

## Consideraciones jurídicas sobre las migraciones en Cuba. Una propuesta para la regulación de los delitos de trata y tráfico de personas

*Legal considerations on migrations in Cuba. A proposal for the regulation of  
human trafficking and migrant smuggling crimes*

Laidiana Torres Rodríguez\*  
Lisett Daymaris Páez Cuba\*\*

ARTÍCULO ORIGINAL | Recibido: 15 de mayo de 2018  
Aceptado: 3 de julio de 2018

### Resumen

En el contexto actual, las migraciones ocupan un lugar significativo en las relaciones humanas por sus consecuencias económicas, psicológicas, sociológicas y jurídicas. El presente trabajo tiene como objetivo argumentar el impacto jurídico de las migraciones en Cuba teniendo en cuenta la regulación actual de los delitos de trata y tráfico de personas. A tales fines se emplearon métodos teóricos y empíricos, los que permitieron arribar a resultados trascendentes no solo para la ciencia del Derecho, sino también para los análisis demográficos y los estudios de población en Cuba. Se realizó un diagnóstico que incluyó la aplicación de entrevistas, revisión documental y observación científica a juicios orales en materia penal. Se obtuvo como principal resultado la propuesta de tres presupuestos teóricos para la adecuada regulación jurídica de la migración en el Código Penal cubano, en especial lo relativo a la intervención de terceros países, la concepción del ánimo de lucro y la autonomía de la trata de personas como figura de delito.

### Palabras clave

Ánimo de lucro, Código Penal, Derecho, migración, terceros países.

### Abstract

*In the current context migrations occupy a significant place in human relations because of their economic, psychological, sociological and legal consequences. This paper aims to argue the legal impact of migration in Cuba taking into account the current regulation of the crimes of people trafficking. Theoretical and empirical methods were used, which allowed to reach transcendental results not only for the science of law, but also for demographic analysis and population studies in Cuba. A diagnosis which included the application of interviews, document review and scientific observation to oral trials in criminal matters was made. As main result was obtained the proposal of three theoretical assumptions for proper legal regulation of migration in the Cuban Penal Code, particularly the one related to the intervention of third countries, the conception of the profit and the people trafficking as a figure of crime.*

### Keywords

*Profit-making, Penal Code, law, migration, third countries.*

\* Licenciada en Derecho. Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Montes de Oca". [laidiana.torres@upr.edu.cu](mailto:laidiana.torres@upr.edu.cu)

\*\* Doctora en Ciencias Pedagógicas. Máster en Ciencias de la Educación y Licenciada en Derecho. Vicedecana de Investigaciones y Posgrado de la Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Mosntes de Oca". [lisett@upr.edu.cu](mailto:lisett@upr.edu.cu) (autora para correspondencia)

## **Introducción**

La migración es, entre otros factores, una de las causas fundamentales del envejecimiento poblacional en Cuba. Por ende, los estudios demográficos sobre los procesos migratorios adquieren una relevancia indubitada en la sociedad cubana actual. El impacto jurídico de las migraciones es una de las áreas menos esbozadas en materia de investigación científica y, a su vez, una de las que más requiere el esfuerzo científico de juristas y politólogos para mitigar los efectos de las migraciones internacionales.

Insignes juristas cubanos como Arnel Medina Cuenca, María Caridad Bertot Yero, Oscar Manuel Silvera Martínez, Mayda Goite Pierre y Tania de Armas Fonticoba han profundizado en los estudios teóricos sobre el fenómeno migratorio. Sin embargo, este no es un terreno científico acabado, sino que admite disímiles enfoques desde perspectivas interdisciplinarias que resulten trascendentes al Derecho Penal. Incluso en el actual contexto socio-jurídico del Estado cubano actual, resulta un imperativo el tema migratorio.

El problema migratorio para Cuba es de evidente pertinencia, pues en los últimos cincuenta años la política hostil del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica se ha dirigido a estimular la migración ilegal de los ciudadanos cubanos hacia ese país, incluso con una política migratoria especial hacia Cuba. Ello ha obstaculizado el tránsito ordenado y seguro de los migrantes.

Singular también es que el flujo migratorio se realiza principalmente hacia Estados Unidos, pero no por capricho o por el sueño americano, sino porque este mismo gobierno al practicar el cerco financiero y todo tipo de medidas económicas restrictivas a la Isla, les proponía, hasta hace muy poco tiempo, privilegios únicos a los nacionales cubanos para el acceso a la emigración ilegal. Esto implicaba en la práctica un oportunismo político: la política de pies secos-pies mojados y el programa de Parole para profesionales médicos cubanos, así como la Ley de Ajuste Cubano, los cuales fungían como instrumentos para intentar provocar inestabilidad a lo interno del país. Las recientes modificaciones legislativas en esta materia que datan de enero de 2017, lejos de favorecer el tratamiento penal, com-

plejizan aún más el tema y lo convierten en extremadamente sensible para Cuba.

