

El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico y trata de personas y otras figuras afines. Una visión desde Cuba en el Siglo XXI	Título
Goite Pierre, Mayda - Autor/a; Medina Cuenca, Arnel - Autor/a;	Autor(es)
Mundi Migratios (Vol. 2 no. 1 ene-jun 2014)	En:
La Habana	Lugar
CEMI	Editorial/Editor
2014	Fecha
	Colección
Crimen organizado; Movimientos migratorios; Trata de personas; Tráfico de personas; Derecho penal; Legislación;	Temas
Artículo	Tipo de documento
* http://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/cemi-uh/20150911015632/5-49-92-1-SM.pdf	URL
Reconocimiento-No Comercial-Sin Derivadas CC BY-NC-ND http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/deed.es	Licencia

Segui buscando en la Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO
<http://biblioteca.clacso.edu.ar>

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)
Conselho Latino-americano de Ciências Sociais (CLACSO)
Latin American Council of Social Sciences (CLACSO)
www.clacso.edu.ar



Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
Conselho Latino-americano de Ciências Sociais
Latin American Council of Social Sciences



El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico y trata de personas y otras figuras afines. Una visión desde Cuba en el Siglo XXI.

The legally protected in the crimes of trafficking in persons and other related figures. A view from Cuba in the XXI Century.

Mayda Goite Pierre

Doctora

Profesora - Decana

Facultad de Derecho – Universidad de La Habana

Para correspondencia: mayda@lex.uh.cu y maydagoite@yahoo.es

Arnel Medina Cuenca

Doctor

Profesor

Facultad de Derecho – Universidad de La Habana

Para correspondencia: arnel@lex.uh.cu y arnelmedinacuenca@yahoo.es

Artículo recibido: 21/11/2013

Artículo aprobado: 09/05/2014

Resumen:

El Siglo XXI se ha caracterizado por la presencia de una creciente sociedad de riesgo y la aparición de fenómenos delictivos, por lo cual se requiere una política criminal, en la que se logre la necesaria armonía entre la necesidad de adaptar el Derecho penal al surgimiento de nuevos intereses de protección o a la revalorización de algunos ya existentes y la vigencia de los principios limitativos del derecho de castigar de los Estados, consagrados en numerosos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos y en las constituciones nacionales.

El creciente incremento de las migraciones ilegales y de las nuevas formas de esclavitud, ha llevado a muchos países, entre ellos Cuba, a partir de la vigencia de la Ley No 87 de 1999, a tipificar como delitos el tráfico y la trata de personas, que en la actualidad aparecen vinculados a los grupos delictivos organizados, que desarrollan sus actividades por aire, mar y tierra poniendo en peligro la vida y la seguridad de las personas.

Los resultados de nuestra investigación están relacionados con el aporte de recomendaciones a las instancias correspondientes de nuestro país, 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.

Palabras clave: bien jurídico; tráfico de personas; trata de personas; tráfico migratorio; flujos migratorios; delincuencia organizada; concurso de delitos

Abstract:

The 21st Century has been characterized by the presence of a growing risk society and the emergence of criminal phenomenon, which have led to the conformation of new criminal policies that look forward to achieve the necessary harmony between the urgent need of adapt the criminal law to the formation of new interests of protection (or the revaluation of old ones) and the presence of the limitative principles of the State's punishing rights, consecrated in various international instruments of human rights protection and the national constitutions.

The significant rise in migrant smuggling by air, sea and land, has led States, including Cuba, 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.

The results of our investigation are related to the recommendations made to the those instances of our country that are involved in the policy and law making, which call upon to contribute in the perfection of Cuban criminal laws that regulate human trade and trafficking on persons, and improve the studies of this topics and its bond with organized crime.

Key words: legal good; trafficking on persons; human trade; migratory traffic; migration floods; organized crime; crime concurrence

Exordio

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

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, p. 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, p. 223).

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 siglo XXI tan esperado por muchas personas en el mundo como un símbolo de esperanza y aliento para tiempos mejores, ha consolidado el proceso de globalización y con ello no solo sus aspectos positivos, sino también se aprecia concentración del capital en determinadas áreas, lo que contribuye al mantenimiento del subdesarrollo en otras menos favorecidas, lo que ha propiciado un significativo incremento de las

migraciones ilegales, con una participación cada vez más creciente de la delincuencia organizada, que también se globaliza.

La globalización, contrario a lo que pudiera esperarse por quienes en determinado momento, vieron en ella la solución de todos los males de la humanidad, sin tener en cuenta los efectos negativos de su vertiente neoliberal, no va a atenuar los flujos migratorio. La mayoría de las migraciones modernas tienen sus raíces en la actual estructura del sistema económico, que al fomentar la concentración del capital en determinadas áreas, contribuye al mantenimiento del subdesarrollo en otras menos favorecidas. La globalización, lejos de ser un paso para conseguir la protección de los derechos y libertades fundamentales de los individuos, ha supuesto «la concentración de poder y beneficio en torno a tres polos: “Unión Europea, Estados Unidos y Japón”, con la inevitable consecuente depauperación de quienes, individuos o colectivos, quedan al margen». (...). Y frente a la necesidad, de poco sirve la impermeabilización de las fronteras. La imposibilidad de acceder a los recursos esenciales en gran parte del planeta, y la imposición de criterios excesivamente restrictivos para el acceso y permanencia legal en los países llamados «del primer mundo», interaccionan entre sí constituyendo el principal factor determinante del tráfico ilegal de personas (Rodríguez Mesa, 2001, p. 22-23)¹.

En la medida en que los países más ricos restringen la entrada de inmigrantes a sus territorios, se produce un incremento significativo de las migraciones ilegales, con una participación creciente de las bandas criminales que han encontrado una vía de obtener fáciles ganancias, no solo traficando seres humanos, sino también con fines de explotación sexual, laboral, para la extracción de órganos corporales y para otros medios ilícitos. El tráfico de personas se ha convertido en la tercera actividad ilegal más lucrativa del mundo, después del de drogas y el de armas. (Espinoza, 2005).

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

¹ El autor también afirma que...”la pérdida de capacidad estatal derivada del proceso de globalización, o al menos su inconsistencia en el campo de producción y aplicación del Derecho, determina la incapacidad del sistema penal para controlar las nuevas relaciones sociales” (Rodríguez Mesa, 2007).

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.

Una vez que cruzan las fronteras, los inmigrantes no autorizados deben continuar viviendo en condiciones irregulares. Los empleadores y las autoridades conocen la 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.

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 (Espinoza, 2005, p. 4). 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, p. 9).

La trata de seres humanos ha sido calificada como “la versión moderna” de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX, aunque la nueva esclavitud del siglo XXI es más rentable; más barata que aquella legalmente establecida porque se fundamenta en una relación de dominio, en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es bastante inferior (Pomares, 2011). Con frecuencia, como apuntamos supra, las víctimas del tráfico de personas, terminan en el lugar de tránsito o en el de

destino, en situaciones de esclavitud laboral, o atrapadas por una red dedicada a la trata de personas², ante la imposibilidad de pagar el precio del transporte u otras deudas que se les han ido añadiendo en el camino³.

Los traficantes utilizan a las víctimas como objetos o artículos: emplean la coacción, el engaño o el cautiverio por deuda, privando a las víctimas de sus libertades fundamentales, tales como decidir sobre su propio cuerpo y su trabajo. Viola el derecho humano fundamental a la vida y la seguridad de no ser sometido a la esclavitud en ninguna de sus formas (De la Cruz Ochoa, 2007, p. 40).

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 barcasas 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).

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

² En los tiempos actuales con demasiada frecuencia las redes dedicadas al tráfico participan en la trata y viceversa, lo también ocurre con las relacionadas con el tráfico de drogas y de armas y también las dedicadas al lavado de dinero.

³ Según datos estimados de la Organización Internacional del Trabajo, el 29% de las víctimas del trabajo forzoso se encontraron en esta situación después de haber cruzado las fronteras internacionales, la mayoría de ellos con fines sexuales. El 15% se convirtieron en víctimas de trabajo forzoso después de desplazamientos en su país, mientras que el 56 % restante no abandonó su lugar de origen o residencia.

territorio sin portar documentos o con documentación falsa, o sin el dinero suficiente para pagar el costo del viaje, lo que los somete a los traficantes y con frecuencia la conducta inicial de tráfico de personas se convierte en trata y el sueño de una vida mejor en una moderna forma de esclavitud que puede durar muchos años.

Con el constante incremento de las migraciones ilegales y el surgimiento de nuevas y complejas formas de criminalidad y especialmente las relacionadas con la denominada criminalidad organizada, desde los primeros años del nuevo siglo, existe una tendencia a criminalizar el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, que han sido recogidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁴, vigente desde el 29 de septiembre de 2003. Se trata de conductas que por el perfeccionamiento del modo de actuar de sus comisores, en la era de la globalización, requieren de frecuentes modificaciones de los tipos penales y en ocasiones de un mayor rigor en el sistema de sanciones y de una especial dedicación de la Comunidad internacional y de los Estados nacionales. (Oficinas de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004).

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

El problema para Cuba es de evidente trascendencia y actualidad; en los últimos cincuenta años la política hostil del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica se

⁴Entre 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".

ha dirigido a estimular la migración ilegal de los ciudadanos cubanos hacia ese país, obstaculizando el tránsito ordenado y seguro de las personas que desean emigrar; mientras que, por otra parte, la adopción de regulaciones internas que enfrenten esta problemática, lo convierte el tema muy sensible para nuestro país⁵.

No hay dudas entonces que ese incremento de las migraciones ilegales ha llevado a muchos países, entre ellos al nuestro, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999⁶ a adoptar medidas legislativas para prevenir y combatir con mayor eficacia el tráfico ilícito de seres humanos, que en la actualidad aparece vinculado a los grupos delictivos organizados, los que desarrollan sus actividades, fundamentalmente por vía marítima, poniendo en peligro la vida y la seguridad de las personas.

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

La Ley 87 de 1999, significó una modificación trascendental no solo por la introducción del Título relacionado con el Tráfico de personas, sino también con otras conductas relevantes como el Tráfico y la Trata de personas y el Tráfico y Venta de niños, lo que requiere a casi tres quinquenios de vigencia, de una mirada evaluadora de sus preceptos, lo que nos llevó a proponernos como problema científico de esta investigación el siguiente: “Como prever a la luz de las doctrinas legales contemporáneas e instrumentos jurídicos internacionales, supuestos típicos que den respuesta al fenómeno del tráfico migratorio ilegal y otras figuras afines en el proyecto legislativo de Código Penal cubano”.

En ese sentido la Hipótesis de la investigación 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

⁵ Para mayor precisión sobre el tema ver Medina Cuenca (2013)

⁶ Título XV: “Delitos contra el normal tráfico migratorio”. Artículos 347 y 348. Adicionado por el artículo 22 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 (Cuba, 1999).

penal ante estos hechos, si se armonizara con las doctrinas contemporáneas e instrumentos jurídicos internacionales relacionados con la materia.

Fundamentos criminológicos y penales del tráfico ilícito de personas.

En un contexto social complicado como el que se avizora en el decursar del Siglo XXI caracterizado por la presencia de una creciente sociedad de riesgo y la aparición de fenómenos delictivos congruentes con ello, la política criminal indiscutiblemente debe marcar las pautas de construcción de las formulaciones dogmáticas para hacerlas coherentes y efectivas, fue justamente Roxin el primero que con su propuesta metodológica, deja sentado ese postulado (Silva Sánchez, 1997, p. 65), en la actualidad pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar consideraciones político-criminales en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías donde predomina el deseo de adaptar el Derecho penal al surgimiento de nuevos intereses de protección o a la revalorización de algunos ya existentes.

