
- MUÑOZ CONDE, F. (2000). Presente y futuro de la dogmática jurídico penal. *Revista Penal*.
- MUÑOZ CONDE, F., & García Arán, M. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. (7ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Nacionales Granma. (11 de enero de 2013). Manipulación estadounidense del tema migratorio cubano. *Periódico Granma*. Obtenido de <http://www.granma.cubaweb.cu/2013/01/11/nacional/artic07.html>
- 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. *Resolución 55/25 de la Asamblea General*. New York. Recuperado el 28 de mayo de 2013, de <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- OLEA, H. (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)*. Obtenido de http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1375160761/Sistema%20Interamericano.pdf
- 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. *Resolución 45/158 de la Asamblea General de 18 de diciembre de 1990, vigente desde el 1 de julio de 2003*. New York: UNESCO. Recuperado el 16 de octubre de 2013, de <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001435/143557s.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (2012). *Estimación Mundial sobre el Trabajo Forzoso. Resumen ejecutivo*. Ginebra: OIT. Recuperado el 25 de octubre, de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_182010.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones. (2013). *Informe sobre las migraciones en el mundo*. Ginebra: OMI.
- 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. Recuperado el 21 de mayo de 2011, de http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/922B6554-A053-486F-81A8-FD20BD9DBD0B/257877/Rutas_MigratoriasCAP_1.pdf
- PÉREZ HERRERO, P. (2012). Las Conferencias Iberoamericanas. Una reflexión desde 2012. *Real Instituto Elcano*. Recuperado el 21 de mayo de 2013, de http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/dt14-2012_perez-hierro_cumbres_iberoamericanas_2012
- RIVERO, I. (2001). Mesa Redonda sobre Tráfico de Mujeres: Una Mirada desde las Organizaciones. Intervención de la 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*. Madrid. Recuperado el 20 de marzo de 2013, de http://www.antoniosalas.org/sites/default/files/TraFico_de_mujeres_con_fines_de_explotacion_sexual_031324.pdf
- ROXIN, C. (1998). ¿Tiene futuro el Derecho Penal? *Revista del Poder Judicial*, 3ª Época(49).
- RYDER, G. (2013). Es necesario un nuevo enfoque sobre migración laboral. *De cara al Diálogo de alto nivel sobre Migración y Desarrollo, 3 y 4 de octubre de 2013*. Nueva York: ONU. Recuperado el 24 de octubre de 2013, de http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_222797/lang--es/index.htm

- SILVERA MARTÍNEZ, O., & Bertot Yero, M. (Enero – Marzo de 2012). Apuntes acerca del tráfico de personas en la legislación cubana actual. *Boletín ONBC*.(43).
- SOROLLA FERNÁNDEZ, I. (2013). Características del fenómeno migratorio en Cuba: antecedentes y comportamiento actual. *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*. La Habana.
- Superar Fronteras. (Abril de 2011). Crisis Económica, Inmigración y miedo. *Servicio Jesuita de Migrantes*. Recuperado el 14 de agosto de 2013, de www.alboan.org/docs/articulos/Superarfronteras.pdf
- TREJO, E. C. (2006). *Compendio de Instrumentos Internacionales Relativos a la Trata de Personas*. México D.F.: Centro de Documentación, Información y Análisis de la Subdirección de Política Exterior de la Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el 15 de septiembre de 2013, de <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-08-06.pdf>
- VILLACAMPA ESTRIARTE, C. (2004). Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal. *Revista para el Análisis del Derecho*(1).
- ZAFFARONI, E. (2007). Conferencia de clausura de la primera “Conferencia Mundial de Derecho Penal organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). *Globalización y Crimen Organizado*. Guadalajara. Recuperado el 26 de octubre de 2013, de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf
- ZAFFARONI, E. R. (Septiembre de 2010). ¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad? *Revista de la Asociación Americana de Juristas*.