La investigación revela actualidad para las ciencias jurídicas, específicamente para las ciencias penales y criminológicas, dada la existencia de circunstancias en las que se encuentra Cuba. Por ejemplo, la nueva Ley Migratoria de enero 2013 (actualmente en vigor) establece la estancia en el exterior de un ciudadano cubano hasta veinticuatro meses y el derecho de pedir prórroga ante las autoridades consulares cubanas. Esta actualización migratoria facilita los viajes de los ciudadanos cubanos al exterior, como parte de la implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba y por la Asamblea Nacional del Poder Popular. La aplicación de las medidas migratorias que contiene esta normativa ha transcurrido de manera normal. Además, el contexto cubano se encuentra inmerso en una reforma de la ley penal sustantiva y procesal, escenario en el cual deben ser objeto de análisis los delitos de trata y tráfico de personas.

En tal sentido la presente investigación tiene como objetivo argumentar el impacto jurídico de las migraciones en Cuba teniendo en cuenta la regulación actual de los delitos de trata y tráfico de personas. Su desarrollo permitió indagar en las consecuencias económicas, psicológicas, sociológicas y jurídicas del fenómeno migratorio. A la vez, se aportaron interesantes resultados que trascienden a los análisis demográficos y los estudios de población en Cuba, en especial por el aumento de la población penal que ha incidido en los delitos asociados a la migración.

## **Métodos y datos**

Para el desarrollo de la investigación se utilizó como método rector el dialéctico-materialista, el cual permitió el estudio sistémico del objeto de investigación, en este caso los delitos de trata y tráfico de personas asociados a la migración, así como la determinación de las principales relaciones dialécticas entre ellos y sus limitaciones en el Código Penal cubano. Este método rector proporcionó además la fundamentación e integración del

resto de los métodos teóricos y empíricos que se emplearon.

Los métodos teóricos utilizados fueron: el histórico-jurídico, el análisis-síntesis, el teórico-jurídico, el jurídico comparado, el de inducción-deducción y el exegético-analítico. El método histórico-jurídico se empleó para analizar la evolución histórica de la migración y los delitos de trata y tráfico de personas en Cuba y el mundo, desde su surgimiento hasta la actualidad. Por su parte, el método análisis-síntesis se dirigió al estudio de los delitos de trata y tráfico de personas asociados a la migración de manera detallada para el análisis teórico, y así lograr la concreción del objeto de investigación. El método teórico-jurídico contribuyó al análisis de categorías jurídicas necesarias para el entendimiento del objeto de investigación.

A través del método jurídico comparado se analizaron aspectos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales sobre los delitos de trata y tráfico de personas asociados a la migración en España, Argentina y Guatemala, lo cual permitió establecer una comparación, a partir de semejanzas y diferencias, y posibilitó determinar tendencias.

El método de inducción-deducción se empleó para razonar las peculiaridades y generalidades de la migración y de los delitos de trata y tráfico de personas, tanto desde el punto de vista jurídico como social, se analizó de lo particular a lo general (inducción) y de lo general a lo particular (deducción). Por último, el método exegético-analítico se empleó para el análisis de las normas jurídicas que se emplearon en la realización de la investigación, tales como códigos penales y leyes migratorias de diferentes países.

Los métodos empíricos aplicados a la investigación fueron tres: la revisión documental, la entrevista y la observación científica. La revisión documental resultó necesaria para estudiar textos, convenciones y protocolos, tales como la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el "Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños"; y el "Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire". Además permitió la obtención de información real y confiable sobre el tema, al estudiar sentencias dictadas por los Tribunales Populares cubanos y por otros a nivel internacional, como

fueron sentencias del Tribunal Provincial de Pinar del Río y del Tribunal Supremo Popular.

Por otro lado, las entrevistas tributaron a la realización de un diagnóstico sobre la migración y la regulación de los delitos de trata y tráfico de personas en el Código Penal cubano asociados a ella, en la medida en que las opiniones de los profesores del Departamento de Derecho de la Universidad de Pinar del Río, así como las de los especialistas en el tema y principales directivos del sector jurídico de la provincia de Pinar del Río, constituyeron especiales consideraciones para la fundamentación de los presupuestos teóricos jurídicos que se proponen. Se entrevistaron a un total de 21 juristas de la provincia de Pinar del Río, teniendo en cuenta como criterio de selección su experiencia y experticia sobre los delitos de trata y tráfico de personas. Entre ellos se encuentran seis jueces de la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular, cinco fiscales de la Fiscalía Provincial, seis abogados de Bufetes Colectivos y cuatro profesores universitarios.