Sin embargo, aunque la propuesta teórica en principio es aceptada se visualizan tendencias hacia la «normativización» de tales categorías.”(Silva Sánchez, 1997, p. 71), que en ocasiones escapan a los fundamentos ontológicos del fenómeno, sin dejar de reconocer que el acomodo de la legislación penal a proposiciones doctrinales transita de igual forma por una agilidad política e intelectual de los profesionales que tiende a disminuir los riesgos de una escisión total.

En este camino las concepciones criminológicas sobre el bien jurídico colocan el punto de partida para la concreción criminológica de la necesidad de intervención del Derecho penal desde una postura político criminal, por ello Luggi Ferrajoli, presenta lo que él denomina cuatro cuestiones esenciales⁷ en juego entre el Derecho penal mínimo y el

⁷El autor se cuestiona ¿cuáles son los ámbitos de operatividad de tal concepto y, en relación con ello, los parámetros de legitimación jurídica y política de las normas penales? para responder estas preguntas conviene distinguir cuatro órdenes de cuestiones que corresponden a otros tantos niveles de discurso y poseen por ello un diferente estatuto lógico y semántico:

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

resguardo de los bienes fundamentales de manera tal, que la construcción dogmática en su protección estará precedido de esa valoración que debe concebir un pensamiento de carácter ético-político, de carácter jurídico-constitucional, jurídico-penal; y de carácter sociológico, que permita un diseño englobado de fundamentos dogmáticos y político criminales. (Ferrajoli, s/a, p.12).

Por ello, las reflexiones de Domínguez Figueirido⁸ nos muestran un panorama donde son imprescindibles la visión del conflicto social, los aportes criminológicos y el diseño legislativo con la protección de bienes jurídicos (Domínguez Figueirido, 2003, p. 263), lo que completaría desde una postura axiológica aquellos elementos que Zaffaroni denomina estructura conflictual (Zaffaroni, 2012, p. 123-126).

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

Estas decisiones legislativas, presentan también un fundamento ambivalente: Si, por un lado, constituyen una loable superación de los antiguos preceptos de trata sexual, que se ven integrados en el concepto más comprensivo de trata de personas en general, donde

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

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

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

⁸ Desde su perspectiva se exige el cumplimiento de tres condiciones. En primer lugar, no debe ocultar la crisis del Derecho que, precisamente, se encuentra entre los motivos del auge de los estudios sobre la actividad legislativa. En segundo lugar, debe explicar el papel de la diversidad de conocimientos que confluyen en el análisis del fenómeno de la legislación, ensayando una unidad, o cuanto menos una cierta articulación, entre los mismos. En tercer lugar, no sólo debe permitir describir la actividad legislativa sino también explicarla, criticarla y proponer medidas para su mejora.



caben conductas de esclavitud y servidumbre, explotación laboral, venta de personas, extracción de órganos, mendicidad forzada, entre otras, por otro lado, la inclusión del tráfico consentido de migrantes introduce en el ámbito de punición conductas que no tienen tanto que ver con la explotación de personas como con las necesidades de control en el origen de la migración ilegal por parte de los países desarrollados destinatarios de ese tráfico.

Ello explica que estas reformas suelen practicarse en un contexto de fuertes presiones por parte de organismos internacionales y países receptores, y que sus formulaciones más contundentes hayan tenido lugar en países con una intensa emigración por razones económicas o socio-políticas como ha quedado evidenciado (Díez-Ripollés, 2008). A ello no escapa ese concepto criminológico también de delincuencia organizada que se ha convertido, dentro de la visión securitaria predominante, en la concreción del enemigo (Jakobs y Cancio Meliá, 2003, p. 47) por antonomasia de las actuales sociedades en una escala superior a lo que fue por sí solo el narcotráfico, que por lo demás se integra plenamente en el concepto, y abarca desde el terrorismo y los tráfico ilegales de personas y mercancías hasta los grupos organizados tradicionales en la delincuencia clásica, tales como bandas de atracadores, pandillas juveniles, grupos extorsionadores, pero donde los seres humanos tratados como mercancía tienen una relevancia extraordinaria, de ahí entonces los fundamentos criminológicos que sustenta el análisis teórico del tráfico de personas y sus figuras afines.

El bien jurídico protegido.

En la Ciencia del Derecho penal desde hace tiempo existe acuerdo en que el Derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos. Pero este acuerdo se rompe cuando se trata de determinar qué debe entenderse por "bien jurídico" (Muñoz Conde, 1992, p. 9), desde su nacimiento que data de mediados del siglo XIX, de la mano de

Birnbaum se sitúa en uno de los conceptos fundamentales de esta ciencia (Zaffaroni, 2012, p. 25)⁹.

El Derecho penal por su propia naturaleza es un derecho eminentemente "selectivo"¹⁰ la exclusiva protección de bienes jurídicos parte de uno de sus principios consustanciales, lo que ha provocado un sin número de formulaciones teóricas (Mir Puig, 2003, p. 121-124)¹¹, que parten desde su reconocimiento Constitucional hasta la materialización en los tipos penales, toda vez, que sería imposible que un Estado encargado de asegurar la vida en común de todos los ciudadanos, no diseñara qué se debe proteger en el ámbito penal y cómo asegurar esa protección, por ello Roxin considera a los bienes jurídicos como "condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común"(Roxin, 1976, p. 11-36), en función de garantizar el orden pacífico.

El sustrato material del concepto de bien jurídico, tendría su fundamento, de acuerdo con esta concepción seguida también por Rundolphi, solo para dar subsistencia a la sociedad constitucionalmente organizada. Aquí se pondría en duda si ello significaría una protección puramente normativista alejada de la realidad social (Terradillos Basoco, 1981), lo cual entonces estaría vacía de contenido. Marx, en su análisis incorpora otro elemento para complementar este pensamiento, asentando el fundamento al señalar que

⁹ Zaffaroni nos comenta que la estructura básica alrededor de la que se diseña la teoría del delito se completa con el respeto a dos principios constitucionales, el de legalidad (...) y el de lesividad, que requiere que en todo delito haya un bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

¹⁰ Desde el punto de vista criminológico la selectividad del Derecho penal tiene varias aristas que parten del diseño legislativo y se extiende hacia la aplicación concreta, que se materializa en selección de los ciudadanos destinatarios de sus normas, aun cuando siempre se ha planteado como esencia la "igualdad", desde el pensamiento de Zaffaroni con el que coincidimos la mirada debe ser holística. En este sentido, "delitos" serían las conductas conflictivas que dan lugar a una decisión criminalizante afirmativa de la agencia judicial, que decide no interrumpir la criminalización en curso, en tanto que "teoría del delito" es sólo el "nomen juris" de una parte del discurso jurídico-penal que explicita en forma orgánica el conjunto de requisitos que la agencia judicial debe requerir antes de decidirse a responder consintiendo el avance del proceso de criminalización. Este conjunto más o menos orgánico de requisitos constituye el nivel máximo de selectividad tolerada, o sea, que traduce un programa de reducción de la violencia selectiva y deslegitimada del sistema penal. En la categorización de los requisitos pueden distinguirse un nivel elemental (la acción) y un nivel mínimo (tipicidad y antijuridicidad) y también hay un proceso de selección criminológica. (Zaffaroni, 2012, p. 252)

¹¹ Es importante en esta concepción el pensamiento de Welze, seguidor de Bindign, quien identificó el bien jurídico con el concreto objeto del mundo empírico lesionado o puesto en peligro por el delito y por su parte los neokantianos seguidores de Von Lizst, que desplazan el pensamiento al mundo de los valores.

son "aquellos objetos que el hombre necesita para su libre autorrealización" (Marx, 1977, p. 121).

El análisis toma otro rumbo ante la pregunta de Hassemenr (1989)"¿Hacia dónde conduce esta vía de la concepción de un bien jurídico que no debe excluir ningún objeto de protección?, cuestionamiento que compartimos, toda vez que un concepto general de bien jurídico que es tan abstracto que no informa en absoluto sobre los objetos de protección en particular, lleva irremediablemente a una amplitud tal, que dejaría el concepto a merced de la interpretación y con ello al "tambaleo" del principio de legalidad, de ahí la necesidad de concreción del bien jurídico objeto de protección en sede penal.

En tal sentido, para una correcta comprensión del bien jurídico debemos tomar como pautas, algunas de las invariantes planteadas por Hormazábal Malarée (1992, p. 151):

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

Todo esto lo lleva a que el contenido del bien jurídico está en una relación social concreta de carácter sintético normativo y sintético social (Bustos Ramírez, 1989, p. 54) opinión que también compartimos, lo que permite que por ejemplo la vida y la

libertad, en cuanto objetos protegidos por una norma penal lo están como relación social concreta en una sociedad democrática, esto es, en cuanto relación o vinculación entre personas.

Cuando el Estado establece un tipo penal quiere prohibir la relación social entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en las condiciones objetivas y subjetivas contempladas en el propio tipo. El tipo constituye una forma específica de negación de la prohibición más genérica contemplada en la norma penal. El tipo contiene una relación social que niega otra relación social, la relación social concreta protegida por la norma penal, que es el bien jurídico (Mir Puig, 2003, p. 54).

El profesor Quirós Pérez (1999, p. 189-191), en la doctrina patria se afilia a la concepción de que el bien jurídico está constituido por las relaciones sociales (o elementos de las relaciones sociales) que, por su particular interés social, son protegidas por medio del Derecho penal, de los ataques y amenazas materializados por comportamientos considerados socialmente peligrosos, poniendo el énfasis en esas específicas relaciones sociales que deben ser resguardadas por la protección penal.

Por lo tanto, la relación entre norma y tipo es una relación dialéctica de afirmación y negación de una relación social concreta. La norma penal afirma al bien jurídico en la medida que lo protege prohibiendo su afección. El tipo penal es continente de una forma específica de negación de esa relación social concreta que es el bien jurídico protegido por la norma. El bien jurídico (lo procurado proteger por el Derecho penal) no es el propio Derecho, o sea, las normas jurídicas, sino el contenido de esas normas jurídicas, esto es, las relaciones sociales modeladas y consolidadas en dichas normas jurídicas. De esta forma la protección exclusiva de bienes jurídicos se coloca en principio limitativo al "ius puniendi" del Estado y con ello garantía de seguridad jurídica.

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

La protección al tráfico de persona como bien jurídico en sede penal se inscribe en esa visión dual, de estar dirigido a la protección de intereses fundamentales de los individuos y de la sociedad en general (Pérez Ferrer, 2006, p. 32), toda vez, que el surgimiento de nuevas y complejas formas de criminalidad en los últimos tiempos, especialmente las relacionadas con la denominada criminalidad organizada inciden directamente en ello.

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

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

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

Para mostrar el estado del arte en este punto, tomaremos por base algunos países, que a partir de ahora formaran parte del análisis investigativo en algunos puntos a desarrollar, ello nos permitirá tener una visión abarcadora del tratamiento al delito. Los países que

se incorporan en esta revisión son: España, El Salvador, Argentina, Perú, Guatemala, Chile y Costa Rica¹².

España¹³ denomina al bien jurídico como¹⁴ “delitos contra los derechos de los extranjeros”¹⁵. Argentina “delitos contra el orden migratorio”¹⁶ El Salvador¹⁷ “delitos

¹² ¿Por qué de su selección? España nos posibilita la visión europea del problema y uno de los países con importantes conflictos migratorios, es el segundo país después de Estados Unidos en recibir emigrantes procedentes de Latinoamérica, en nuestra área geográfica, la elección obedece a sus propias características diferenciadas desde el punto de vista económico. Argentina, Chile y Costa Rica tiene economías avanzadas en nuestro entorno, mientras que Perú, El Salvador y Guatemala comparten la problemática de países con más carencias materiales. NA.

¹³ El Código penal español de 1995 bajo el *nomen iuri* de Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en el Título XV, protege el tráfico ilegal de personas en el artículo 318 que después de múltiples modificaciones queda redactado conforme a la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio, Artículo 318 bis: 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., (López Cervilla, 2003, p. 11) Este autor destaca que en la doctrina y jurisprudencia española se ha producido una división, entre los que consideran que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis, del Código Penal protege el interés estatal en el control de los flujos migratorios y los que buscan un bien jurídico más acorde con la rúbrica del Título XV BIS: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sobre el artículo 318 bis del Código Penal Español, número 120/2003 (Sección Cuarta), de 27 de octubre, JUR 2003/271925 indicaba al respecto que “... el bien jurídico protegido es esencialmente, el interés general de controlar los flujos migratorios”. Otra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5), de 5 de enero de 2004, JUR 2004/79354, aporta un criterio diferente al señalar que “cuál es el verdadero bien jurídico protegido por el tipo penal de que se trata, que no es otro que la protección adecuada de los derechos de las personas extranjeras que se dirijan, o traten de dirigirse, a España, o estén en tránsito o con destino a este país... Sólo desde estas perspectivas puede entenderse razonablemente lo que significa el término “tráfico” y a que situaciones puede aplicarse el 318 bis, 1, del CP”.

¹⁴ Una visión interesante del tema desde otra perspectiva la aporta Pérez Cepeda (2004, p. 158) al señalar que en la actualidad al vincular el fenómeno de la migración a la globalización económica se le incorpora una significación económica como objeto de protección que se le coloca por encima de la defensa de los derechos de los ciudadanos “el inmigrante debe ser provechoso o rentable para la sociedad que lo acoge”, ello supone colocar al orden socioeconómico como centro de la protección lo que desnaturaliza su carácter, por ello compartimos la opinión con la autora de que esto significaría “instrumentalizar” el Derecho penal en función del mercado lo que pone en riesgo o hace tambalearse al principio de lesividad, que a la larga impide que el bien jurídico cumpla su función limitadora del *ius puniendi*, sin embargo, no deja de compartir la opinión de Arroyo Zapatero quien desde una visión estrictamente funcionalista entiende que lo tutelado es la política migratoria del Estado, pues a través de la gestión de los flujos migratorios se pretende la prevención de problemas sociales y la preservación de la identidad cultural. (Arroyo Zapatero, 2007, p. 168).

¹⁵ Muñoz Conde afirma que: “aunque el bien jurídico protegido parece ser a primera vista, según reza la rúbrica del nuevo Título, los derechos de los extranjeros, éstos, cuando son objeto del tráfico ilegal, quedan prácticamente sin derechos y tienen que contar con una casi inmediata expulsión del territorio nacional, por vía administrativa”. (Muñoz Conde y García Arán, 2007, p. 355)

¹⁶ El legislador argentino para dar protección a estas conductas lo hace mediante la utilización de las denominadas Normas Especiales, técnica muy utilizada en la actualidad para el enfrentamiento a los fenómenos delictivos no convencionales, la Ley 25.871 “Ley Nacional de Migraciones” del 2010, prevé en su Título X capítulo VI los delitos contra el orden migratorio entre los que inscribe al tráfico de

contra la humanidad”, Costa Rica¹⁸ “control migratorio”, Perú “delitos contra el orden migratorio”¹⁹, Chile²⁰ “delitos contra la dignidad de las personas” y Guatemala²¹ “eficaz ordenamiento migratorio”.

personas, que según reza en la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal No.1 de Córdoba, de 4/4/2007, LL 2007-D, el bien jurídico se encamina “a lograr una mayor protección de los derechos de las personas migrantes, propendiendo a su integración a la sociedad, constituyendo las distintas disposiciones legales dictadas al respecto el medio para lograr ese objetivo, reglamentando de modo concreto los principios, declaraciones y derechos constitucionales que a su respecto rigen en nuestro país”, sin embargo una parte de la doctrina. Por su parte (González Núñez, 2012) considera que el bien jurídico protegido es el “orden socioeconómico”, porque si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente individual, trátase de intereses generales o de intereses de amplios sectores o grupos de personas, toda vez que constituyen una de las derivaciones o formas del crimen organizado, de carácter transnacional, que genera para sus autores un lucro productivo muy elevado y que involucra también un altísimo número de víctimas, aunque es imposible dejar de señalar que en algunas figuras de la Ley 25.871 la tutela se proyecta hacia otros bienes: la fe pública (petición fraudulenta de beneficios migratorios –art.- 118-), la libertad (violencia o intimidación –art. 119-), la vida e integridad física del inmigrante (peligro para su vida o salud –art. 121-), como así también la seguridad nacional –art. 121-, la administración pública, intervención de funcionarios públicos –art. 120-, lavado de dinero –art. 121-, o la salud pública (narcotráfico –art. 121-) con lo cual también pudiéramos hablar un carácter pluriofensivo.

¹⁷ El Código Penal de el Salvador de 1998 evidencia la importancia que el legislador le ha dado a la necesidad de penalizar estas conductas en su artículo 367 título XIX, donde se tipificó como delito el comercio de personas. A finales del 2001, mediante el Decreto Legislativo N° 568, del 4 de octubre del 2001 se incorporó al Código Penal el delito de Tráfico ilegal de personas

¹⁸ La Ley 8487 de 22 de noviembre del 2005 “Migración y extranjería de Costa Rica” como ley especial da cobertura a estas conductas con un pronunciamiento de tipo general que establece que el bien jurídico protegido es de doble naturaleza “en primera instancia el interés del Estado de ejercer un control de los movimientos migratorios y de esta manera evitar que estos sean utilizados por grupos de criminalidad organizada el respeto de los derechos humanos de los ciudadanos extranjeros (Gullock Vargas, 2008, p. 20-22).

¹⁹ La Ley número 28950 del 16 de enero de 2007, incorpora el delito de Tráfico ilícito de migrantes, con la finalidad de preservar el “orden migratorio” lleva a la doctrina en ese país a considerar que lo importante es mantener unos flujos migratorios “ordenados” que permitan tener estabilidad y seguridad a la nación y se respeten a la vez los derechos de los ciudadanos que requieran de movilidad (Moya Vivanco, 2011, p. 12).

²⁰ La Ley 20.507 de abril del 2011, modifica el Código penal chileno y tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, después de muchos análisis se ha llegado al consenso de que el bien jurídico protegido es la dignidad de las personas, considerando que esta se ve afectada en el momento en que se ponen en marcha procesos de despersonalización, cuando la persona es tratada no como tal, sino como puro objeto o cosa. Se trata de un proceso de despersonalización y cosificación contrario a la dignidad humana, al convertir al inmigrante en un mero instrumento o mercancía, en algo asible, mensurable, manipulable, inventariable y cuantificable, que en realidad consiste en su anulación como seres libres, se les considera simples mercancías, para ello la doctrina ha considerado un concepto restringido de dignidad humana. (Mardones Vargas y Fernández, 2011).

²¹ Guatemala sigue la técnica de tipificación de la conducta en una Ley especial, la Ley de Migración que fue promulgada el 26 de noviembre de 1998 por el Decreto Número 95-98 e introduce en el Título X: De los delitos y las faltas. Capítulo I, las figuras delictivas relacionadas con el Tráfico de migrantes, posteriormente En correspondencia con las obligaciones contraídas con la Comunidad internacional, en su condición de Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

Concluimos entonces que el delito de tráfico ilícito de personas, se encuentran previsto en Códigos penales o en leyes especiales y que el bien jurídico tiene distintas miradas, pero la variable de mayor aplicación se concentra en la necesidad de tener una migración controlada, que resguarde los intereses de los Estados en este sentido y también la protección de los derechos individuales de las personas como son la vida, la integridad, la salud y la dignidad humana, por lo que nos encontramos en puridad ante un bien jurídico “pluriofensivo”.

En nuestro país reiteramos que existe un interés estatal de que las migraciones se desarrollen de forma legal, ordenada y segura, al propio tiempo de proteger los derechos de los traficados. Teniendo en cuenta ello y después de las regulaciones introducidas a la ley de migración cubana, que da un tratamiento más coherente a este fenómeno en el país, sería prudente valorar, si el nomen iuri, debe ser “delitos contra el orden migratorio”, que es lo más utilizado, ello desterraría la frase ambigua de “normal” tráfico migratorio e incorporaría el propósito antes señalado de protección dual, que se infiere de su redacción.²²

La ratio legis del criterio “normal tráfico migratorio”.

La línea de pensamiento seguida en materia de protección penal del bien jurídico, como principio limitativo del Derecho de castigar, nos coloca ante el necesario análisis de su carácter fragmentario o subsidiario, frente a otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que llama a una mínima intervención penal para solucionar los conflictos sociales, ya

Transnacional desde el año 2006, Guatemala cuenta con una Ley contra la Delincuencia Organizada Decreto Número 21 – 2006. Ley contra la delincuencia organizada y su reforma. Decreto No. 17 de 2009, que en su segundo considerando destaca la necesidad de crear un instrumento legal para perseguir, procesar y erradicar la delincuencia organizada y en el tercero ratifica el compromiso del Estado guatemalteco de adoptar medidas legislativas para combatir la delincuencia organizada, estableciendo métodos especiales de investigación. El artículo 2, apartado b, incluye expresamente, entre los delitos previstos en la Ley el ingreso ilegal de personas, el tránsito ilegal de personas y el transporte de ilegales.

²² El primer POR CUANTO del Decreto-Ley 320, de octubre del 2012, modificativo de la Ley No. 1312, “Ley de migración” de 20 de septiembre de 1976, establece que: el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley No. 1312 “Ley de Migración”, de 20 de septiembre de 1976, así como la experiencia adquirida en su aplicación, aconsejan perfeccionar estas regulaciones, con el objetivo de garantizar que los movimientos migratorios continúen realizándose de “forma legal, ordenada y segura”.

que, todos los bienes jurídicos como apuntamos no tienen relevancia para el Derecho penal.

Siguiendo entonces a Muñoz Conde, el “principio de intervención mínima”, significa que el Derecho penal ha de ser la “última ratio”, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse con medios menos graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar estos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho público o medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención (con la dureza de sus medios) sería innecesaria y, por tanto, injustificable. (Muñoz Conde y García Arán, 2007, p. 70).

Al referirse a la vigencia del principio de subsidiariedad Jakobs (1995, p. 60) afirma que: “Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contrato social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social otras (...)” 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.

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

Todo esto partiendo de la base que el Derecho penal debe regular comportamientos susceptibles de afectar bienes jurídicos relevantes para la sociedad, y que el control de

la inmigración irregular no debe ostentar relevancia penal, salvo por la afección de bienes jurídicos de naturaleza personal, la interpretación de la norma penal debe hacerse cargo de esta limitación.