La observación científica permitió percibir de forma planificada dos juicios de tráfico de personas desarrollados en el Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río, con la intención de describirlos e interpretarlos con carácter científico, lo que posibilitó constatar la realidad actual ante la comisión de estos delitos, la calificación, la política penal y criminal que se aplica, la adecuación de la sanción y las sanciones a imponer.

## Resultados

Del estudio jurídico-comparado en torno a la temática migratoria se derivó una sistematización teórica que permitió identificar un grupo de regularidades en el tratamiento brindado al tema en las legislaciones foráneas de Guatemala, Argentina y España. De dicho estudio se obtuvieron los siguientes resultados:

- Los países analizados regulan en normas legales diferentes los delitos de trata y tráfico de personas. Guatemala regula en el Código Penal solamente el delito de trata de personas, mientras que el delito de tráfico de personas aparece regulado en la Ley de Migración. Argentina, al igual que Guatemala, regula el delito de tráfico de personas en la Ley de Migración, mientras

que el delito de trata de personas se regula en una ley específica (Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas). España, por su parte, regula ambos delitos en el Código Penal bajo la rúbrica de títulos diferentes.

- Los Títulos regulatorios de los delitos de trata y tráfico de personas varían en su formulación. El delito de trata de personas en España se regula en el Título "De la trata de seres humanos", en Argentina "Delitos contra la libertad" y en Guatemala "Delitos contra la libertad y la seguridad sexual y contra el pudor". Con relación al delito de tráfico de personas, en España se regula en el Título "Delitos contra los derechos de los extranjeros", en Argentina "Delitos contra el orden migratorio" y en Guatemala "Eficaz ordenamiento migratorio".
- Con relación a la sanción que se impone por la comisión de los delitos de trata y tráfico de personas, es unánime la imposición de privación de libertad, variando el marco penal. En relación a la trata de personas el marco sancionador de las figuras básicas oscila de 3 a 8 años de prisión, excepto en Guatemala que es de 1 a 4 años de prisión y multa de quinientos a tres mil quetzales. En el delito de tráfico de personas el marco sancionador de las figuras básicas oscila entre 4 y 8 años de prisión, aumentando solo en los casos que traten de figuras agravadas.
- No existe un criterio uniforme dentro de la doctrina y la jurisprudencia sobre qué entender por los bienes jurídicos que protegen los delitos de trata y tráfico de personas. En España las Audiencias Provinciales refieren criterios diferentes en relación con el bien jurídico que se protege respecto al delito de tráfico de personas. Una parte considera que es el interés estatal en el control de los flujos migratorios, y otra, la protección adecuada de los derechos de las personas extranjeras. En Argentina los Tribunales Federales en lo Criminal poseen diversos criterios en este aspecto, unos consideran que el bien jurídico protegido es el orden migratorio y otros, el orden socioeconómico. Mientras tanto, en Guatemala los Tribunales de Sentencias centran el debate teórico en el bien jurídico: eficaz ordenamiento migratorio.

A su vez, la aplicación de entrevistas, el desarrollo de la observación científica y la revisión documental develaron interesantes conclusiones. La

triangulación de dichos métodos permitió arribar a los siguientes resultados:

- Los delitos de trata y tráfico de personas requieren de una revisión doctrinal en cuanto al bien jurídico protegido.
- Las principales deficiencias del delito de tráfico de personas se encuentran en el empleo de los términos ánimo de lucro y *terceros países*.
- En la práctica judicial cubana existe una mayor radicación del delito de tráfico de personas, y es menos frecuente el de trata de personas.
- La política penal cubana es severa en torno al delito de tráfico de personas.
- Los delitos de trata y tráfico de personas ameritan de un análisis técnico-jurídico que tribute a su adecuada regulación en el Código Penal cubano.

## Discusión

Son diversos los conceptos que se han esgrimido sobre la migración, tantos como autores han escrito sobre este fenómeno. Algunos, como Arango (1985), han definido la migración como los desplazamientos o cambios de residencia a cierta distancia –que debe ser significativa– y con carácter relativamente permanente o con cierta voluntad de permanencia. Este concepto se refiere solo al carácter permanente de las migraciones, por lo que no tiene en cuenta que las migraciones pueden ser también temporales.

Tizón y otros (1993), retomando el concepto de Arango (1985), definen a la migración como fenómeno que da lugar a la calificación de las personas como emigrantes o inmigrantes, como aquella en la cual el traslado se realiza de un país a otro, o de una región a otra lo suficientemente distinta y distante, por un tiempo suficientemente prolongado como para que implique vivir en otro país y desarrollar en él las actividades de la vida cotidiana. Este concepto implica una consideración no solo de las realidades externas del individuo como políticas, sociales, geográficas y culturales, sino también su realidad interna manifestada en la vida cotidiana y que se relaciona con lo externo.