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

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

Este razonamiento es obligado, porque si la causa fue estar en consonancia con los pronunciamientos de la Comunidad internacional, entonces la modificación debió ser de carácter integral y hacer alusión a la criminalidad organizada o al menos a la comisión del delito formando parte de un grupo delictivo organizado, dedicado a esa actividad, que es el fenómeno que nos afecta en los últimos años, con los grupos creados en los Estados Unidos y en México dedicados al tráfico de personas desde Cuba hacia esos países.

Con ello se fortalece la importancia que requiere la protección de los bienes jurídicos macrosociales o supraindividuales, que urgidos además de una política criminal diseñada de manera especial para su combate donde se incluyan otras formas de

enfrentamiento no solo desde la perspectiva del Derecho penal²³, sino también de la política social.

Esto obligaría de igual forma a dar una mirada a las técnicas de investigación en estas figuras delictivas, que no son las tradicionales y de las que nuestro país está apremiado de incorporar en su sistemática, para paliar las posibles insuficiencias que impidan un enfrentamiento eficaz²⁴ al fenómeno analizado.

Por otra parte el Título en el Código Penal cubano sobre los Delitos contra el Normal Tráfico Migratorio²⁵, es anterior a la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y como comentaremos más adelante, al definir los tipos penales, el legislador, además de otras imprecisiones, definió como modalidad básica un supuesto de hecho, que ocurre con escasísima frecuencia en nuestro país y que bien pudiera tener un tratamiento administrativo, atendiendo al principio de intervención mínima, y al propio tiempo deja las modalidades que sí ocurren con mayor frecuencia para un segundo plano.

La legislación española por ejemplo ha sido muy criticada, en la modalidad básica del Título XV bis de su Código Penal español, por considerarla de poca relevancia penal (Martínez Escamilla, 2009)²⁶. La conclusión entonces sería que si queremos ser

²³ 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 (2000, p. 48), 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"

²⁴ 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, 2008).

²⁵ Este Título fue adicionado por el artículo 22 de la Ley No. 87, de 16 de febrero de 1999. Gaceta Oficial Extraordinaria No.1 de 15 de marzo de 1999.

²⁶ Esta autora considera que es un instrumento de escasa eficacia, al valorar la existencia de importantes indicios para pensar que la desaparición del tipo básico del artículo 318 bis no supondría un incremento de los niveles de inmigración irregular, a lo que añade que: "... no sólo es cuestionable la legitimidad ética de castigar penalmente la ayuda desinteresada a quien pretende entrar a nuestro país, sino también su posible eficacia, que de existir sería muy reducida y difícilmente justificaría los costos que su aplicación conlleva, por lo que entiende que el precepto analizado entraría en confrontación con el principio de última *ratio* y mínima intervención, cuyo respeto siempre se consideró necesario para poder calificar como legítima y justificada la intervención penal. Como puede apreciarse, todo vale frente a la inmigración, incluso sobrepasar los límites del *ius puniendi* y derrochar la pena de prisión.

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

Los elementos de la conducta típica. Planteamiento del problema.

Como ha quedado demostrado estamos en presencia de un Título autónomo, de reciente incorporación en el que en dos preceptos se ha añadido el fenómeno del tráfico ilícito de personas²⁷, que no tenía antecedentes en el país y que las conductas que de alguna manera estaban relacionadas con este fenómeno migratorio se encuentran aún previstas en el título de los delitos “contra el orden público”, objeto de protección de dudosa fortaleza que posteriormente analizaremos.

El tráfico ilícito de personas está identificado por:

- ✓ El carácter necesariamente transfronterizo de la movilidad o traslado de las víctimas.

²⁷ARTICULO 347. 1. El que, sin estar legalmente facultado, organice o promueva, con ánimo de lucro, la entrada en el territorio nacional de personas con la finalidad de que éstas emigren a terceros países, es sancionado con privación de libertad de siete a quince años.

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

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

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

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

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

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

La primera cuestión que debe quedar marcada es que, como se describió *supra*, el concepto de tráfico incluye algunas variables importantes para éste fenómeno delictivo caracterizado justamente por el comercio, transporte y obtención de beneficios económico²⁸, sin embargo, es curioso que el legislador cubano denominó el capítulo “tráfico de personas”, pero ninguno de los dos preceptos que lo integran utiliza la palabra “tráfico” como verbo rector, no obstante la transcendencia que ello tiene en este fenómeno delictivo, ni todo los verbos rectores engloban ese concepto como ocurre en otras legislaciones de las estudiadas.

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

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

²⁸ Traficar con personas significa tratarlas como objeto de un negocio, obteniendo o persiguiendo un beneficio económico. Esa transmutación de las personas en cosas es la que permite identificar la lesión de la dignidad en los hechos de tráfico recayentes sobre seres humanos. En este sentido, García Arán afirma que el tráfico de personas puede ser concebido como aquellas “actividades destinadas a la organización de la captación o traslado ilegal de personas de un país a otro, abusando de las condiciones de inferioridad o vulnerabilidad cultural, social o económica, en que se encuentran o son colocados, realizada con o sin su consentimiento, y con fines lucrativos (García Arán, 2006, p. 13).

luego analizaremos el “tráfico” y la “trata”, con sus semejanzas y diferencias, ya analizadas *supra*.

Quienes son intermedios de la cadena puede que solo los motive el cobro por su intervención, sin estar animados por otros intereses. En fin que en dicho proceso pueden darse actos de comercio, actos de transporte y actos de explotación o sólo algunas de estas clases según nos movamos del tráfico a la trata. La complejidad de esta realidad nos conduce a un concepto de “tráfico” que debe incluir acumulativamente todas las fases posibles y en que son responsables del tráfico aquellos que controlan todo el proceso, en palabras de García Arán, una cosa es la conceptualización del fenómeno del tráfico de personas y otra la técnica legislativa que se utilice para individualizar los actos concretos que merecen ser perseguidos y su sanción penal (García Arán, 2006, p.13).

Elementos de la conducta típica.

Las conductas típicas del delito de tráfico de persona en las modalidades del artículo 347, apartados 1 y 2 del Código Penal cubano consisten en “organizar” y “promover” la inmigración ilegal, que se configuran como dos tipos mixtos alternativos, puesto que es suficiente con una de las dos conductas para que se materialice el delito y en el caso de que estén presentes las dos estaríamos ante un solo delito, por ello es que se considera que la construcción de los verbos rectores en el tipo penal tienen una enorme relevancia (Mir Puig, 2005, p. 348-349), de cara a la concreción de la conducta.

El tipo penal en la norma cubana se configura con la realización de los verbos rectores²⁹ que pretenden la entrada o salida del territorio nacional con la finalidad de emigrar y de obtener beneficios económicos.

²⁹ Los países comparados nos muestran en materia de verbo rector el panorama siguiente: España artículo 38 bis “promueva, favorezca o facilite”; Argentina artículo 116, “realizare”, “promoviere” o “facilitare”; Costa Rica artículo 245 “conduzca”, “transporte”, “aloje”, “oculte”, “encubra”; Chile artículo 411 bis, utiliza “promoción o facilitación”; El Salvador en artículo 367 A “intentare introducir”, “introduzca”, “albergue”, “transporte”, “guíe”; Perú artículo 303 A “promueve”, “favorece”, “financia”, “facilita”; Guatemala, artículo 103 “promueva o facilite”.



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

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

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

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

Promover por su parte significa incitar, promocionar, iniciar o impulsar el acto ilícito en este caso, el desplazamiento de un lugar a otro de los migrantes, procurando que este se logre, por ello acertadamente precisa Creus, refiriéndose al Código Penal argentino, en relación con la diferencia entre promover y facilitar: “Promueve el que por propia iniciativa organiza o toma a su cargo la tarea de hacer entrar o salir del país al sujeto

pasivo; facilita el que presta una ayuda o colaboración en la obra de un tercero emprendida con esa finalidad” (Creus, 1992, p. 216).

El legislador cubano al utilizar, los verbos rectores de organizar y promover, que resultan difícil de diferenciar, por tener un significado muy similar, deja sin definir la del “facilitador”, que ni organiza, ni promueve, por lo que queda excluido de la acción típica. Se puede establecer que facilita, el que hace posible o más sencilla la acción, o allana el camino o ayuda a salvar obstáculos³⁰, estamos abogando por esta ampliación de los verbos rectores³¹ con una perspectiva de política criminal que busca no dejar posibles brechas a ninguna acción que esté vinculada a este fenómeno y con ello damos también respuesta a los pronunciamientos de la Comunidad internacional.

Hay que tener en cuenta además, que aunque estemos en presencia de tipos penales abiertos, tanto la promoción como la organización y la facilitación requieren de actos positivos tendientes a lograr el traslado de los migrantes y como finalidad la búsqueda de un beneficio; ya que de lo contrario, por ejemplo la sola facilitación sin estos elementos adicionales, no sería un acto típico penal y pudiera constituir una infracción migratoria administrativa.

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

³⁰ Coincidimos con Pérez Cepeda (2004, p. 196-197), cuando señala que, se deben utilizar conceptos suficientemente amplios para abarcar en mayor o menor medida aquellos actos del que “por cualquier medio” o bien de “forma directa o indirecta”, favorezca, la entrada, permanencia o salida en el territorio nacional de personas con la finalidad de que emigren, que basta que el sujeto “fomente, estimule, favorezca, facilite, coadyuve o participe de cualquier forma”, para que sea punible siempre que sean idóneos para incidir en el tráfico.

³¹ El promotor inicia la acción, mientras que el facilitador puede colaborar con el promotor y también lo puede hacer con los traficados, que no son autores del delito, como ya se ha dicho, lo que en nuestro caso, de haberse incluido la figura del facilitador en al Título XV del Código Penal, pudiera integrarse a la modalidad de autores prevista en el inciso ch) apartado 2) del artículo 18, referido a “los que cooperan en la ejecución del hecho delictivo mediante actos sin los cuales no hubiera podido cometerse”. Se trata de que una interpretación correcta del artículo 347, no incluye, entre los autores del delito al que simplemente facilita la acción, mediante actos como el de transportar a los traficados hasta el lugar por donde se va a producir el embarque y otros que no estén relacionados directamente con los verbos rectores de organizar o promover. En las legislaciones que tienen prevista la figura del facilitador, como la española en el artículo 318 bis y la argentina en el 127 bis, la autoría de la participación, desplaza los tipos de complicidad de la parte general.

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

Otros elementos de tipicidad.

Entrada o salida del territorio nacional son las formas que establece el legislador para materializar la finalidad de emigrar, nótese que en algunos países se expresa por el legislador con toda claridad la intención de traficar, al identificar en la norma el término³², mientras que otras utilizan las formas de entrada y salida³³.

✓ *La modalidad de entrada al país con fines de migración.*

Nos parece que el legislador cubano debió establecer como figura básica en el 347.1 la “salida” y no la “entrada” porque como ha quedado demostrado en más de catorce años de vigencia del precepto no se conoce ninguna sentencia dictada en ese sentido, toda vez, queorganizar desde una isla rodeada de mar, el tráfico de personas, que procedentes de otras naciones, viajen a Cuba, con el propósito de emigrar hacia terceros países, constituye una actividad que podríamos calificar, al menos de poco atractiva, para los ciudadanos extranjeros interesados en emigrar por vías irregulares, con destino a los Estados Unidos o a otros países de nuestra área geográfica³⁴. La regulación penal en otros países abarca ese particular sólo cuando consideran su necesidad³⁵.