Otra definición es la que propone Oso (1998), quien incluye la demarcación geográfica como un elemento a tener en cuenta al definir la migración.

Plantea que desde el punto de vista demográfico, se suele denominar migración al desplazamiento que produce el cambio de residencia del individuo, de un lugar de origen a uno de acogida y que conlleva el traspaso de divisiones geográfico-administrativas, bien sea al interior de un país (regiones, provincias, municipios) o entre países. Se habla de estadías no inferiores a un año, sin embargo, la medición está determinada por la definición que al respecto haga cada país.

Giménez (2003) coincide con lo aportado por las definiciones anteriores en relación con la permanencia, y agrega la satisfacción de necesidades como propósito que alienta a las personas a cambiar de lugar de residencia.

Otros autores como Kearney y Beserra (2002) y Biriukova (2002) (citados por Guzmán, 2005) definen a la migración con un enfoque estrechamente relacionado con el individuo que realiza la acción. Estos conceptos son restrictivos, pues no incluyen otros elementos del fenómeno migratorio como su carácter temporal o definitivo, ni las causas que lo motivan.

Por su parte, Kearney y Beserra (2002, citados por Guzmán, 2005) conceptualizan la migración como un movimiento que atraviesa una frontera. Sin embargo, tal acepción excluye las denominadas migraciones internas, las cuales tienen un impacto significativo, pues existe este tipo de desplazamiento en todos los Estados del mundo. Países como Argentina, Guatemala, Brasil, Nicaragua, Panamá y Paraguay (CEPAL, 2010) son algunos ejemplos donde las migraciones internas se producen fundamentalmente del campo a la ciudad (éxodo rural).

Las migraciones internas provocan la superpoblación de las ciudades hacia donde se emigra, teniendo especial repercusión en la temática migratoria. En el caso de Cuba, la provincia La Habana (anteriormente Ciudad de La Habana) es la ciudad más superpoblada del país, a causa de las migraciones internas que se producen desde otras provincias, fundamentalmente desde Pinar del Río, Santiago de Cuba y Granma (Aja, 2013). Por ende, los desplazamientos internos en el territorio nacional deben tenerse en cuenta al estudiar el fenómeno migratorio, en especial por las posibles consecuencias asociadas a la trata de personas.

En esta investigación se asume el concepto de migración brindado por Blanco (2000), citado por Micolta (2005), quien considera a la migración como un proceso que incluye tres subprocesos: emigración, inmigración y retorno, este último en el supuesto de que regrese el emigrante a su lugar de origen. Establece tres dimensiones (espacial, temporal y social) como criterios para definir al fenómeno migratorio, lo que posibilita determinar con mayor precisión los desplazamientos de población que pueden ser considerados como migraciones y los que no.

La dimensión espacial consiste en que el movimiento ha de producirse entre dos delimitaciones geográficas significativas como son los municipios, las provincias, las regiones o los países. La dimensión temporal se refiere al carácter duradero del desplazamiento, no esporádico; y la dimensión social consiste en que el traslado debe suponer un cambio significativo de entorno, tanto físico como social (Micolta, 2005).

Blanco (2000), citado por Micolta (2005) explica que las migraciones serán consideradas como los movimientos que supongan para el sujeto un cambio de entorno político-administrativo, social y cultural relativamente duradero; o de otro modo, cualquier cambio permanente de residencia que implique la interrupción de actividades en un lugar y su reorganización en otro. Por lo que no se consideran migraciones a los desplazamientos turísticos, los viajes de negocios o de estudio, por su transitoriedad y porque no implican reorganización vital.

Un aporte brindado por la citada autora consiste en plantear que cuando se alude a la migración se refiere a un movimiento geográfico de personas que no se agota con el mero traslado físico. Así, considera que el fenómeno migratorio constituye un proceso complejo que, por su extensión en el tiempo y en el espacio, no solo abarca diferentes subprocesos, sino que también afecta diferentes sujetos y colectivos humanos, configurando de esta manera un vasto campo de análisis sociológico.

Por su parte, los delitos de trata y tráfico de personas encuentran su definición más acertada en el "Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños", y el "Protocolo de las Na-

ciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire”.

El “Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños” (más conocido como Protocolo contra la Trata de Personas) fue adoptado en Palermo, Italia, en el año 2000, y es un acuerdo internacional adjunto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El Protocolo contra la Trata de Personas es uno de los tres protocolos aplicados para complementar la Convención (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004).

Dicho Protocolo define la trata de personas en su artículo 3 como: “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004, pp. 44-45).

El “Protocolo de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire” define en el artículo 3 inciso a) el delito de tráfico ilícito de migrantes como la “facilitación de la entrada ilegal de una persona a un Estado-parte del cual dicha persona no sea nacional ni residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero de orden material” (Colectivo de Autores, 2005, p. 302). Además se define conforme al propio artículo 3 inciso b), la entrada ilegal como “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004, p. 57).

En Cuba, el delito de tráfico de personas se encuentra regulado en los artículos 347<sup>1</sup> y 348<sup>2</sup> del Código Penal cubano, único delito en el Título XV del Código. La conducta típica de esta figura es organizar y promover actos de entrada (artículo 347.1) y salida (artículo 347.2) ilegal del territorio nacional con la finalidad de emigrar a terceros países con ánimo de lucro. Por su parte, el delito de trata de personas aparece regulado como figura derivada subordinada de la figura básica que es la que refrenda el delito de proxenetismo, encontrándose, por tanto, estrechamente unida su regulación con este último delito. La acción para tipificar el delito de trata según el artículo 302 apartado 3 inciso a), debe consistir en la promoción, organización o incitación de entrada o salida del país de personas, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal.

Producto de esa regulación desarticulada y poco unitaria de los delitos de trata y tráfico de personas, es que en la investigación se establecen tres presupuestos teórico-jurídicos que debieran ser tenidos en cuenta para su regulación legal, con basamento en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Dichos presupuestos

<sup>1</sup> Artículo 347.1.- El que, sin estar legalmente facultado, organice o promueva, con ánimo de lucro, la entrada ilegal de personas con la finalidad de que estas emigren a terceros países, es sancionado con privación de libertad de siete a quince años.

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

Artículo 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 comisor 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 de hecho se pone en peligro la vida de las personas o resultan lesiones graves o la muerte de estas;
- ch) si entre las personas que se transportan, se encuentra alguna que sea menor de catorce años de edad.

teórico-jurídicos se esgrimen sobre la base de los resultados del diagnóstico realizado y del análisis técnico-jurídico, que brindan referentes aplicables al contexto de la reforma penal cubana.

En este sentido, los presupuestos a tener en cuenta para una adecuada regulación jurídica de los delitos de trata y tráfico de personas en el Código Penal cubano son los siguientes:

1. Una concepción unitaria del Título XV: Delitos contra el normal tráfico migratorio.
2. La previsión del ánimo de lucro tanto en sentido material como espiritual.
3. La participación de países receptores, sin la limitación exclusiva a terceros países.

### **Una concepción unitaria del Título XV: Delitos contra el normal tráfico migratorio**

En el Título XV del Código Penal cubano el bien jurídico protegido es *el normal tráfico migratorio*. Este bien jurídico no solo protege las regulaciones migratorias, sino también procura impedir la realización de actos por grupos de personas que, motivados por el interés del lucro, utilizan diferentes medios y modos para trasladar seres humanos desde Cuba hacia otros países, poniendo en riesgo la vida de los traficados y la seguridad del Estado.

Al valorar la afectación que sufre el normal tráfico migratorio, se percibe que es vulnerada a su vez la seguridad del Estado como bien jurídico protegido. Ello tiene su explicación en la letra de la Ley Helms Burton y en el carril 2 de la Ley Torricelli: "si Cuba no puede controlar sus fronteras, tendrá que venir el Ejército de los Estados Unidos para hacerlo". En la práctica implicaría una invasión militar que el Gobierno cubano tendría que evitar, con severas implicaciones no solo para el orden migratorio, sino más bien para la seguridad interior del Estado cubano.

El normal tráfico migratorio como relación social susceptible de tutela jurídica, requiere de múltiples análisis tendentes a su unificación. En la concepción unitaria de este título del Código Penal, deben tenerse en cuenta dos aspectos a valorar:

- Que los delitos de entrada y salida ilegal del territorio nacional se incorporen en el propio Título XV.

- Que el delito de trata de personas sea regulado como una figura autónoma dentro del Título XV.

La incorporación de los delitos de entrada y salida ilegal del territorio nacional en otro Título del Código Penal encuentra una barrera insoslayable: su despenalización actual por cuestiones de política penal. Por ende, cualquier análisis al respecto parte de identificar si ciertamente estas conductas se penalizarían o pudieran ser tratadas por la vía administrativa, acorde con la perspectiva del Derecho Penal de última ratio.