³² España “el tráfico ilegal”, Argentina “tráfico ilegal”, Costa Rica “tráfico ilícito”, Guatemala “tránsito ilegal”, El Salvador “evadir los controles migratorios del país o de otros países”.

³³ Perú “salida y entrada ilegal”, Chile “entrada ilegal”.

³⁴ Si se tratara de otros países como México o Canadá, que son fronterizos con los Estados Unidos, o de determinados estados europeos, entonces sí estaríamos ante una norma que prohíbe una conducta que afecta derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, que ocurren con una alta frecuencia, pero en las condiciones de Cuba, podemos hasta poner en duda la necesidad de tipificar dicha conducta como delito, en virtud del principio de intervención mínima.

³⁵ Chile establece en el artículo 411 bis “El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente”; Costa Rica en su artículo 245 prevé la penalización de quien “Con fines de tráfico ilícito, conduzca o transporte a personas para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares no habilitados por la Dirección General, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos; Guatemala artículo 103 “Comete el delito de ingreso



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

Al respecto De La Cruz Ochoa, al comentar el contenido del apartado uno del artículo 347, nos dice que: “En este primer artículo que de acuerdo con la técnica legislativa debió servir para redactar la figura básica, en realidad el legislador describe una modalidad especial e independiente, cuando se utilice el territorio nacional como país de tránsito, o sea, el propósito no es residir en el país sino solamente utilizarlo con mayor o menor brevedad como país de tránsito hacia el Estado receptor definitivo” (De la Cruz Ochoa, 2007, p. 51).

✓ *La modalidad de la salida del país con fines de emigrar.*

Es precisamente la figura del apartado dos del artículo 347 la que al tener mayor incidencia, nos indica la pertinencia de que, con las necesarias precisiones³⁶, en futuras modificaciones legislativas, se convierta en la figura básica del Título XV con la alternativa de considerar como modalidad agravada, la “penetración en el territorio nacional utilizando nave o aeronave ... con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas”, con las agravantes, previstas en el inciso 2 del artículo 348, para ambas modalidades³⁷ y ubicar en el artículo 348, la conducta prevista en el apartado uno del artículo 347, si se considerará necesario mantenerla como delito, porque, como ya afirmamos *supra*, bien pudiera pasar a la esfera administrativa.

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”.

³⁶ Como las referidas al tema de los terceros países, que explicaremos a continuación.

³⁷ Resulta contradictorio que el legislador de 1999 no previera que circunstancias de agravación tan trascendentes como las relacionadas con la participación de menores o poner en peligro la vida de las personas, incluidas en el apartado dos del artículo 348, debían aplicarse también a los organizadores o promotores de las salidas del territorio nacional.

La legislación penal cubana, a diferencia de la de otros países, al precisar los verbos rectores, de esta modalidad no incluye, la entrada en el territorio nacional³⁸, con la única excepción de la desafortunada figura básica del apartado 1) del artículo 347 del Código Penal, sin tener en cuenta, que en estos delitos, generalmente la acción típica consiste precisamente en la entrada o la salida del territorio nacional. En lo relacionado con la trata prevista y sancionada en el apartado a) del inciso 3) del artículo 302, con fines de explotación sexual, sí se incluyen ambas modalidades, la entrada o la salida del país³⁹. Todo ello se pudo haber evitado si la norma recogiera que la entrada, en su caso, o la salida que se organice o promueva son “ilegales”.

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

✓ *El elemento del ánimo de lucro.*

En la legislación cubana el ánimo de lucro⁴⁰, forma parte del elemento normativo del tipo penal, en una configuración que en pocas ocasiones se utiliza en las legislaciones y que la doctrina califica “por la relación entre la parte subjetiva con la objetiva” cuando por exceso subjetivo, los tipos pueden ser portadores de elementos subjetivos distintos al dolo, entre ellos los que Mir Puig, califica como de tendencia interna intensificada (Mir Puig, 2005, p. 230-231), donde afirma que el sujeto activo no busca algo que está más allá de la acción típica, sino que realiza ésta confiriéndole un sentido subjetivo específico, en este caso un beneficio económico.

Esta disquisición tiene trascendencia, toda vez, que la inclusión del ánimo de lucro en las legislaciones, obedece en sentido general, a la consideración de que estamos en presencia

³⁸ Aquí no se trata de ejemplos de laboratorio, como personas desconocedoras de la realidad cubana pudieran pensar. Es conocido que, en ocasiones, las lanchas rápidas que penetran en el territorio nacional para realizar salidas ilegales, arriban a nuestras costas con personas de origen cubano, residentes en los Estados Unidos o en otros países, que han decidido regresar a nuestro país de forma irregular.

³⁹ Según el artículo 127 bis del Código Penal Argentino, se pune con reclusión o prisión de tres a seis años al que “promoviere o facilitare la entrada o salida de una mujer o de un menor de edad para que ejerzan la prostitución”. (Creus, 1992, p. 215-216) El Código Penal Español, en su artículo 318 bis, comentado anteriormente, sí se precisa que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas se produzca desde, en tránsito o con destino a España o a otro país de la Unión Europea.

⁴⁰ En España el artículo 318 bis en su inciso 2 establece el ánimo de lucro como una forma de agravación de la conducta, *idem* a Cuba es la regulación en Chile *vid. supra* 44

de una figura utilizada por la criminalidad organizada para obtener grandes ganancias y por lo tanto la conducta antijurídica tiene una naturaleza económica (Pérez Ferrer, 2006, p. 96).

Para Pérez Cepeda (2004, p. 146), el ánimo de lucro comporta un mayor peligro objetivo de la acción para el bien jurídico y debe identificarse con el provecho o la ganancia económica que el sujeto se proponga conseguir.

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

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

Medios para cometer el delito.

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

La promoción y organización para la “salida” deja abierta la posibilidad de la utilización de disímiles formas, medios o mecanismos para su consumación que resulten de un peligro menor para los “traficados”⁴¹ a diferencia de los que generalmente se usan en

⁴¹En este sentido ver también a Silvera Martínez y Bertot Yero (2012, p. 17), quienes significan que el legislador en la descripción típica “alude a organizar o promover la salida del territorio nacional, sin limitar los medios utilizados para su ejecución... serán reconducibles a esta figura las conductas que

Cuba (lanchas, botes, vehículos adaptados para la travesía entre otros), Por ello consideramos que sería conveniente una mirada interpretativa a la modalidad del 347.1 y 2 en el sentido de esclarecer que cuando para lograr el propósito se utilicen otros medios fraudulentos como falsificaciones de visas, pasaportes u otros documentos migratorios⁴², estamos también en presencia de esta figura delictiva que bien pudiera estar en concurso con otras como se verá *infra*.

De La Cruz Ochoa, al comentar estos aspectos también se refiere al supuesto en el que una persona cumpla con todos los requisitos para viajar, pero lleve la visa falsificada en ese caso pudiera estar en presencia también de un concurso de delito (De la Cruz Ochoa, 2007, p. 55)⁴³ o sencillamente de otra modalidad delictiva si el sujeto activo no estaba vinculado a la organización o promoción de las salidas.

El sujeto activo y la participación delictiva.

Se trata de un delito común, ya que el sujeto activo puede ser cualquier persona, sin embargo, es necesario comentar que en la redacción del precepto, el legislador utilizó

favorezcan la salida de personas lucrativamente pactada, tanto cuando se trata de una aeronave o embarcación que se encuentra lícitamente en el territorio nacional, cumpliendo legalmente la función de trasladar personas, a la que se accede mediante mecanismos fraudulentos, como en los casos en que el medio de transporte es una nave que ingresa legalmente a las aguas jurisdiccionales cubanas”.

⁴² 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”.

⁴³ 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 si, sería un delito de falsificación de documento con salida ilegal del artículo 216 del Penal, pero no de tráfico de personas”.

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 preceptos⁴⁴ y sus Protocolos, con el objetivo de lograr con ello la punibilidad de conductas que de otra manera no pudieran penalizarse por no ser típicas o requerirían de la consumación previa.

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

En todos los preceptos el sujeto activo es de carácter general, es decir, puede ser cometido por cualquier persona, que no esté facultado para ello⁴⁵. Esto llama la atención pues si quien comete los actos está facultado, digamos que para realizar trámites migratorios, que en ningún caso serían de organización y promoción con ánimo de lucro, entonces pudiera pensarse en otra figura delictiva relacionada con la especialidad del sujeto y no el tráfico o una modalidad concursal.

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

La norma cubana también adolece de una circunstancia de agravación para los casos en que el sujeto activo sea una autoridad, agente de ésta o funcionario público, lo que

⁴⁴La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional Organizada, en su artículo 5 al redactar el tipo penal de la Penalización en la participación de un grupo delictivo organizado prevé en inciso 1 apartado b lo siguiente: “Laorganización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004, p. 4)

⁴⁵*Vid, supra* valoración sobre este particular.

puede ocurrir, tanto cuando se utilizan naves o aeronaves, como en las situaciones, ya analizadas, cuando se emplean otras vías como las falsificaciones de documentos migratorios.

Otro aspecto interesante es que un número importante de normativas internacionales y de los Por cuantos de las leyes especiales o de las modificaciones que incorporan el tráfico ilícito, lo fundamentan es su vínculo con la criminalidad organizada y nuestra ley tampoco hace menciona a ese particular, aspecto éste, de suma importancia si tenemos en cuenta que tanto en los Estados Unidos como en México han existido y existen grupos organizados dedicados a esta actividad hacia Cuba, lo que también debe ser objeto de atención en futuras modificaciones.

¿Y quien es el sujeto pasivo?

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

En este delito se ofrece una polémica interesante en relación al sujeto pasivo natural, toda vez que contrario a lo que ocurre en la generalidad de los tipos penales, aquí el sujeto pasivo otorga su “consentimiento”, para ser “traficado” en lo que Pérez Cepeda (2004, p. 203-204) denomina “autopuesta en peligro” del bien jurídico pues él debe ofrecer su anuencia para participar en los hechos, sin embargo ello no excluye la tipicidad del delito porque estamos en presencia de la protección de un bien jurídico colectivo como es la dignidad humana que debe ser preservado más allá del consentimiento particular. En esta misma línea Mir Puig (2005, p. 232) considera que estamos en presencia de los denominados delitos de encuentro, que se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo, de lo contrario si este se opone nos encontraríamos ante figuras de mayor gravedad.

Ya abordamos *supra* la posible problemática cuando existen traficados que realizan determinadas actividades de colaboración con los organizadores o promotores, con el objetivo de reducir o quedar eximidos del pago, por lo que en estos casos habría que determinar hasta qué punto esas actividades o aportes, integran el tipo penal o son considerados simples participantes en el tráfico, como pudiera ocurrir con los que aportan el medio de transporte para trasladar a las personas al punto de embarque y al propio tiempo están incluidos en la lista de los que van a salir del país⁴⁶.

Una parte de la doctrina (Pérez Ferrer, 2006, p. 101) considera además que el sujeto pasivo es el Estado teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es el orden migratorio.

Otra interrogante en el iter de la conducta.

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

⁴⁶ En la jurisprudencia española una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, la número 40/2003, de 21 de febrero, JUR 2003/135644, señala que “esa declaración supone un reconocimiento de los hechos por parte del acusado, aunque él no se considere el patrón de la patera, sí que viajaba gratis a cambio de ayudar al patrón, para ello fue contratado, y a los efectos de la acreditación del delito no es relevante que el pago por su trabajo fuera viajar gratis o regresar a Marruecos y cobrar 45.000 pesetas. Lo relevante es la ayuda que era necesaria para que el patrón pudiera cumplir su cometido que no era otro que introducir inmigrantes ilegales en España. (López Cervilla, 2003, p. 14).

En ese supuesto coincidimos con Silvera Martínez y Bertot Yero (2012, p. 17), quienes afirman que “tampoco resulta necesario para poder enjuiciar y sancionar a los promotores y organizadores de la salida (en los supuestos en que sólo estos son capturados), que sean habidos los traficantes, pues se trata de hechos jurídicamente distintos determinantes de que estos sujetos respondan por títulos de imputación igualmente diferentes (los organizadores y promotores por el apartado segundo del Artículo 347, y el traficante por el 348); siendo suficiente que quede debidamente acreditado que ciertamente se iba a producir una extracción de seres humanos utilizando un medio de transporte aéreo o naval que ingresaría ilegalmente en nuestro país para tales propósitos”.

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

El verbo rector que informa la conducta es “penetrar” en el territorio nacional, utilizando determinados medios como nave o aeronave u otros medios de transporte⁴⁷, con igual propósito de realizar la salida ilegal de personas del territorio nacional. Es un delito de intención ulterior⁴⁸, en el que la sola penetración en el territorio nacional consuma la figura, mientras que el apartado segundo constituye el tipo agravado, cuando concurren determinadas circunstancias, de modo alternativo.

Aquí debemos precisar que para que se cometa el delito, es necesario penetrar en el territorio nacional desde el extranjero tal y como está redactada la figura no deja lugar a dudas en ello, con el objetivo de realizar la salida ilegal de personas, utilizando una nave o aeronave⁴⁹, o cualquier otro medio de transporte.

⁴⁷ En el caso cubano son múltiples y variados los medios utilizados.

⁴⁸ También denominados por algunos autores de consumación anticipada, ver por todos (Quirós Pérez, 1999, p. 130)

⁴⁹ De la Cruz Ochoa (2007, p. 52) donde señala, entre otros aspectos, que: “por nave debe entenderse cualquier artefacto flotante y capaz de trasladarse por medios mecánicos o humanos de un sitio a otro, por 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

En relación con esta figura, se ha afirmado con acierto por la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, en la Sentencia No. 1119, de 30 de marzo de 2011(Boletín del Tribunal Supremo Popular, 2011), 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..."⁵⁰.

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

territorios sólo son alcanzables por nave o aeronave al tratarse Cuba de una isla". (Cruz Ochoa, 2007, p. 52)

⁵⁰ Se trata de una interpretación muy discutible, porque ante estas situaciones debe regir el principio de especialidad, como señalamos *infra*. El único antecedente que hemos encontrado en la investigación en la Sentencia No. 4286 de 27 de septiembre de 2005, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, en que se apreció la concurrencia de circunstancias, sin las cuales el hecho no hubiera podido ejecutarse, en la que se valora "que del relato de hechos se advierte claramente, que los actos ejecutados no son los que puedan ser enmarcados en el artículo trescientos cuarenta y siete, apartado segundo del Código Penal, pues los mismos son de cooperación necesaria para los agentes que penetraron en el territorio nacional procedentes de un país extranjero y sin la participación del recurrente esas personas no hubieran podido alcanzar su objetivo de sacar a las personas indicadas del país, pues no sabían penetrar hasta el lugar de la costa que habían seleccionado para recogerlas".

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 anteriormente⁵¹, en la que se señala que “La Sala de casación acertadamente aclara que si no existió penetración en el territorio nacional de algún medio de transporte para realizar la salida ilegal de personas, no es posible calificar acción alguna realizada por otros (aunque estos tuvieran la expectativa de que se produjera tal arribo de alguna nave al territorio nacional), como un delito de tráfico de personas de la modalidad del artículo 348 del Código Penal, a lo que se podría añadir, además, que el sujeto activo de este delito es el individuo que con nave o aeronave u otro medio de transporte, penetre en el territorio nacional, no quien simplemente esté esperando tal penetración para emplear ese medio en su viaje clandestino, que solamente incurriría en responsabilidad si de algún modo colabora con la entrada de la embarcación al territorio nacional o la guía hasta el punto exacto en que se podría abordar”.

Por otra parte, se aprecia que en los elementos del tipo penal de la figura prevista en el artículo 348, apartado uno, no se exige el requisito del ánimo de lucro⁵², lo cual nos parece que se trata de una omisión del legislador, teniendo en cuenta que estamos en presencia de una modalidad autónoma del delito de tráfico de personas, aunque está directamente relacionada con la forma más frecuente de comisión de la figura prevista en el artículo 347, apartado dos ellas son totalmente independientes.

⁵¹ 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.

⁵² 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”(…) (Boletín del Tribunal Supremo Popular., 2002)



Circunstancias de agravación del tipo penal.

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

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

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

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

Se trata de delitos cuyo resultado aparece con la creación de una situación concreta de peligro para el bien jurídico protegido. Por eso, al igual que sucede con todo delito de resultado, será necesario establecer una relación objetiva de imputación entre el comportamiento y aquella situación de peligro concreto⁵³, cuya gravedad habrá de determinarse por los parámetros de la previsibilidad del resultado, dependiendo, entre

⁵³ Esta formulación requiere precisar la cuestión de cómo ha de estar configurado y el momento en el que se ha de comprobar que el peligro ha afectado a tales bienes, para poder aplicar esta circunstancia de agravación, no es una simple declaración, no es casual que el concepto de “peligro” evada una definición doctrinal exacta y que no pueda determinarse con validez general para todos los casos, sino dependiendo de las circunstancias particulares de cada uno de ellos, en lo que sí existe consenso es que el comportamiento realizado tiene que haber creado una proximidad del peligro o la probabilidad de una lesión (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2006, p. 320-321).

otros factores, de las condiciones del traslado, el números de posibles afectados y del tipo de lesión (Roxin, 1976, p. 341).

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

Presencia de Menores de catorce años.

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

Particularmente en el caso de los menores de 14 años de edad se discute, si para que se pueda apreciar esta circunstancia de agravación es necesario que los traficados se encuentren a bordo del medio de transporte o si es suficiente con que el menor se halle a la espera de su emprendimiento, en lo que coincidimos con Silvera Martínez y Bertot Yero (2012, p. 18), en la apreciación de que debido a que la situación de peligro se crea desde que el menor se ve inmerso en estas actividades inmediatamente anteriores y concomitantes con la transportación; teniendo en cuenta la naturaleza de consumación anticipada que posee la figura, no precisa que se haya iniciado la transportación para entender consumado el hecho delictivo, por lo que “parece más ajustado sostener que el sujeto que penetra con la finalidad de extraer personas, responde por el apartado 2, inciso ch, si efectivamente tiene conocimiento de que dentro del grupo de sujetos que se propone transportar se encuentra un menor de 14 años”.

Nos llama la atención que entre los elementos de agravación se incluye la transportación de menores de catorce años de edad, pero no se hace referencia a los incapacitados, por lo que en futuras modificaciones de la norma resulta recomendable que también se haga una referencia expresa a las personas con discapacidad (Organización de Naciones Unidas, 2006), cuando de lo que se trata es de proteger a los más vulnerables del peligro que puede significar para su vida e integridad corporal la salida del territorio nacional en condiciones peligrosas o violando las regulaciones migratorias vigentes.

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

El fundamento de esta forma de agravación se encuentra vinculado esencialmente a un atentado a la libertad del inmigrante, que se sometido a diversas formas de violencia física o moral⁵⁴, mediante los cuales se doblega su voluntad y sus efectos pueden incluso extenderse a terceros vinculados a él, cuando por ejemplo es ejercida sobre sus familiares para obligarlos a pagar las deudas contraídas.

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

El elemento subjetivo.

El delito de tráfico de personas es doloso por su propia esencia, comercializar con personas. Debe entenderse que todos los tipos penales que se recogen en nuestra legislación en esta materia exigen de un dolo directo. Tanto en el caso de la conducta de organizar como en la de promover la salida ilegal, tal requerimiento deriva de que esas

⁵⁴ El contenido de la violencia debe ser de una magnitud tal que le impida actuar con la libertad que quisiera en la toma de la decisión, pero sin llegar a provocarle lesiones que reúnan atributos de delitos, porque en ese caso estaríamos en presencia de otra modalidad agravada, por su parte la **intimidación** como constreñimiento psicológico, que interfiere también en la toma de decisión debe ser de magnitud suficiente para infundirle un miedo que lo haga actuar en un sentido que no desea. Sobre el concepto de violencia o intimidación para el Derecho penal. (Muñoz Conde y García Arán, 2007, p. 216-217)

acciones presuponen un sentido de dirección de la voluntad que resulta incompatible con la idea de dolo eventual. Ratifica la exigencia de dolo directo, la necesidad de que esas conductas procedan con ánimo de lucro, en el sentido que la intención del sujeto es obtener una ventaja de carácter económico.

Ello excluye también la posible presencia de la circunstancia eximente por causa de inculpabilidad como el error⁵⁵, al resultar imposible, alegar desconocer los elementos del tipo penal por la manera en la que este se redacta caracterizado por los verbos “organizar” o “promover” o alegar desconocimiento de la norma en sí mismo.

El resultado.

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

El iter criminis.

Nos encontramos ante delitos consumados en los que no caben formas intentadas, es una figura que entra en la categoría de “tipos de emprendimiento”⁵⁶.

⁵⁵ El error de tipo o el error de prohibición son circunstancias relacionadas con la culpabilidad del sujeto, que requiere del conocimiento del tipo de injusto y su prohibición legal (Mir Puig, 2005, p. 271-272).

⁵⁶ Roxin (1997, p. 334) señala que “mientras que la consumación y la tentativa son tratadas en múltiples aspectos de modo diferente por los legisladores, en el caso de los delitos de emprendimiento se trata de tipos que equiparan tentativa y consumación. Su importancia práctica estriba en que en ellos desaparece la atenuación para la tentativa y no rige la disposición sobre el efecto eximente del desistimiento voluntario en su lugar, algunas regulaciones específicas admiten en el caso concreto una atenuación o una dispensa de pena para el “arrepentimiento activo”. La cuestión de hasta qué punto y en qué tipos pueden trasladarse por lo demás las reglas de la tentativa a los delitos de emprendimiento, es muy polémica” (...). Los tipos por emprendimiento pueden ser propios o impropios

Como se ha sostenido la inclusión de este tipo penal, constituyen un instrumento de tutela frente a posibles actos de tráfico de personas, lo que supone, una afectación al bien jurídico, sin embargo, su complejidad ha conducido al legislador a un contenido de “tráfico” en que ha incluido acumulativamente todas las fases posibles, en los verbos de “organizar o promover”⁵⁷ acudiendo así a la técnica de los delitos de emprendimiento.

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

Ahora bien, intentando ser más precisos, se puede señalar que los tipos penales del artículo 347 responden a los llamados delitos de emprendimiento impropios ya que presentan la peculiaridad de contar con una situación del hecho descrita, que para la consumación debe concurrir objetivamente es decir, que el sujeto está obligado a realizar los actos que llenen de contenido ambos verbos rectores⁵⁸, no bastando con que esté “emprendida” (Roxin, 1997, p. 336).

Mir Puig (2005, p. 132), refiriéndose a esta cuestión teórica comenta que aun cuando se equipare en esta clase de delitos la tentativa a la consumación, conduciendo por ello a renunciar a la atenuación o reducción del marco penal, no se modifica el concepto de tentativa, porque siempre resultará impune la tentativa de delitos de emprendimiento. En efecto, si la regulación de la tentativa se pudiera referir a sí misma, en todas las tentativas no sólo sería punible la tentativa de realización directa del tipo, sino también la tentativa de la tentativa, y a su vez, la tentativa de ésta hasta llegar al último acto

⁵⁷Ya en el análisis de la autoría y las formas de participación hicimos referencia al artículo 18, apartado segundo, inciso b del Código Penal cubano, que considera autores a “los que organizan el plan del delito y su ejecución”, lo que queda vacío de contenido para esta figura.

⁵⁸ Para ser consecuentes con lo previsto en el artículo 12 del Código Penal cubano es necesario que el sujeto activo emprenda acciones encaminadas a realizar la acción típica, de la entrada o la salida del sujeto pasivo o inicie cualquier acto encaminado a lograr estos fines, aunque la salida o la entrada no se produzcan por cualquier motivo, como pudieran ser la falta del medio de transporte o la actuación de las autoridades.

preparatorio, lo que no respetaría la taxatividad de los tipos y por ende el principio de legalidad, postura que compartimos.

Problemas concursales

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

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

El bien jurídico protegido marca la diferencia esencial entre las conductas que ya se recogían en el Código penal y las que introdujeron las modificaciones introducidas por la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, tomando en consideración que el “orden público”⁵⁹ era la plataforma que salvaguarda los delitos de entrada y salida del territorio nacional, lo que tenía trascendencia incluso en algunos elementos importantes como el del “ánimo de lucro” que no aparecía expresamente consignado en ninguna de las formulaciones típicas, aunque es de dudosa credibilidad que el que “organizara y promoviera” una de estas conductas no estaba movido por ese afán, esto marca ya una diferencia con el tráfico donde sí se incluye el requisito de que la actividad se realice con el propósito de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Aunque no existía ningún inconveniente en que en esos supuestos se aplicara como debía ser en buena técnica, la circunstancia agravante de cometer el hecho con lucro⁶⁰ y

⁵⁹El Título IV Delitos contra el orden público, en el capítulo X artículo 215 regula los elementos del delito de Entrada ilegal del territorio nacional, mientras que en los artículos 216 y 217 se prevén las conductas relacionadas con la Salida Ilegal del Territorio Nacional

⁶⁰La circunstancia agravante de la responsabilidad penal del artículo 53 inciso b. (Cuba, 1999)

con ello se podía acercar la sanción al límite máximo si concurría de manera muy intensa.

En el tratamiento al sujeto pasivo en el delito de tráfico de personas solo se sancionan, como es la práctica internacional, a los ejecutores, organizadores y promotores del tráfico, pero no a los traficados; que en realidad son víctimas de este lucrativo negocio, mientras que en el de Salida Ilegal del Territorio Nacional, se sanciona la simple salida, o el hecho de organizar, promover o incitar, de manera que al no concurrir los elementos para integrar el delito de tráfico de personas⁶¹, entonces todos los participantes en la salida ilegal serían autores del delito, lo que evidencia una falta de congruencia legislativa, aunque en la práctica, con excepción de los casos que ocurren en el territorio ilegalmente ocupado de la Base Naval de Guantánamo, por razones comprensibles de seguridad nacional; ante situaciones de este tipo, en los últimos años, la Fiscalía, por lo general, no está ejerciendo la acción penal, lo que se corresponde también con los acuerdos migratorios existentes entre los Gobiernos de Cuba y los Estados Unidos (Aja Díaz, 2010, p. 116)⁶².

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

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

⁶¹ Como ocurre, a modo de ejemplo, cuando se organice una salida familiar en una embarcación rústica.

⁶² También 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.

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

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

Lo que significa que cuando la salida se realiza con la finalidad de que las personas que participan en ella ejerzan la prostitución o cualquier forma de comercio carnal, se integraría este delito, en lugar del tráfico de personas, para lo que, a diferencia del tráfico, resulta intrascendente que la entrada o la salida del territorio nacional, se realice de forma legal o ilegal y tampoco se exige el requisito de ánimo de lucro, lo que nos parece adecuado, porque de lo que se trata es de combatir esta modalidad de la trata, donde la ilegalidad consiste precisamente en el fin que se persigue con la acción, que es el ejercicio de la prostitución⁶³.

Refiriéndose a la norma penal Argentina, Creus (1999, p. 216-217), precisa que “no interesan las motivaciones que ha tenido el agente para promover o facilitar, pues, aunque habitualmente se actúa por lucro, la ley no requiere ese objetivo en la estructura típica (quien facilita la entrada al país de la mujer que ejerce la prostitución para que la ejerza en él, sin recibir nada a cambio, condolido por la miseria que sufre al ejercerla en un país extranjero, también comete el delito).

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, siempre que la salida se produzca con la finalidad de que ejerzan la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal y en el inciso 5) del apartado 2) del referido artículo 302, se define

⁶³En el Código Penal Argentino se le da un tratamiento similar y al respecto Creus (1999, p. 216) refiere que es típicamente indiferente el carácter ilegal de la entrada o salida del sujeto pasivo; la entrada o salida legal, es decir cumpliéndose todos los requisitos reglamentarios correspondientes también puede integrar el tipo, ya que lo que fundamentalmente se pune en él es la ilegal finalidad del desplazamiento; lo mismo puede decirse del facilitamiento; tan típico es el auxilio o ayuda referido a una entrada o salida ilícita, como a una lícita.

Véase también, en igual sentido, el artículo 177 bis del Código Penal Español, que fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tampoco exige los requisitos de la ilegalidad de la entrada o salida del territorio nacional.

como comercio carnal, a los efectos de este artículo, toda acción de estímulo o explotación de las relaciones sexuales como actividad lucrativa⁶⁴.

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

Se trata de una ubicación y redacción inadecuadas, mezclada con el delito de proxenetismo, sólo para los casos de entrada o salida en el territorio nacional con fines de explotación sexual, excluyendo los elementos de tipicidad cuando el hecho se comete dentro del territorio nacional, también los casos en que los fines de la trata se relacionen con la protección especial de los niños y las niñas, la adopción ilegal, matrimonios forzados, las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares, la extracción de los órganos corporales y la explotación para realizar actividades delictivas⁶⁵, como⁶⁶ carterismo, hurto, tráfico de estupefacientes y otros delitos⁶⁷.

⁶⁴De La Cruz Ochoa (2007, p. 47), manifiesta al respecto que la palabra más adecuada que debió utilizar el Código Penal cubano, en su artículo 302.1.3 fue explotación sexual, en lugar de comercio carnal, que tienen una connotación más estrecha. Por explotación sexual, debe entenderse la disposición para el ejercicio de la prostitución o cualquier servicio de naturaleza sexual, como por ejemplo la pornografía o espectáculos sexuales impuestos por el sujeto a la víctima. En la legislación española, el inciso b) del apartado 1) del artículo 177 bis, del Código Penal Español, incorporado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el sujeto pasivo, también puede ser cualquier persona y se incluyen entre los elementos de tipicidad la explotación sexual y la pornografía infantil. Creus (1999, p. 217), sobre el artículo 127 bis del Código Penal argentino, comenta que: "Sujeto pasivo solo puede serlo una mujer – de cualquier edad – o un varón menor de veintiún años, sea que esté ya prostituido o que vaya a prostituirse después de entrar o salir del país.

⁶⁵La definición de trata de personas, ha evolucionado en los últimos años en España, fue incluida en un Título independiente del Código Penal Español, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica 5/2010 y más recientemente con la Directiva 2011/36UE, del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2011, se amplía el concepto de "trata de seres humanos", respecto de la normativa anterior, y se incluyen en él otras

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

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

El delito de venta y tráfico de menores.

Otra de las posibles confluencias con el delito de tráfico de personas, en el Código penal cubano, que se une a las ya comentadas, de la entrada y salida ilegal del territorio

formas de explotación. Ahora abarca la mendicidad, la protección especial del menor, la extracción de órganos, adopción ilegal, los matrimonios forzados, y la explotación para realizar actividades delictivas, como carterismo, hurto, tráfico de estupefacientes y otros delitos, que supongan lucro y estén penados. En la propia Directiva se precisa que la explotación se produce cuando se ha ejercido una coacción sobre la persona (amenaza o uso de la fuerza, rapto, fraude, engaño, etc.), independientemente de que la víctima haya dado su consentimiento y que cuando la víctima sea un menor de dieciocho años, estos actos de explotación serán muestra automáticamente de la trata de seres humanos aunque no se emplee ninguno de los medios de coacción antes citados

⁶⁶La Directiva considera también la necesidad de que los Estados miembros, a la hora de tipificar estas conductas delictivas, tengan en cuenta aspectos como la edad, la situación de especial debilidad de la víctima, el sexo, el estado de gestación, el estado de salud, y la discapacidad. También la conducta mantenida en la ejecución del delito, como la tortura, el consumo obligado de drogas o medicamentos, la violación física o la violencia psíquica, física o sexual grave. (Balaguer Callejón, 2011)

⁶⁷ En otras legislaciones como la española, además de la explotación sexual, se añaden la laboral y la relacionada con la extracción de órganos de la víctima de la trata. Véase el artículo 177 bis del Código Penal Español. op. cit.

nacional y la trata de personas, es el delito de venta y tráfico de menores⁶⁸, por lo que cuando se trate de un menor de dieciséis años de edad, vendido o transferido en adopción, en la modalidad prevista en el inciso c) del apartado 2) del artículo 316, concurre el delito de venta y tráfico de menores, en lugar del de tráfico de personas del apartado 2) del artículo 347 del Código Penal.

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

Se puede valorar también que en la solución de esta colisión de normas jurídicas, debemos tener en cuenta que el apartado 4) del artículo 316 establece que: “Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que los hechos no constituyan un delito de mayor entidad” y la sanción del delito de trata de personas en el apartado 3) del artículo 302, es de 20 a 30 años de privación de libertad; mientras que cuando se trate de un menor de dieciséis años de edad, la sanción prevista en el apartado 3 del artículo 316 es inferior, aunque alta, de 7 a 15 años de privación de libertad.

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

A diferencia de la trata de seres humanos, que como ya apuntamos, de la forma en que ha sido regulada en nuestro Código Penal, se limita únicamente a los fines de explotación sexual, el delito de venta y tráfico de menores, ha sido redactado con una mejor técnica legislativa e incluye entre los elementos del tipo penal el propósito de

⁶⁸ El delito de venta y tráfico de menores fue introducido en el Título XI del Código Penal cubano, por el artículo 19 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999.

utilizar al menor en cualquiera de las formas de tráfico internacional, relacionadas con la práctica de actos de corrupción, pornográficos, el ejercicio de la prostitución, el comercio de órganos, los trabajos forzados y actividades vinculadas al narcotráfico o al consumo ilícito de drogas.

Estamos en presencia de un delito de dolo específico, donde queda delimitada la intención ulterior, cuyo propósito no necesariamente debe alcanzarse para que se considere consumado el delito (De la Cruz Ochoa, 2007, p. 48).

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

En materia de concurso de delitos, es lógico que figuras delictivas como las de tráfico de personas, que en su comisión pueden operar distintas fuentes para la realización del tipo, el sujeto activo puede incurrir en la comisión de otros ilícitos penales como son la falsificación de documentos de inmigración o trámites para ello, en esto pudiera estar vinculados funcionarios encargados de realizar esos trámites que lo hagan para obtener beneficios económicos, o puede ocurrir que el sujeto activo solicite dinero o ventaja patrimonial haciéndole creer al sujeto pasivo que realizará trámites migratorios para él que finalmente no realice, entre otras conductas, que bien pudieran corporificar distintas figuras.

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

En Cuba como se señaló anteriormente existe una grave dificultad en el delito de tráfico en el que no se incluye como circunstancia de agravación especial, la cualificación del

sujeto, y por ello cuando esté presente esta figura en los actos concretos se deberá valorar, que tipo penal es el cometido por el sujeto activo.

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

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 y se convierten en víctimas de las bandas criminales, que cada día invierten más en esta actividad por los enormes dividendos que le producen.

Entre las medidas generales valoramos las siguientes:

- ✓ En relación con los delitos de tráfico ilícito de personas y otras figuras delictivas afines desde el punto de vista penal, resulta necesario prestar atención a:
 - a) La denominación y el contenido del Título XV del Código Penal debe ser modificada por “Delitos contra el orden migratorio y la dignidad humana” para ser coherentes con el bien jurídico que se pretende proteger, en el que se incluyan algunas conductas de las previstas en el actual Capítulo XI del Título IV de los

- delitos contra el “Orden público”, derogándolo e incorporando al Título XV las que estén directamente relacionadas con la protección al “orden migratorio”.
- b) Prever como figura básica del delito de Tráfico, el actual apartado 2 del artículo 347 con los verbos rectores siguientes: “organizar”, “facilitar” e “incitar” la salida o entrada en el territorio nacional con fines de tráfico, lo que permitiría ofrecer protección también a las conductas recogidas en el artículo 217.1 derogándolo.
 - c) Sustituir el término “terceros países”, por el de “otro país”, para evitar distintas interpretaciones y con ello inseguridad jurídica.
 - d) Incorporar una figura agravada de esta modalidad en la que se incluyan como circunstancias las siguientes: “cuando el sujeto activo ostente la condición de funcionario público o autoridad o se aproveche del cargo u ocupación”; la conducta se comete como parte de un “grupo delictivo organizado o perteneciente a la criminalidad organizada trasnacional” ó “si entre las víctimas se encuentra un menor de catorce años o un incapacitado”.
 - e) Se debe prever una figura autónoma para los actos de salida ilegal del país o en actos tendentes, donde se emplee violencia o intimidación a las personas.
 - f) En la conducta de “penetrar” en el territorio nacional se debe incorporar el “ánimo de lucro” en los elementos de tipicidad.
- ✓ Derogar el Capítulo XI del Título IV “Delitos contra el Orden Público”, toda vez que en la actualidad nos encontramos en condiciones de otorgar tratamiento administrativo al que solo incumpla las formalidades establecidas por la Ley migratoria para entrar o salir del territorio nacional, mientras que las figuras de mayor trascendencia deben pasar a formar parte de figuras autónomas en el Título XV que proteja el ordenado tráfico migratorio.
 - ✓ En cuanto al delito de Trata de personas atendiendo a su innegable protección a los derechos humanos y a la dignidad humana, debe conformar un Título, que podría denominarse: “Delitos contra la dignidad humana” o transformar el actual Título

XV bajo la denominación de “Delitos contra el orden migratorio y la dignidad humana” e incluirle un Capítulo sobre la Trata de personas.

- ✓ La Trata de personas debe incluir en su formulación los elementos de tipicidad siguientes:
 - a) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas utilizando amenaza, fuerza, coacción, rapto, engaño, abuso de poder, situación de vulnerabilidad.
 - b) Una finalidad de explotación sexual por ello se debe sustituir el actual término de “comercio carnal”.
 - c) Significar la protección especial de los niños y las niñas, la adopción ilegal, matrimonios forzados, las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares, la extracción de los órganos corporales, y la explotación para realizar actividades delictivas en correspondencia con lo previsto en los instrumentos jurídicos internacionales.
 - d) Prever una modalidad delictiva para cuando la conducta se realice dentro del “territorio nacional”.

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.

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

1. El tráfico internacional de personas constituye cada vez más un flagelo en expansión, que se complejiza con la creciente participación de organizaciones criminales motivadas por los altos beneficios económicos que les genera.
2. La política criminal debe marcar el rumbo de las concepciones dogmáticas que permitan un diseño normativo adecuado con la configuración de figuras delictivas que propicien un enfrentamiento efectivo al fenómeno del tráfico de personas y otras figuras afines, sólo así se ofrecerá una respuesta coherente al fenómeno en sede penal.
3. El Código Penal cubano regula la figura del tráfico de personas desde antes de la vigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, lo que a pesar de las deficiencias de orden técnico que contiene en la redacción de los tipos penales, ha permitido enfrentar las acciones de los traficantes, que desde el exterior o en el propio país realizan diversas acciones encaminadas a promover las salidas ilegales con ánimo de lucro, pero se encuentra urgido de modificaciones en su diseño y contenido que permitan ofrecer un tratamiento más depurado no sólo al tráfico sino también a otras figuras afines.

Referencias

- Aja Díaz, A. (2010). Los Estados Unidos-Cuba. Emigración y relaciones bilaterales. *Revista Temas*(62-63).
- Arroyo Zapatero, L. (2007). *Comentarios al Código Penal Español*. Madrid: Editorial Iustel.
- 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.
- Balaguer Callejón, M. L. (2011). Crónica de Legislación Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo, Año 8*(15). Recuperado de:
<http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/16MLBalaguer.htm>
- Boletín del Tribunal Supremo Popular. (2011). *Departamento de Divulgación e Información*. Ed. C. House. Recuperado de:
http://www.acnur.org/index.php?id_pag=2_038
- Departamento de Divulgación e Información (2002). *Boletín del Tribunal Supremo Popular*.
- Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de Derecho Penal. Parte general* (3ª ed.). Barcelona: Editorial Ariel. .
- Creus, C. (1992). *Derecho penal. Parte General*. (3ª ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Creus, C. (1999). *Derecho Penal. Parte Especial* (6ª ed., Vol. I). Editorial Astrea.
- Cuba. (1999). *Código Penal cubano. Ley No. 62 de 1987*. La Habana: Colección Jurídica. Ministerio de Justicia.
- De la Cruz Ochoa, R. (2007). Delitos de trata y tráfico de personas. *Revista Cubana de Derecho* (30).

- Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos. (2012). *Informe de la trata de personas*. Washington: Departamento de Estado. Recuperado de: <http://photos.state.gov/libraries/mexico/310329/October2012/JTIP%20REPORT%202012-Introduction-RTF062712-final-SPA.pdf>
- Díez- Ripollés, J. L. (2008). La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. *Revista Política Criminal*(5), 1-37. Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf
- Domínguez Figueirido, J. L. (2003). Sociología jurídico penal y actividad legislativa. En R. Begalli, *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Espinoza, G. F. (2005). Tráfico de personas. La tercera actividad ilegal más lucrativa del Mundo. *IX Región*. Recuperado 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.
- Ferrajoli, L. (s/a). Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. *Revista Ciencias Penales*(5). Recuperado de: <http://cienciaspenales.org/>
- García Arán, M. (2006). *Trata de personas y explotación sexual*. Granada: Editorial Comares.
- González Núñez, J. (2012). Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios. *Revista del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*. Recuperado de: www.ciidep.ar
- Gullock Vargas, R. (2008). *El Delito de Tráfico de Inmigrantes*. (1ª ed.). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Hassemer, W. (1989). Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*, 275-285.

- Hormazábal Malarée, H. (1992). *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal* (2ª ed.). Editorial jurídica ConoSur.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (J. Cuello Contreras y J. L. Serrano, Trads.) Madrid: Ediciones Jurídicas. S.A. Universidad de Extremadura. Marcial Pons. .
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho Penal del enemigo* (1ª ed.). Thomson Civitas. Cuadernos Civitas.
- López Cervilla, J. M. (2003). *Tráfico ilícito de personas. La reforma del 318 bis del Código penal*. Boletín N° 177.
- Mardones Vargas, F., y Fernández, J. M. (2011). *Manual de Defensoría Nacional*. Recuperado de: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5734-2.pdf>
- Marín, E. (2013). *Miles de inmigrantes pobres mueren tratando de salir de infiernos*. Recuperado de: http://www.laarena.com.ar/opinionsiempre_mueren_ya_sea_por_mar_a_la_mpedusa_o_en_la_frontera_de_eeuu-103737-111.html
- Martínez Escamilla, M. (2009). Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *Revista para el Análisis del Derecho. InDret*. Recuperado de: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138050/188695>
- Marx, K. (1977). *Líneas fundamentales (Grundrisse)* (Vol. II). Barcelona: Ed. Crítica.
- Medina Cuenca, A. (2013). El delito de tráfico ilícito de migrantes y la necesidad de su actualización en el Código Penal Cubano. *Revista Derecho, Empresa y Sociedad (RDES), Época I(2)*. Recuperado de: [http://www.dykinson-online.com/Revista_de_derecho,_empresa_y_sociedad_%28REDS%29_Numero_2,_Epoca_I,_Mayo_-_Agosto_2013.ebook7201](http://www.dykinson-on-line.com//http://www.dykinson-online.com/Revista_de_derecho,_empresa_y_sociedad_%28REDS%29_Numero_2,_Epoca_I,_Mayo_-_Agosto_2013.ebook7201)

- Milanese, P. (2008). *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Recuperado de: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal* (2ª ed.). Buenos Aires: Euros editores S.R.L.
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho penal. Parte General*. (7ª ed.). Montevideo: Editorial B de F.
- Moya Vivanco, I. (2011). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Editorial Gráfica Columbus SA.
- Muñoz Conde, F. (1992). Prólogo. En H. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal* (2ª ed.). Editorial jurídica ConoSur.
- Muñoz Conde, F. (2000). Presente y futuro de la dogmática jurídico penal. *Revista Penal*.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. (7ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- 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*. New York: UNODC. Recuperado de: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Organización de Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. Recuperado de: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Pérez Cepeda, A. I. (2004). *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*. Granada: Editorial COMARES.



- Pérez Ferrer, F. (2006). Análisis Dogmático y Político-Criminal de los delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros. *Monografías de Derecho penal*.
- Pomares, E. (2011). El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (13-15.).
Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>
- Quirós Pérez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal* (Vol. I). La Habana: Editorial Félix Varela. Ciencias Jurídicas.
- Rodríguez Mesa, M. J. (2001). *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Mesa, M. J. (2007). Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>
- Roxin, C. (1976). Sentido y límites de la pena estatal. En C. Roxin, *Problemas básicos de Derecho penal*. Madrid: Editorial Reus.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (2ª ed., Vol. I). (D.-M. L. Peña, Trad.) Editorial Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (1997). Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. En J. M. Bosch (Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona.
- Silvera Martínez, O. y Bertot Yero, M. (2012). Apuntes acerca del tráfico de personas en la legislación cubana actual. *Boletín ONBC*.(43).
- Terradillos Basoco, J. (1981). La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela Jurídico-penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 125-149.
- Zaffaroni, E. R. (2012). *La cuestión criminal* (3ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Planeta.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Buenos Aires: Ediar.