Si se asume el criterio de la penalización de las figuras de entrada y salida ilegal del territorio nacional, resultaría pertinente que fueran estas reguladas en el Título XV, pues afectan el normal tráfico migratorio. En este supuesto debiera entonces ser derogado el actual artículo 217 porque coincidiría con la figura básica del delito de tráfico de personas, tanto en los verbos rectores como en la previsión del ánimo de lucro. Ello sustenta además el carácter amplio del ánimo de lucro al que se acoge la investigación.<sup>3</sup>

Por otra parte, el delito de trata de personas, al ser pluriofensivo, siempre suscitará controversias al intentar ubicarlo como figura autónoma en uno u otro Título del Código Penal cubano. La propia clasificación del bien jurídico por la índole del titular en individuales o colectivos lleva a otorgar un carácter prioritario a estos últimos en el sistema político-jurídico cubano, por encima de los individuales. Por ello, el delito de trata de personas debiera ser incluido en el Título XV (al tratarse de un bien jurídico colectivo), valorándose la posibilidad de modificación del nombre del título si resultare oportuno.<sup>4</sup>

Otro aspecto a valorar respecto al delito de trata de personas es su regulación como figura autónoma dentro del Código Penal cubano. Este ilícito penal debe incluir los elementos de tipicidad<sup>5</sup> que

<sup>3</sup> Vid. *Infra*, el segundo presupuesto: La previsión del ánimo de lucro tanto en sentido material como espiritual.

<sup>4</sup> Medina (2014) propone un nuevo Título: "Delitos contra el orden migratorio y la dignidad humana", que incluiría un capítulo dedicado a la trata de personas.

<sup>5</sup> Los elementos del delito de trata de personas son:

1. El acto (qué se hace): la acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas.

aparecen regulados en instrumentos jurídicos internacionales ratificados por Cuba. Tal es el caso del "Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños", ratificado en el año 2013.

Una vez aceptada la trata de personas como figura autónoma, debieran revisarse otros elementos de su configuración penal. Actualmente se regula este delito solo con fines de explotación sexual, quedando sin regular otras conductas como la extracción de órganos, la adopción irregular, la explotación laboral, la explotación en actividades delictivas, servidumbres y matrimonio. Todas ellas tipifican el delito y requieren de una especial protección jurídica, por lo que debieran ser incluidas en este ilícito penal. A ello se suma la previsión de una modalidad para los casos en que la conducta delictiva se realice dentro del territorio nacional, pues este delito no es solo transnacional, sino también puede tipificarse al interior de los Estados.

Otros elementos a tener en cuenta para una correcta regulación del delito de trata de personas en el Código Penal cubano son: que sea un delito de daño (según el resultado), de tipo permanente (según el momento consumativo) y que se penalicen los actos preparatorios por su comisión. Esto último se fundamenta en la peligrosidad social del ilícito al encerrar diversas conductas y teniendo en cuenta las afectaciones que produce en las víctimas.

En consonancia con las argumentaciones anteriores, tanto los delitos de trata de personas como de los de entrada y salida ilegal, ameritan de una revisión al interior del Título XV del Código Penal cubano. Sin embargo, el elemento más significativo en este Título no lo constituyen dichos delitos, sino el de tráfico de personas, como figura que requiere de una especial atención desde la redacción de su primer apartado.

Según el criterio de Medina (2014, p. 276), en el artículo 347. 1 se "define como modalidad básica un supuesto de hecho que ocurre con escasísima frecuencia en Cuba 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".

Este análisis es totalmente acertado, pues resulta correcto que el delito de tráfico de personas prevea como figura básica el apartado 2 del artículo 347. Solo bastaría incluirle luego la acción de *incitar* actos de entrada y salida ilegal del territorio nacional, como complemento a las acciones de *promover* y *organizar* (ya contempladas en la figura).

Además se coincide en la investigación con el criterio de Medina (2014), en incorporar al delito de tráfico de personas una figura agravada para los supuestos en que el ilícito sea cometido por un funcionario público, cuando la conducta sea cometida como parte de un grupo delictivo organizado o perteneciente a la actividad organizada transnacional, y cuando entre las víctimas se encuentren menores de 14 años de edad o incapacitados.

Con relación a la política penal sobre el delito de tráfico de personas, los expertos esgrimen que es de máxima rigurosidad siempre que se demuestre el ilícito penal, sobre todo para los organizadores, no así para los traficados. En el caso de estos últimos se califica como salida ilegal del territorio nacional y se les ofrece tratamiento penal alternativo por sobreseimiento u otras fórmulas y no concurren al tribunal como acusados, sino que pueden ser llamados a comparecer en el acto del juicio oral como testigos.

La peligrosidad social que encierra el delito de tráfico de personas es sumamente alta, por los daños que implica tanto para las personas que son traficadas como para la seguridad del Estado cubano. Y además de tratarse de un delito de crimen organizado transnacional, las sanciones por la comisión de este ilícito penal son severas en el caso cubano, teniendo en cuenta la política migratoria especial trazada por el Gobierno estadounidense.

Aunque en el caso de Cuba la penalización del tráfico se asevera por el carácter politizado que Estados Unidos le ha dado a la temática migratoria, también es cierto que pudieran valorarse penas menos rigurosas para las figuras básicas. Una

2. Los medios (cómo se hace): amenaza o uso de fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión de pagos o beneficios en cambio del control de la vida de la víctima.
3. Objetivo (por qué se hace): para fines de explotación, que incluye prostitución, explotación sexual, trabajos forzados, esclavitud, retirada de órganos y prácticas semejantes.

alternativa pudiera ser el límite mínimo inferior a 5 años de privación de libertad, que permitiera subsidiar la sanción en determinadas circunstancias. Así sucede en países tales como España, Argentina y Guatemala, donde los marcos penales de las figuras básicas para sancionar el delito de tráfico de personas son pocos severos y se aumenta el mismo para las figuras agravadas.<sup>6</sup>

La correcta regulación de los delitos objeto de estudio en el Código Penal cubano, permitirá a los operadores del Derecho aplicar con mayor precisión la norma, pues se esclarecerán elementos como la calificación legal del hecho socialmente peligroso, que por la ambigüedad de su redacción dificultan la correcta aplicación de la norma penal sustantiva.

### La previsión del ánimo de lucro tanto en sentido material como espiritual

El ánimo de lucro es uno de los elementos normativos más polémicos en el marco de la ley penal cubana. Este particular resulta realmente controversial entre los operadores del Derecho. Fiscales y abogados muestran criterios divergentes, por lo que debiera ser revisada esta categoría desde el punto de vista doctrinal y uniformar así el criterio en la práctica judicial cubana.

De un lado, los fiscales consideran que en el delito de tráfico de personas resulta estrecho el elemento subjetivo del ánimo de lucro, porque en la práctica se ha interpretado solo como ganancia monetaria o material, no aceptándose las ganancias espirituales. Sin embargo, algunos penalistas como Grillo (1983),<sup>7</sup> respecto a los delitos contra el patrimonio, asumen un concepto amplio del ánimo de lucro. De modo que en el tráfico de personas la ganancia puede consistir en la propia salida del país y en la posibilidad de vivir en otro lugar diferente.

Por su parte, los abogados consideran sobredimensionado el concepto de ánimo de lucro si se incluyen dentro de este las ganancias espirituales.

Para ellos, el ánimo de lucro implica solamente los beneficios materiales que se obtengan del acto socialmente peligroso. Este criterio resulta restrictivo, por lo que sería más acertado el considerar que el ánimo de lucro incluye tanto las ganancias monetarias como las espirituales.

De hecho, el Tribunal Supremo de la República de Cuba, en Sentencia No. 329 del 2014 (Silvera y Bertot, 2015), considera el ánimo de lucro indisolublemente unido al tráfico y lo define como el beneficio económico o de otra clase, pues cualquier tipo de utilidad, ventaja o beneficio pretendido por el comisor es entendido como un provecho que este obtiene de la actividad realizada. De este modo queda reflejada la concepción amplia de la categoría ánimo de lucro, considerando que incluye cualquier clase de beneficio, no solo aquellos económicos. Ciertamente esta es la posición teórica más atinada, en la medida que ofrece una mirada integral al ánimo de lucro.

Esta aparente disquisición teórica tiene también sus implicaciones prácticas en la esfera de actuación judicial. Dicha situación se ha convertido en uno de los principales retos en el orden técnico para fiscales, jueces y abogados, pues está asociada a la posibilidad de calificar indistintamente por tráfico de personas o por salida ilegal del territorio nacional, tomando como elemento diferenciador solo el ánimo de lucro. Se trata de un elemento subjetivo, por ende de interpretación también subjetiva, que requiere de una percepción tanto en sentido material como espiritual, elemento este que amplía el espectro hasta entonces visualizado en materia penal.

### La participación de países receptores, sin la limitación exclusiva a terceros países

Un término que llama la atención en la redacción del articulado de la figura de delito de tráfico de personas es precisamente el de *terceros países*. Los especialistas en la materia consideran que el elemento tercer país hace inoperante en la práctica la figura delictiva, en muchos casos porque se producen salidas directamente hacia los Estados Unidos sin pasar por otro país y ello no encuadra en la figura actual.

Realmente la migración ilegal en Cuba se realiza con prevalencia por la costa norte, por la cual

<sup>6</sup> España prevé una sanción de 4 a 8 años de prisión, Argentina de 1 a 6 años, y Guatemala de 5 a 8 años.

<sup>7</sup> El ánimo de lucro consiste en el propósito de obtener una utilidad o beneficio, que puede ser material o espiritual (Grillo, 1983, p. 295).

predomina el tráfico bilateral, o sea, directamente hacia el lugar de destino, sin la existencia de un tercer país. No obstante, no es menos cierto que en ocasiones se producen las salidas mediante la utilización de un país de tránsito (como ocurre con México) para posteriormente llegar al país de destino. Sin embargo, estos casos son una parte de la totalidad y por ende el tipo penal se limita exclusiva y erradamente a la presencia de un tercer país.

El vacío legislativo provocado con la restricción del término *terceros países* ha conducido a una solución salomónica en la impartición de justicia cubana. Algunos jueces en sus fallos han considerado el término *terceros países* con un sentido indeterminado, tomando en consideración la salida, con la existencia o no de países de tránsito (Silvera y Bertot, 2015).

En tal sentido, debiera flexibilizarse la figura básica del delito de tráfico de personas, incluyéndose también, dentro de la tipificación de este delito, la denominación de país receptor, pues no es un elemento *sine qua non* que el delito de tráfico de personas se configure con la existencia de terceros países, sino que puede realizarse de forma bilateral, como de hecho ocurre generalmente en la práctica migratoria cubana.

## Conclusiones

1. La migración es el traslado de personas hacia otro país, lugar o región, tanto con carácter permanente como temporal, motivado por causas voluntarias o forzadas, con significativas consecuencias que trascienden a la esfera jurídico-penal y en especial respecto a la comisión de delitos *sui generis*.
2. En materia penal, la migración se protege como bien jurídico a través de la regulación de los delitos de trata y el tráfico de personas, los cuales varían en las legislaciones de España, Argentina y Guatemala; sin que exista uniformidad de criterios sobre el bien jurídico protegido, ni en cuanto a las cuestiones doctrinales ni jurisprudenciales, con marcos sancionadores sujetos a las particularidades de la política penal y las leyes especiales imperantes.
3. La regulación jurídica actual de la trata y el tráfico de personas es desarticulada y poco unitaria en el Código Penal cubano, con limitaciones

referidas a la intervención de terceros países, la concepción del ánimo de lucro, la previsión exclusiva con fines de explotación sexual y la autonomía de la trata de personas como figura de delito.

4. Los presupuestos teórico-jurídicos en torno a los delitos de trata y tráfico de personas permiten su regulación unitaria y articulada en el Código Penal cubano y son trascendentales para la actual reforma legislativa que tiene lugar en Cuba; lo cual tributaría en gran medida a sistematizar coherentemente los estudios sociales sobre la migración y a su vez perfeccionar el ordenamiento jurídico en cuanto a la temática migratoria.

## Referencias bibliográficas

- AJA, A. (2013). Las migraciones humanas (Conferencia en el Curso Intensivo Nacional de Demografía).
- ARANGO, J. (1985). Las Leyes de las Migraciones de E. G. Ravenstein, cien años después. *Revista Española de Investigaciones Sociales (REIS)*, (32), 7-26.
- CEPAL (2010). Observatorio Demográfico. Boletín No. 10. Migraciones Internas. Recuperado de: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7126/S1000971\\_mu.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7126/S1000971_mu.pdf?sequence=1).
- COLECTIVO DE AUTORES. (2005). *Derecho Penal Especial*. Tomos I y II. La Habana: Editorial Félix Varela.
- COLECTIVO DE AUTORES. (2006). *Temas de Derecho Internacional Público*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- GIMÉNEZ, C. (2003). *Qué es la inmigración. ¿Problema u oportunidad?, ¿cómo lograr la integración de los inmigrantes?, ¿multiculturalismo o interculturalidad?* Barcelona: RBA. .
- GUZMÁN, E. (2005). Logros y retos del Frente Indígena Oaxaqueño Binacional: una organización para el futuro de los migrantes indígenas (Tesis de Licenciatura en Relaciones Internacionales). Escuela de Ciencias Sociales, Universidad de Las Américas, Puebla, México.
- GRILLO, J. A. (1983). *Los delitos en especie*. Tomo II. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.
- MEDINA, A. (2014). El bien jurídico protegido en los delitos contra el normal tráfico migratorio y otras figuras afines en el Código Penal cubano y la necesidad de su actualización. En Colectivo de Autores, *El Derecho Penal de los inicios*

*del siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irregular.* La Habana: Editorial ONBC.

MICOLTA, A. (2005). Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales. *Revista Trabajo Social*, (7), 59-76.

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: Naciones Unidas. Recuperado de: <http://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>

SILVERA, O. y BERTOT, M. C. (2015). Apuntes acerca del delito de Tráfico de Personas en la legislación cubana actual. En Medina, A. y otros, *Migraciones internacionales, tráfico y trata de seres humanos. Una visión desde Cuba* (Serie Ciencias Penales y Criminológicas). La Habana: Editorial UNIJURIS. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/02/miscelaneas40624.pdf>

TIZÓN, J. L. y otros. (1993). *Migraciones y Salud Mental*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU).