

Capítulo VI
TRATA Y TRÁFICO DE PERSONAS

I. Trata y Tráfico de Niños	359
1. Concepto de Trata	360
2. Diferencia con Tráfico de Personas	361
3. Estrategias de Prevención en la Trata de Personas	362
4. Trata en el Código Penal Cubano	363
II. Venta y Tráfico de Menores en el Código Penal	366
III. Trafico Ilegal de Personas	371
IV. Tráfico Ilegal de Personas en el Código Penal Cubano	376
V. Trata y Tráfico en las Convenciones Internacionales	381
VI. Trata y Tráfico en la legislación comparada	390

CAPITULO VI

TRATA Y TRÁFICO DE PERSONAS

I. TRATA Y TRÁFICO DE NIÑOS

La trata y el tráfico de personas plantean un reto fundamental y de importancia crucial en el terreno de los derechos humanos y la ejecución de la ley. Según estimados cada año son objeto de tráfico, a través de las fronteras internacionales, por lo menos 700.000 personas, especialmente mujeres y niños. La UNICEF considera que “aunque no existen cifras definitivas”, se estima que 1.2 millones de niños al año “son víctimas del tráfico humano entre países. El tráfico de seres humanos se ha convertido en uno de los principales negocios del siglo XXI y “está moviendo” entre 10.000 y 12.000 millones de dólares anuales, de acuerdo con los informes emitidos por la Organización Mundial para Migraciones (OIM) y el Fondo Internacional de Ayuda a la Infancia (UNICEF). Algunos observadores estiman que la cantidad puede ser significativamente mayor.

Cada año, aproximadamente 4 millones de mujeres y niños son comprados y vendidos mundialmente con el objeto de forzarlos a la prostitución, la esclavitud o el matrimonio.

La prostitución forzada y el tráfico no sólo de mujeres sino también de niños y niñas es una realidad que día a día se evidencia con mayor frecuencia, con consecuencias irreparables y dramáticas para sus víctimas.

Esta problemática ofrece grandes dificultades probatorias y de seguimiento criminalístico e investigativo a nivel judicial, en virtud del evidente obstáculo que representa la criminalidad oculta y la ausencia casi total de denuncias en esta materia.

Las organizaciones criminales ven a los menores de edad “como una mercancía muy provechosa, pues son fáciles de manipular y pueden ser

explotados durante un largo periodo de tiempo”, señala la UNICEF “Perfectamente adaptados a la economía de mercado y con una flexibilidad operativa no demasiado constreñida por los mecanismos legales, quienes se dedican a ayudar a otros a pasar clandestinamente las fronteras ofrecen un amplio abanico de servicios”, afirma la OIM. Como ejemplo de los elevados ingresos que obtienen las mafias, señala que un viaje ilegal “organizado de Marruecos a España cuesta unos 500 dólares” y otros más complicados desde Asia hasta territorio norteamericano “pueden costar hasta 50.000 dólares”.

Desafortunadamente el tráfico ilegal de niños encuentra “terreno abonado” porque en América Latina y el Caribe, por ejemplo, 236 millones de ellos son pobres, y de esta cifra casi 120 millones no había cumplido los 19 años; 83 millones son niños entre 0 y 12 años y 33 millones están encuadrado en el sector de 13 a 19 años, según lo destacó la UNICEF en su informe “Pobreza y Exclusión de Niños(as) de las Ciudades”, emitido en la primera semana de febrero de 2003.

La trata de niños socava la necesidad básica de que un niño crezca en un entorno protector y su derecho a estar libre de abuso y explotación sexual.

1. *Concepto de Trata*

Concepto de Trata de Personas

Por “trata de personas” se entenderá “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 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”.

Las modalidades más frecuentes son:

a. La trata sexual, es un acto sexual comercial que se comete mediante la fuerza, el fraude o la coacción, o en el que la persona inducida a realizar tal acto es menor de 18 años (en el caso de la legislación penal cubana es de 16 años de edad); o

b. La captación, acogida, transporte, provisión u obtención de una persona con fines de trabajo o servicios, recurriendo al uso de la fuerza, el fraude o la coacción con el propósito de someterla a servidumbre involuntaria, cautiverio por endeudamiento o esclavitud.

c. reclutar, dar refugio, transportar, aprovisionar u obtener de una persona trabajo o servicios, mediante el uso de la fuerza, el fraude o la coerción, con el propósito de sujetarla a servidumbre involuntaria, trabajo forzado, trabajo forzado en pago de deudas o esclavitud.

Estas definiciones no requieren que una víctima de la trata sea transportada físicamente de un lugar a otro. Se aplican sencillamente a la captación, acogida, provisión u obtención de una persona con algunos de los fines anteriormente enumerados.

2. Diferencia con Tráfico de Personas

El tráfico de personas siempre va unido a la ayuda para el cruce de fronteras y la entrada ilegales y por tanto siempre va unido a un elemento transnacional, en la trata lo fundamental es el fenómeno de explotación. La trata implica la intención de explotar a una persona, independientemente de cómo llega la víctima al lugar donde se realiza la explotación, puede implicar la entrada legal o ilegal en el país de destino. Por tanto el tráfico ilegal de persona o también tráfico de emigrantes como se le conoce puede tener elementos de trata, pero su alcance es más amplio y se relaciona más con la entrada y residencia ilegales de personas. Las diferencias son claras:

La trata de personas implica una finalidad para la explotación que no tiene el tráfico de inmigrantes.

El tráfico de inmigrantes presupone una libre voluntad mientras que la trata resulta de la constricción y de la violencia.

El tráfico de inmigrantes conlleva obligatoriamente traspasar la frontera pero no así la trata, la trata puede ser nacional. Una persona puede ser traficante de una región a otra para ser explotada.

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

La trata siempre tiene objetivos de obtener algún beneficio, especialmente el económico, mientras el tráfico puede tener motivaciones humanitarias.

3. Estrategias de Prevención en la Trata de Personas

Las estrategias eficaces contra la trata deben enfocarse en los tres aspectos del comercio: la oferta, los tratantes y la demanda:

En cuanto a la oferta, se debe hacer frente a las condiciones que impulsan la trata de personas con programas que alerten a las comunidades sobre sus peligros, mejoren las oportunidades de educación y los sistemas escolares, las condiciones económicas, promuevan la igualdad de derechos, informe a las comunidades de sus derechos legales y ofrezcan oportunidades de vida mejor y más amplia.

En el plano de los tratantes, los programas de aplicación de la ley deben identificar e interceptar las rutas que se utilizan para el transporte de las personas; clarificar las definiciones legales y coordinar las responsabilidades de la aplicación de la ley; enjuiciar con ahínco a los tratantes y a sus cómplices y luchar contra la corrupción pública que facilita y se beneficia de este comercio y socava el estado de derecho.

Por el lado de la demanda, se debe identificar y perseguir a quienes explotan a las personas que han sido objeto de la trata. Se debe denunciar a los patrones que someten a trabajo forzoso a estas personas y hacer que se sientan avergonzados de ello, lo mismo que a quienes explotan a las víctimas

objeto de la trata para el comercio sexual. Se deben realizar campañas de toma de conciencia en los países de destino para hacer más difícil que se oculte o se haga caso omiso de la trata. Se debe sacar a las personas de situaciones en las que se les somete a trabajar en condiciones de esclavitud y reintegrarlas a sus familias y comunidades.

Se debe coordinar los programas locales, estatales, nacionales y regionales de lucha contra la trata de personas. Cuando se llama la atención del público al problema, los gobiernos están en condiciones de poder aumentar las asignaciones para los recursos de esta lucha, mejorar la comprensión del problema y acrecentar su habilidad para crear estrategias eficaces. La coordinación y cooperación, bien sean nacionales, bilaterales o regionales, multiplicarán los esfuerzos de los países y atraerán voluntarios para atacar el problema.

Se debe armonizar las normas internacionales y los países deben cooperar más estrechamente para negar refugio legal a los tratantes.

4. Trata en el Código Penal Cubano

El Código Penal Cubano establece en su artículo 302.1.3 que cuando el hecho consista en promover ,organizar o incitar la entrada o salida del país de personas con la finalidad de que éstas ejerzan la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal .La sanción es de veinte a treinta años de privación de libertad .

Como vemos el Código Penal Cubano establece un elemento fundamental del tipo la promoción, organización o incitación a la entrada o salida de personas con fines de explotación sexual o cualquier otra forma de comercio carnal. Según el propio Código, comercio carnal se considera toda acción de estímulo o explotación de las relaciones sexuales como actividad lucrativa.

Por promoción ,organización o incitación eleva a la categoría de autoría conductas que de otro modo serían punibles a título de complicidad .Por ella

puede entenderse financiación previa ,labores de organización , transporte físico ,hasta cobertura material o jurídica .Son considerados como autores del delito todos los intervinientes en el hecho delictivo , que aportan una condición causal al mismo .

Cada uno de los intervinientes responde en la medida en que ha asumido voluntariamente la respectiva responsabilidad penal, de forma completamente independiente de su aportación en la realización del hecho y a las calificaciones dogmáticas – conceptuales del resto de los intervinientes.

La Trata se vincula al comercio sexual transfronterizo, por lo cual este tipo de delito no puede cometerse de acuerdo a la legislación cubana si la explotación sexual se va a producir dentro del propio territorio nacional por una víctima que resida temporal o permanentemente en el territorio nacional, ya sea cubana o extranjera, en este caso sólo cabría considerarlo un delito de proxenetismo y no la figura de trata de personas.

En mi opinión el legislador al vincular esta figura con la entrada y salida del país fue inconsecuente con el Bien Jurídico que dice proteger que es el Normal Desarrollo de las Relaciones Sexuales, si quería especialmente considerar la modalidad transfronteriza pudo haberlo considerado como una figura agravada .

En fin la redacción no es muy feliz por lo cual creemos que debe ser enmendado en una futura reforma del Código Penal.

Por supuesto la forma más conocida de explotación sexual es la prostitución del latín prostituere (comerciar, traficar), prostituere quiere decir ofrecer el cuerpo para fines sexuales, a cambio de dinero u otros bienes o servicios, incluye la prostitución masculina la cual es relativamente nueva, pero su presencia se ha tornado cada vez más importante especialmente por la mayor tolerancia a la homosexualidad.

En la legislación comparada se ha considerado en ocasiones el término explotación sexual de forma generalmente amplia y han incluido en ella los llamados establecimientos orientados sexualmente como las casas de “masajes”, los clubes de strip donde las mujeres terminan trabajando como prostitutas, la definición fundamental de estos establecimientos es si realmente ellos tienen una presentación claramente hacia lo sexual como los llamados “exotic dance”.

Para la ya citada autora española Ana Isabel Pérez Cepeda 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 impuesto por un sujeto a la víctima, en mi opinión la palabra más adecuada por tanto que debió haber utilizado el Código en su artículo 320.1.3 es explotación sexual mas que comercio carnal ya que éste tiene una connotación mas estrecha.

La legislación cubana a diferencia de otras legislaciones no exige que la víctima sea llevada a la prestación de este servicio empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima .El sólo hecho de contratar y facilitar la entrada o salida del país de una persona con éstos propósitos ya con ello se completa un elemento importante del tipo.

Este delito sólo puede cometerse de forma dolosa, se requiere que sea consciente que el tráfico tiene como propósito explotar sexualmente a la víctima. Es suficiente con demostrar que el tráfico tiene ese objetivo y el sujeto es consciente de ello, no siendo necesario constatar que el sujeto activo o un tercero pretenden en un futuro o hayan llegado a realizar efectivamente la explotación sexual.

Es posible sin embargo considerar que puede cometerse por dolo eventual en que la contribución al hecho no sea próxima ni directa y se acompañe de un conocimiento poco exacto de la situación o de los fines del favorecedor principal ,por ejemplo quien trabajando en una operación de este

tipo no hace las averiguaciones necesarias para determinar si existe un tráfico sexual. Los actos de favorecimiento son punible con independencia de que sean otros sujetos quienes después realicen los actos de explotación sexual.

En este sentido es de interés la Sentencia # 170 del 2002, Sala Tercera del Tribunal Provincial de Ciudad Habana que dice así:

“El acusado promovió, organizó e incitó la salida del país de jóvenes con la finalidad de que las mismas ejercieran la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal en clubes nocturnos radicados en Italia, considerándose como comercio carnal toda acción de estímulo o explotación de las relaciones sexuales como actividad lucrativa y que incluye no sólo la realización del coito, sino también las caricias, besos y demás manifestaciones o juegos sexuales que anteceden la realización del acto sexual aunque éste no llegue a producirse.” Nos parece una definición acertada de la citada Sala.

II. VENTA Y TRÁFICO DE MENORES EN EL CÓDIGO PENAL

Tráfico de Niños

La trata y el tráfico de personas plantean un reto fundamental y de importancia crucial en el terreno de los derechos humanos y la ejecución de la ley. Según estimados cada año son objeto de tráfico, a través de las fronteras internacionales, por lo menos 700.000 personas, especialmente mujeres y niños.

La UNICEF considera que “aunque no existen cifras definitivas”, se estima que 1.2 millones de niños al año “son víctimas del tráfico humano entre países. El tráfico de seres humanos se ha convertido en uno de los principales negocios del siglo XXI y “está moviendo” entre 10.000 y 12.000 millones de dólares anuales, de acuerdo con los informes emitidos por la Organización Mundial para Migraciones (OIM) y el Fondo Internacional de Ayuda a la Infancia (UNICEF). Algunos observadores estiman que la cantidad puede ser significativamente mayor.

La prostitución forzada y el tráfico no sólo de mujeres sino también de niños y niñas es una realidad que día a día se evidencia con mayor frecuencia, con consecuencias irreparables y dramáticas para sus víctimas.

Esta problemática ofrece grandes dificultades probatorias y de seguimiento criminalístico e investigativo en el ámbito judicial, en virtud del evidente obstáculo que representa la criminalidad oculta y la ausencia casi total de denuncias en esta materia.

Las organizaciones criminales ven a los menores de edad “como una mercancía muy provechosa, pues son fáciles de manipular y pueden ser explotados durante un largo periodo de tiempo”, señala la UNICEF “Perfectamente adaptados a la economía de mercado y con una flexibilidad operativa no demasiado constreñida por los mecanismos legales, quienes se dedican a ayudar a otros a pasar clandestinamente las fronteras ofrecen un amplio abanico de servicios”, afirma la OIM.

Desdichadamente el tráfico ilegal de niños encuentra “ terreno abonado” porque en América Latina y el Caribe, por ejemplo, 236 millones de ellos son pobres, y de esta cifra casi 120 millones no había cumplido los 19 años; 83 millones son niños entre 0 y 12 años y 33 millones están encuadrado en el sector de 13 a 19 años, según lo destacó la UNICEF en su informe “Pobreza y Exclusión de Niños(as) de las Ciudades”, emitido en la primera semana de febrero de 2003.

La trata de niños socava la necesidad básica de que un niño crezca en un entorno protector y su derecho a estar libre de abuso y explotación sexual.

El tráfico de seres humanos, por tanto, es un negocio económico criminal, en la que operan organizaciones criminales especializadas, caracterizadas por las ramificaciones y por las relaciones internacionales que no se limitan al mundo criminal, sino que se extienden a sectores de la economía y la política, en particular en los países de origen, tránsito y de destino.

Su estructura organizativa es compleja, reagrupa a los sujetos criminales que operan tanto en la inmigración clandestina como en otro tipo de tráfico, por lo que se considera un sistema criminal integrado, con un alto nivel de segmentación y flexibilidad; estas organizaciones se clasifican en tres tipos de acuerdo a los resultados de las investigaciones de una Comisión Parlamentaria Italiana, acerca del tráfico en Europa en Diciembre del 2000 mencionado en el libro de Ana Isabel Pérez Cepeda, Globalización, Tráfico Internacional Ilícito de Personas y Derecho Penal:²⁴⁸

Nivel alto

Organizaciones criminales étnicas que gestionan el flujo migratorio ilegal desde Asia, especialmente China y Filipinas, del subcontinente indiano de Bangla Desh y Sri Lanka y de África, las personas son transferidas de un continente a otro ilegalmente y con el propósito de ser sucesivamente explotada desde el punto de vista de trabajo forzado, peonaje ilícito, mendicidad o desde el punto de vista sexual. También actúa con esta especificidad organizaciones mafiosas del Este Europeo y en la inmigración clandestina kurda. Los jefes de estas organizaciones que se dedican a este tráfico, viven en el extranjero, gestionan estas actividades ya que tienen respaldo financiero, generalmente proveniente del tráfico de drogas y otras actividades ilícitas. Cobran a sus clientes cuando las víctimas llegan a su lugar de origen. Por supuesto los jefes no entran en contacto con inmigrantes clandestinos.

Nivel Medio

Son las organizaciones que se encargan de la operación operativa del viaje, generalmente se encargan de buscar documentación falsa, en la corrupción de personas dedicadas a la expedición de esos documentos o en el paso fronterizo, en la elección de la ruta, los medios de transporte etc.

Nivel Bajo

²⁴⁸ Editorial Comares. Granada 2004.

Constituido por organizaciones menores, generalmente operan en los territorios en tránsito, son los encargados de recibir y administrar a los clandestinos, ocupándose del pasaje por la frontera y la introducción clandestina en el territorio y también del tránsito a los países de destino, efectuando el transporte. Al término del viaje contactan con las organizaciones étnicas.

Venta y Tráfico de Menores en el Código Penal Cubano.

En la Sección Segunda del Capítulo III del Código Penal denominado Delitos contra el Normal Desarrollo de la Infancia y la Juventud del artículo 316.3 tal como quedó redactado por la Ley #87 Modificativa del Código Penal de 16 de Febrero de 1999 el artículo 316.1, llamada figura básica quedó redactada de la siguiente forma:

Artículo 316.1 El que venda o transfiera en adopción un menor de dieciséis años de edad, a otra persona, a cambio de recompensa, compensación financiera o de otro tipo, incurre en sanción privativa de libertad de dos a cinco años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.

Por venta debe entenderse de acuerdo a la Relatoría Especial de la Comisión de Derechos Humanos²⁴⁹ sobre la venta de niños para la prostitución infantil y utilización de niños en pornografía, define la venta de niños como “la transmisión de la patria potestad de un niño, o de su custodia física, o de ambas, con carácter mas o menos permanente y con cualquier propósito, mediante remuneración otra recompensa o contraprestación.”

Elementos integrantes del tipo, son la compensación económica y otro la finalidad de establecer una relación análoga a la de la filiación: Es una adopción ilegal, que en algunos casos vendrá a satisfacer los deseos de paternidad de aquel que no puede tener hijos, pero en otras ocasiones puede esconder un tráfico perverso de niños con finalidades sexuales (prostitución o

²⁴⁹ Mencionado por Carmen Rodríguez Gómez en el trabajo Tráfico, Explotación y Venta de Menores en el libro El Desafío de la Criminalidad Organizada. Coordinadora Nieves Sanz Mulas. Editorial Comares. Granada .2006.

pornografía) o de utilización y explotación en el trabajo o venta de órganos. El bien jurídico protegido es la filiación legal y la dignidad personal del menor a no convertirse en una simple mercancía que se puede comprar y vender. El sujeto pasivo es el menor de 16 años, que puede ser hijo o descendiente de quien entrega pero no necesariamente entre el sujeto activo y el pasivo debe haber una relación familiar.

En el tipo se eluden los procedimientos legales de la guarda, acogimiento y adopción. Si la compensación no se da la conducta sería atípica. Por compensación ha de entenderse cualquier tipo de contraprestación que demuestre el lucro. El tipo subjetivo requiere constatar que la entrega se realice con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación, o sé a es necesario un dolo directo. El pago puede producirse con posterioridad a la realización de la conducta de entrega, la cual define la consumación al momento en que se den los dos elementos, la entrega y el pago de la compensación económica dando lugar a posibles estados imperfectos del tipo.

Artículo 316.2 La sanción es de tres a ocho años de privación de libertad cuando los hechos a que se refiere el apartado anterior concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- a) si se cometen actos fraudulentos con el propósito de engañar a las autoridades.
- b) si es cometido por la persona o responsable de la institución que tiene al menor bajo su guardia y cuidado.
- c) si el propósito es trasladar al menor fuera del territorio nacional.

Son figuras agravadas teniendo en cuenta cualquier acción fraudulenta que se cometa, como puede ser declaraciones ante las autoridades falsas, actos en el Registro Civil de tipo fraudulento. Asimismo cuando es cometido por el Director o cualquier funcionario, empleado de Hogares sin amparo filial, Guarderías o Círculos Infantiles y por último cuando la finalidad sea trasladar al menor al extranjero, aunque los propósitos sean nobles e incluso convenientes para el menor.

Art. 316.3 La sanción es de siete a quince años de privación de libertad cuando el propósito es utilizar al menor en cualquiera de las formas de tráfico internacional, relacionadas con la práctica de actos de corrupción, pornográfico,

el comercio de órganos, los trabajos forzados, actividades vinculadas al narcotráfico o el consumo ilícito de drogas.

Este delito es propio del tráfico internacional de niños. o sea cuando el propósito sea trasladar al menor fuera del territorio nacional con los objetivos previstos en el artículo, o sea un delito de dolo específico, donde debe estar presente claramente establecido la intención ulterior, cuyo propósito no necesariamente debe alcanzarse para que se considere consumado el delito.

El bien jurídico protegido es la dignidad del menor, incluso, dando su consentimiento éste no es válido. Basta con que se realice una sola de las conductas y estará tipificado el delito, incluso es posible que los propósitos sean múltiples y también será un solo delito. Habrá tantos delitos como sujetos pasivos aunque sea el mismo sujeto activo el que los cometa.

El apartado 4to del artículo esclarece las sanciones previstas en este artículo se impone siempre que los hechos no constituyen un delito de mayor entidad.

Como el tipo sanciona al que venda o transfiera, el que compra y traslada al exterior cometerá un delito de tráfico ilegal de personas.

III. TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, define el tráfico ilegal de personas como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.”

En el tráfico ilegal de personas deben concurrir dos elementos esenciales a) el cruce ilegal de fronteras y b) el ánimo de lucro del traficante.

En cuanto al Tráfico de Personas, la OIM señala que “entre un tercio y la mitad de los emigrantes a los países desarrollados son irregulares”, y que su

crecimiento ha sido de un 20 por ciento en los últimos diez años, sin que hasta ahora se hayan tomado las “medidas más convenientes” para combatirlo y castigar “a los responsables de este delito”, mientras esta organización pone presente la existencia de mafias destinadas a ese tráfico “ilícito e inmoral”, al señalar que en el Reino Unido, “más del 75 por ciento de las personas que entran clandestinamente en el país utilizan para ello los servicios de profesionales”.

Es también una de las empresas criminales más lucrativas y está conectada estrechamente al lavado de dinero, el narcotráfico, la falsificación de documentos y el contrabando de personas.

A las víctimas se las obliga a trabajar en talleres explotadores, obras en construcción, prostíbulos y campos. Privadas del goce de sus derechos humanos, muchas de las víctimas están sujetas a amenazas a su persona y sus familias, a la violencia, a condiciones de vida horribles y a lugares de trabajo peligrosos. Algunas de las víctimas han respondido a anuncios en la creencia de que un buen empleo las aguardaba en un nuevo país. Otras han sido vendidas en esta forma moderna de la esclavitud por un pariente, un conocido o un amigo de la familia.

El tráfico ocurre a través de las fronteras y dentro de los países. Se lo encuentra tanto en las naciones desarrolladas como en las naciones en desarrollo. Se trata de una violación dramática de los derechos humanos de las víctimas de esta criminal actividad, atentando contra su vida y su libertad.

Las causas fundamentales incluyen la codicia, la depravación moral, la economía, la inestabilidad y la transición políticas y factores sociales. Muchos traficantes se involucran en otros crímenes transnacionales. Los grupos criminales optan también por traficar con seres humanos porque es muy provechoso y, hasta ahora, ofrece poco riesgo, debido a que, al contrario de otros “productos básicos”, la gente puede ser usada repetidamente y el tráfico no requiere una gran inversión de capital. Los traficantes sienten poco respeto por los derechos o dignidad de sus víctimas.

Muchas víctimas del tráfico caen presas de esta práctica porque buscan una vida mejor o mejores oportunidades económicas. Son, por lo tanto, vulnerables a las falsas promesas de buenos empleos y salarios altos. La inestabilidad política, el militarismo, el desasosiego civil, los conflictos armados internos y los desastres naturales pueden resultar en un aumento del tráfico. La desestabilización y el desplazamiento de poblaciones aumentan su vulnerabilidad a la explotación y el abuso a través del tráfico y el trabajo forzado. La guerra y la lucha civil pueden llevar a desplazamientos masivos de poblaciones, lo que hace que los huérfanos y los niños de la calle sean extremadamente vulnerables al tráfico.

Las redes internacionales de tráfico de personas han empezado un proceso de refinamiento y sofisticación de sus estrategias criminales, desarrollando diversos mecanismos tanto de reclutamiento como de presión para obligar a las víctimas a aceptar un trabajo, en el medio de la prostitución y de otras modalidades laborales, que atenta contra la dignidad humana.

Por ser una actividad criminal encubierta, es difícil medir con precisión el alcance del tráfico. En algunos países, particularmente los países de tránsito, es difícil distinguir entre la introducción ilegal de extranjeros y el tráfico. La simple facilitación de la entrada ilegal en un país no se considera tráfico, a menos que satisfaga la definición de la Ley porque, por ejemplo, involucra fuerza, fraude o coerción.

Del hecho de que muchas de las víctimas proceden de países en los cuales las autoridades provocan más temor que auxilio, y que las víctimas se muestran a menudo renuentes a buscar ayuda una vez que caen en manos de los traficantes, surgen más dificultades para medir el alcance del problema. En algunos países se enjuicia y encarcela a las mismas víctimas por violar las leyes de inmigración o de otro tipo. Aun más, los traficantes pueden amenazar a las víctimas o a sus familias.

En la mayoría de los casos, los traficantes restringen la libertad de movimiento de las víctimas y las mantienen viviendo en el mismo lugar en que trabajan para ejercer mayor control sobre ellas, llegando a sustraerles sus documentos de identificación y el dinero que puedan llevar consigo. Los traficantes utilizan a las víctimas del tráfico de personas 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 universal a la vida, la libertad y la seguridad de no ser sometido a la esclavitud en ninguna de sus formas.

En cuanto al Tráfico de Personas, la OIM señala que “entre un tercio y la mitad de los emigrantes a los países desarrollados son irregulares”, y que su crecimiento ha sido de un 20 por ciento en los últimos diez años, sin que hasta ahora se hayan tomado las “medidas más convenientes” para combatirlo y castigar “a los responsables de este delito”, mientras esta organización pone presente la existencia de mafias destinadas a ese tráfico “ilícito e inmoral”, al señalar que en el Reino Unido, “más del 75 por ciento de las personas que entran clandestinamente en el país utilizan para ello los servicios de profesionales”.

Es también una de las empresas criminales más lucrativas y está conectada estrechamente al lavado de dinero, el narcotráfico, la falsificación de documentos y el contrabando de personas.

A las víctimas se las obliga a trabajar en talleres explotadores, obras en construcción, prostíbulos y campos. Privadas del goce de sus derechos humanos, muchas de las víctimas están sujetas a amenazas a su persona y sus familias, a la violencia, a condiciones de vida horribles y a lugares de trabajo peligrosos. Algunas de las víctimas han respondido a anuncios en la creencia de que un buen empleo las aguardaba en un nuevo país. Otras han sido vendidas en esta forma moderna de la esclavitud por un pariente, un conocido o un amigo de la familia.

El tráfico ocurre a través de las fronteras y dentro de los países. Se lo encuentra tanto en las naciones desarrolladas como en las naciones en desarrollo. Se trata de una violación dramática de los derechos humanos de las víctimas de esta criminal actividad, atentando contra su vida y su libertad.

El tráfico de seres humanos, por tanto, es un negocio económico criminal, en la que operan organizaciones criminales especializadas, caracterizadas por las ramificaciones y por las relaciones internacionales que no se limitan al mundo criminal, sino que se extienden a sectores de la economía y la política, en particular en los países de origen, de tránsito y de destino.

Su estructura organizativa es compleja, reagrupa a los sujetos criminales que operan tanto en la inmigración clandestina como en otro tipo de tráfico, por lo que se considera un sistema criminal integrado, con un alto nivel de segmentación y flexibilidad; estas organizaciones se clasifican en tres tipos de acuerdo a los resultados de las investigaciones de una Comisión Parlamentaria Italiana, acerca del tráfico en Europa en Diciembre del 2000 mencionado en el libro de Ana Isabel Pérez Cepeda, Globalización, Tráfico Internacional Ilícito de Personas y Derecho Penal:²⁵⁰

Nivel alto

Organizaciones criminales étnicas que gestionan el flujo migratorio ilegal desde Asia, especialmente China y Filipinas, del subcontinente indiano de Bangla Desh y Sri Lanka y de África, las personas son transferidas de un continente a otro ilegalmente y con el propósito de ser sucesivamente explotadas desde el punto de vista de trabajo forzado, peonaje ilícito, mendicidad o desde el punto de vista sexual. También actúa con estas especificadas organizaciones mafiosas del Este Europeo y en la inmigración clandestina kurda. Los jefes de estas organizaciones que se dedican a este tráfico, viven en el extranjero, gestionan estas actividades ya que tienen respaldo financiero, generalmente proveniente del tráfico de drogas y otras

²⁵⁰ Editorial Comares. Granada 2004.

actividades ilícitas. Cobran a sus clientes cuando las víctimas llegan a su lugar de origen. Por supuesto los jefes no entran en contacto con inmigrantes clandestinos.

Nivel Medio

Son las organizaciones que se encargan de la operación operativa del viaje, generalmente se encargan de buscar documentación falsa, en la corrupción de personas dedicadas a la expedición de esos documentos o en el paso fronterizo, en la elección de la ruta, los medios de transporte etc.

Nivel Bajo

Constituido por organizaciones menores, generalmente operan en los territorios en tránsito, son los encargados de recibir y administrar a los clandestinos, ocupándose del pasaje por la frontera y la introducción clandestina en el territorio y también del tránsito a los países de destino, efectuando el transporte. Al término del viaje contactan con las organizaciones étnicas.

IV. TRÁFICO DE PERSONAS EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO

Esta regulado dentro del Título XV del Código Penal Delitos contra el Normal Tráfico Migratorio, Capítulo I Tráfico de Personas.

Art. 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 estas emigren a terceros países, es sancionado con privación de libertad de siete a quince años.

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 encuentran en el con destino a terceros países.

Art.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 de libertad 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 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 14 años de edad.

El Bien Jurídico protegido es el normal tráfico migratorio, es un bien jurídico de naturaleza colectiva por lo que cuando el sujeto pasivo es colectivo, se apreciará un único delito en cada conducta de tráfico ilegal, con independencia del número de personas que resulten afectadas, por lo cual es indiferente el número de sujetos pasivos afectados por la infracción.

Las expresiones que se utilizan como promoción y organizar, puede interpretarse y en la práctica se hace como una gran variedad de conductas, es una formula muy abierta. En cuanto a la participación resulta difícil establecer diferencia entre autores y partícipes

Se trata de un delito de peligro abstracto, Estos delitos quedan consumados desde el momento mismo en que tienen lugar los actos que tipifican los preceptos :No cabe apreciar formas imperfectas de ejecución en atención a que la consumación se ha producido con el simple favorecimiento , sino cuando se lleva cualquier acto con eficacia causal respecto del tráfico , no podrá exigirse para la consumación del delito el hecho efectivo de la entrada ,permanencia o salida del territorio nacional. Debe tenerse en cuenta que el verbo promover significa iniciar un proceso, de modo que lo normal es que todo lo que no sea meramente un acto preparatorio supone la plena realización del delito .

En nuestra opinión tal como esta redactado el artículo 348 es totalmente independiente del artículo 347 .Es interesante como la redacción del artículo 348 no exige el ánimo de lucro, sin embargo conocemos dos sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo que plantean de una manera mas clara en una que en otra que el ánimo de lucro es esencial para que se integre éste delito lo cual para nosotros no es un requisito del tipo, en el caso del artículo

348 a contrario del artículo 347 donde si es necesario como requisito del tipo..
Veamos estas sentencias.

Sentencia #1625 de 30 de Abril del 2002²⁵¹ dice " esta tutela penal sobre el normal tráfico migratorio (se refiere a la figura del artículo 348 -1), 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. Dicha acciones se sitúan en la esfera de la actividad delictiva organizada transfronteriza, diferente a la motivada individualmente y de menor alcance "

Por su parte la Sentencia #476 de 17 de Enero de 2001²⁵² dice que el ánimo de lucro en el sentido que la ley penal sustantiva lo contempla en varias figuras delictivas , incluyendo la que atacaron lo acusados , no puede reflejarse sólo en el interés de obtener dinero , o algún beneficio económico directo de las acciones antijurídicas , sino que en este vocablo , conforme a la amplia acepción que posee , hay que considerar cualquier beneficio , utilidad, provecho ,logro ,interés ,dividendo, granjeo, gratificación ,usura ,ventaja ..o sea todo aquello que contribuya a satisfacer el designo , o el objetivo por el que se actúa contra el bien jurídico protegido y en el caso en examen , en el componente de hechos probados abundan los pasajes donde se ve reflejado ese propósito de los acusados y para nada importa que el lucro se obtenga, antes durante o después de la comisión del delito , incluso que no se logre tal beneficio , o no se alcance en la dimensión deseada , pues lo que importa es que sea el móvil ,la razón , el motivo por el que se cometa o se intente cometer el ilícito.

Vale la pena en este punto del ánimo de lucro hacer referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo Español de 20 de Noviembre de 1997, 5 de junio de 1987 y de 17 de febrero 1981 citadas por Aránguez que hacen una

²⁵¹ Publicada en Boletín del Tribunal Supremo del 2002

²⁵² Publicada en el Boletín del Tribunal Supremo del 2001

interpretación aún más extensiva del ánimo de lucro como la obtención de obtener, cualquier ventaja, provecho o utilidad con inclusión de los usos meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, e incluso aunque el beneficio buscado no llegue a alcanzarse. Es posible dice Aránguez apreciar este ánimo pese a que éste concorra con otros propósitos no lucrativos.²⁵³

El sujeto activo en el caso del artículo 347 puede ser cualquier persona, que no esté debidamente facultado, o sea que no cumple las regulaciones existentes para hacer trámites y gestiones de viaje o que no sea un operador de viajes. Puede darse también el caso que una persona amparándose en esta condición se aproveche de ella para realizar estas actividades ilegales. Los verbos rectores son organizar (es preparar un plan y ejecutarlo) y promover (se trata de toda actividad dirigida a iniciar o adelantar una cosa procurando su logro o tomar la iniciativa para la realización o logro de algo), un elemento esencial del tipo como hemos dicho es el ánimo de lucro, si no existe esto no se tipifica el delito.

Esta conducta tiene como elemento fundamental de tipicidad el desplazamiento de personas de un país a otro, el consentimiento del sujeto pasivo o la autopuesta en peligro no afecta la tipicidad, el delito queda consumado desde el mismo momento que comienzan los actos para la promoción sin que sea de exigir el resultado final.

En este delito será autor todo el que participa o colabora en cualquier forma en la inmigración clandestina con actos previos o posteriores, siempre que éstos tengan el propósito de posibilitar movimiento de personas para introducirse en un país de tránsito o país receptor.

En este primer artículo que de acuerdo a 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

²⁵³ Aránguez Sánchez, Carlos. Reformas introducidas en el Código Penal por la L. O. 4/2000 y la L. O. 8/2000: en Moya Escudero. Mercedes (Coord.) Comentarios sistemáticos a la Ley de Extranjería. Granada. Comares 2001.

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. En nuestro caso se han dado situaciones de emigrantes de otras regiones del Mundo llegan a Cuba con propósito de utilizarlo como país de tránsito para emigrar hacia Estados Unidos utilizando su cercanía o hacia otro país cercano de la región con el propósito de seguir acercándose a Estados Unidos o radicarse definitivamente en esos países. El inciso 1 es cuando se organizan o promueven los viajes para ingresar a Cuba con los propósitos antes mencionados.

El Art. 347.2 se trata de la misma modalidad pero en este caso saliendo de Cuba con destino a terceros países lo cual pueden ser países en tránsito o de destino

La figura prevista en el artículo 348 esta conformada por un sujeto genérico que penetra en el territorio nacional ,condición imprescindible del tipo, bien utilizando nave (por nave debe entenderse cualquier artefacto flotante y capaz de trasladarse por medios mecánicos o humanos de un sitio a otro)aeronave (aparato capaz de levantar vuelo , sostenerse en el aire y tener una dinámica que le permita también trasladarse de un lugar a otro) u otro medio de transporte lo cual me parece sólo aplicable al caso del traslado a otro territorio, en el caso cubano la Base Naval de Guantánamo ocupada en contra de la voluntad del pueblo de Cuba por las fuerzas militares de Estados Unidos . Otros territorios sólo son alcanzables por nave o aeronave al tratarse Cuba de una Isla.

El inciso 2 se refiere a figuras agravadas cuando se porten armas o cualquier instrumento idóneo para la agresión, una formulación bien amplia donde puede considerarse que esta presente cualquier instrumento que racionalmente pueda pensarse que pueda utilizarse para agredir a otras personas, o sea pueden ser armas de fuego, las llamadas armas blancas, pedazos de madera, hierro etc.

Utilización de violencia o intimidación .Por violencia debe considerarse un acometimiento físico agresivo, aplicado directamente en la persona o sobre

esta con cierta intensidad que produzca temor, por intimidación es el efecto psicológico de la acción del sujeto activo sobre el pasivo, amenaza de palabra o de obra suficiente para constreñir su voluntad.

Las otras conductas agravadas son poner en peligro la vida de otras personas lo cual sucede con mucha frecuencia cuando por ejemplo se utilizan naves o aeronaves que no cumplen los requisitos mínimos exigidos para la travesía o resulten lesiones graves o muerte de alguna persona .La última circunstancia de agravación es la del inciso ch del mismo artículo cuando entre las personas que se transportan existe alguna persona menor de de 14 años ,un elemento objetivo que estaría presente siempre que exista un persona menor de esa edad , el dolo debe abarcar el conocimiento de la presencia de menores de edad.

V. TRATA Y TRÁFICO DE PERSONAS EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES.

Naciones Unidas

Las Naciones Unidas en los dos Protocolos adicionales a la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad organizada Transnacional del 2000 se refieren al tráfico de migrantes para el cruce clandestino de fronteras y a la trata cuando hay una finalidad de explotación de las personas traficadas.

El Primer Protocolo Adicional se refiere al tráfico de migrantes por tierra, mar o aire (aprobado por Resolución 55-25 de 15 Noviembre del 2000 por la Asamblea General de Naciones Unidas)que tiene como objetivo prevenir y combatir el tráfico ilegal de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados partes con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de tal tráfico, como sujeto pasivo de la conducta delictiva, no sancionando el simple hecho de forma parte del grupo emigrante. El Protocolo define como la “facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, se castiga la conducta de aquellos

que con ánimo de lucro, procuren el paso de fronteras de extranjeros sin haber cumplido los requisitos necesarios establecidos en la ley para entrar legalmente en el Estado receptor.

Queda claro que es un requisito que las actividades se realicen con ánimo de lucro por lo cual aquellos que realicen estas actividades por razones humanitarias o familiares no están incluidos en la definición que hace el protocolo de tráfico.

El Segundo Protocolo para prevenir y reprimir y sancionar la trata de personas lo define 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.

Esta Convención tiene su antecedente en 1904 en París donde se firmó el Primer Acuerdo Internacional sobre la "trata de blancas", al que seguirían los acuerdos de 1910, 1921, y 1933. La Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la explotación de la prostitución ajena es adoptada el 2 de Diciembre de 1949 por Naciones Unidas, la cual fue tomada como referencia para la redacción de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979 y para la Convención de los Derechos del Niño de 1989. En 1995, la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing introdujo por primera vez en un texto internacional de referencia la terminología de prostitución forzada. Desde entonces, la terminología de "explotación de la prostitución" empezó a ser reemplazada en numerosos textos regionales e internacionales por el término "prostitución forzada".

El Protocolo Segundo del que estamos hablando expresa que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar los actos de trata no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados anteriormente. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño (toda persona menor de 18 años o lo que determine la legislación nacional) con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados anteriormente.

El Protocolo tiene como una de sus finalidades esenciales la aseguración de la protección de personas que es captada, transportada, trasladada, acogida o receptada, recurriendo a la amenaza u uso de la fuerza u otras formas de coacción o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación.

El Protocolo protege especialmente a las víctimas con la finalidad de otorgarle información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes y asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:

- a) Alojamiento adecuado;
- b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;
- c) Asistencia médica, psicológica y material; y
- d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.

El Protocolo establece que el Estado Parte receptor facilitará y aceptará, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad.

El elemento clave en todo el proceso del tráfico es la explotación, mucho más que el hecho de atravesar una frontera. (Art. 3ª)

Este Protocolo es el primer instrumento de Naciones Unidas que tiene en cuenta la demanda de mujeres y niños/as que están siendo traficados/as, llamando a los países a adoptar medidas más severas tendentes a desalentar esta demanda que promueve todas las formas de explotación de mujeres y niños/as. (Art. 9.5).

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

La Convención es aplicable en todo el proceso de migración, desde la preparación, la salida, el tránsito, el período de estancia, la realización de una actividad remunerada en el Estado receptor y el retorno a su país de origen. Este amplio enfoque del instrumento coadyuva a que la protección del migrante se realice de manera integral y no solamente en el país receptor. Por ende, el Estado expulsor de migrantes tiene la obligación de cumplir con sus mandatos y prevenir y erradicar, desde el ámbito local, la migración irregular y el tráfico de seres humanos. En ese sentido, el papel del funcionario diplomático o administrativo que maneja flujos migratorios o salida de migrantes es fundamental para detectar y prevenir el tráfico irregular.

La Convención desde la Parte I hasta la Parte III, no distingue entre personas documentadas e indocumentadas para ejercer los derechos que en ella están consagrados y, por ende, reconoce y asegura los derechos humanos fundamentales de los migrantes y sus familiares como la vida, la seguridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre y de la tortura, (artículos del 8 al 11) y otros, como los siguientes:

- Libertad de opinión, de pensamiento, de conciencia y de religión (artículos 12 y 13).

- Prohibición de ser sometidos a detención arbitraria (artículo 16).

- Derecho al cumplimiento de normas del debido proceso en caso de detención por causas de investigación penal (artículo 17).

- Acudir a los tribunales y cortes de justicia en igualdad de condiciones que los nacionales (artículo 18); por ende, el funcionario está en la obligación de apoyar al migrante en la denuncia y trámite legal que surja por la violación de sus derechos fundamentales.

- Prohibición de confiscar o destruir documentos de identidad del migrante como pasaportes, autorizaciones de entrada o permisos de trabajo (artículo 21).

- Permite la protección efectiva de los migrantes a través de consulados y representaciones diplomáticas. Este derecho garantiza el papel fundamental del cónsul o funcionario que está llamado a la protección del migrante regular o irregular. (Artículo 23).

- Transferencia de ingresos a los países de origen (artículo 32). Los consulados tienen la obligación de apoyar también a los migrantes en esta materia y de detectar y denunciar cuando este derecho no sea respetado.

- Desalienta la inmigración irregular y la competencia desleal de mano de obra. Precisamente para evitar que los migrantes se conviertan en personas vulnerables.

- Prohibición de la expulsión colectiva. (Artículo 22). Todo Estado tiene la obligación de tramitar, de acuerdo a su legislación migratoria, la deportación o entrada de migrantes, examinando caso por caso. El funcionario consular deberá estar alerta que este derecho sea estrictamente cumplido.

- Igualdad de derechos en cuanto a remuneración y empleo, derecho a la sindicalización (artículo 27), salud y atención médica, inclusive a los irregulares,

en caso de emergencia (artículo 28), registro del nombre, nacimiento, nacionalidad y educación básica de los hijos de trabajadores migratorios (artículos 29 y 30); derecho a la identidad cultural (artículo 31).

La Convención en la Parte IV (del artículo 36 al 56) también reconoce otros derechos, a más de los ya enunciados, para aquellos trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o legales, como escoger su residencia; ausentarse temporalmente del trabajo; a establecer asociaciones o sindicatos; a participar en asuntos públicos y a ejercer los derechos políticos de su Estado de origen, como votar en elecciones libres; al acceso a instituciones de enseñanza y profesional; a servicios de salud y a la vida cultural; a la integración de los hijos en el sistema escolar local; transferencia de ingresos y recursos; igualdad de trato en cuanto a empleo y remuneración.

La Convención en la Parte V (del artículo 57 al 63) protege también los derechos de los trabajadores fronterizos e itinerantes. Estos derechos deben ser particularmente tomados en cuenta por los funcionarios que ejercen funciones en zonas de frontera en países que han ratificado la Convención y por los servidores que trabajan con inmigrantes extranjeros fronterizos o itinerantes.

El artículo 67 de la Convención establece los parámetros del regreso voluntario y ordenado al país de origen.

El artículo 68 señala la cooperación necesaria entre los Estados Parte para impedir, sancionar y eliminar el tráfico ilegal de migrantes, a través de la migración irregular.

El artículo 69 permite la regularización de migrantes ilegales en el país receptor.

La Parte VII de la Convención, señala las normas que regulan el funcionamiento del Comité de protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, cuyo mandato es dar seguimiento al cumplimiento de las normas del Pacto por parte de los Estados Parte, a través de la presentación de informes iniciales y periódicos, o de comunicaciones

interestatales que aseguren el incumplimiento de los mandatos de la Convención. El Comité también podrá recibir comunicaciones individuales que denuncien violaciones al instrumento, siempre que el Estado Parte haya reconocido tal competencia.

Unión Europea.

El Consejo de Europa aprobó en Varsovia, Polonia el 16-5-2005 la Convención sobre el Tráfico de Seres Humanos la cual consta de 10 Capítulos y 47 artículos.

El Capítulo I establece los propósitos de la Convención la cual es esencialmente prevenir y combatir el tráfico de seres humanos .Su objetivo es, entre otros , proteger a las víctimas del tráfico , la protección de testigos y garantizar la investigación y persecución de éstos delitos. Se promueve asimismo la cooperación internacional en materia de tráfico de seres humanos .Establece la obligación de los Estados Partes de permitir que la migración tenga lugar legalmente y de forma segura.

El Capítulo II trata de la elaboración de programas de prevención del tráfico mediante campañas de información, de sensibilización y de educación, de iniciativas sociales y económicas y de programas de formación de los profesionales vinculados con esta temática. Se establece también la necesaria participación de organizaciones de la sociedad civil en estas actividades, así como medidas seguras en la documentación de viaje.

Capitulo III Trata el tema de las víctimas, su identificación y la necesidad de prestarle la ayuda .La atención que debe brindar personal especializado. Los migrantes deben recibir y asegurarse que reciban servicios de salud, entrenamiento profesional en otras actividades y educación. .Debe contemplarse un periodo de recuperación de las víctimas por un periodo no mayor de 30 días .En caso de que las autoridades competentes entienda que existe una situación personal especialmente delicada para la repatriación puede otorgarse residencia.

Capítulo IV. Establece Recomendaciones en cuanto a la criminalización del tráfico, así como todos aquellos actos que tengan que ver con la falsificación de documentos de viaje o de identidad .Así como que se considere circunstancias agravantes en caso de negligencia manifiesta , cuando las víctimas sean menores , cuando participe un funcionario publico en el ejercicio de sus funciones y cuando la realice una organización criminal.

Capítulo V .Establece recomendaciones para la investigación, procedimientos y persecución de estos delitos , la protección de víctimas , testigos y los colaboradores con la administración de justicia , los procedimientos en las Cortes y la especialización de personal que tenga que ver con estos procesos.

Capitulo VI Cooperación internacional y cooperación entre instituciones de la sociedad civil. .

En los otros capítulos se establecen mecanismos de monitoreo y otras reglas procedimentales entre las partes.

Ámbito Americano.

Como Convención Regional en América sólo se cuenta con la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores firmada en México el día dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, la cual establece un sistema de cooperación jurídica entre los Estados que consagra la prevención y sanción del tráfico internacional de menores con el objetivo de restituir al menor víctima del tráfico al Estado de su residencia habitual , teniendo en cuenta los intereses superiores del Menor .

Por Tráfico Internacional de Menor (dieciocho años) entiende la substracción, el traslado o la retención, o la tentativa de substracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.

Por Propósitos ilícitos" incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de

residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.

Por "Medios ilícitos" incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.

Establece la competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores:

- a) el Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita;
- b) el Estado Parte de residencia habitual del menor;
- c) el Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y
- d) El Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

Tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado Parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

Otro aspecto novedosos es que el Estado Parte que constaten en el territorio sometido a su jurisdicción la presencia de una víctima de tráfico internacional de menores deberán adoptar las medidas inmediatas que sean necesarias para su protección, incluso aquellas de carácter preventivo que impidan el traslado indebido del menor a otro Estado.

Estas medidas serán comunicadas por medio de las Autoridades Centrales a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor. Las autoridades intervinientes adoptarán cuantas medidas sean necesarias para que los titulares de la acción de localización y restitución del menor estén informados de las medidas adoptadas.

Las autoridades competentes de las zonas fronterizas de los Estados Parte podrán acordar, directamente y en cualquier momento, procedimientos de localización y restitución más expeditos que los previstos en la presente Convención y sin perjuicio de ésta.

VI. TRATA Y TRÁFICO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

España

La ley de Extranjería del año 4/2000 de 11 de Enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social modificada por la Ley Orgánica 14-2003 de 20 de Noviembre, introdujo en su Disposición Final Segunda un nuevo Título el XV bis en el Código Penal bajo el epígrafe “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” la cual añadió el artículo 318 bis del Código Penal que dice así:²⁵⁴

1.El que directa o indirectamente , promueva o favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina desde ,en tránsito o con destino a España , será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera de la explotación sexual de personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de privación de libertad.

3.Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia ,intimidación ,engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima ,o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida ,la salud o la integridad de las personas , serán castigados con las penas en su mitad superior.

²⁵⁴ Tomado de la edición Código Penal Español y Leyes Penales Especiales .Edición de septiembre del 2004.Thomson –Aranzadi.2004.España

4. .En la misma penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediata superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además algunas de las medidas previstas en el artículo 129²⁵⁵ de este Código.

6. Los tribunales teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena ulterior en grado a la respectivamente señalada.

El bien jurídico que se establece radica en el interés del Estado por el mantenimiento controlado del flujo migratorio y el respeto por los derechos de los inmigrantes, sin distinción entre ellos e incorporando la protección de su libertad .El delito comprende el promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina tanto con destino o en tránsito en España como

²⁵⁵ Se trata de sanciones a personas jurídicas.

desde España. Según Cancio Melia²⁵⁶ el supuesto consiste en incitar o ayudar a un ciudadano extranjero a entrar o permanecer ilegalmente en España,

*Otros países Europeos.*²⁵⁷

Alemania

Aborda el tema en la Ley sobre Extranjería y el Código de Seguridad Social .El Código Penal aborda el tráfico de extranjeros a efectos de su explotación sexual.

La ley sobre extranjeros castiga con prisión de hasta 5 años o multa a quien incita o ayuda a un extranjero a entrar clandestinamente en el territorio con ánimo de lucro o repetidamente o a favor de varios extranjeros. La pena se eleva a la prisión desde 1 a 10 años si se realiza la conducta de modo habitual o como miembro de una banda dedicada a estas actividades .En los casos menos graves la pena será de seis meses a 5 años. El Código Penal Alemán en sus & 180b y 181, bajo el título de tráfico de personas, incrimina aquellos casos donde se hace uso de la coacción o alguien se aprovecha de la vulnerabilidad de la víctima que deriva de las circunstancias de encontrarse ésta en un país ajeno, por lo que sólo sanciona estas conductas cuando se trata de personas que se encuentra ya ilegalmente en territorio alemán, pero no recoge el tráfico internacional de personas con dicha finalidad. Este delito se castiga con reclusión por un máximo de diez años.

Austria

Se realizaron modificaciones en julio del año 2000 ,el artículo 104 del C. Penal incrimina tanto la trata como el tráfico de inmigrantes en el mismo artículo con una pena de 6 meses a 5 años .La conducta típica consiste en incitar a una persona con maniobras fraudulentas o dolosas a permanecer en el territorio austriaco para ejercer una actividad sin remuneración y el hecho de traficar con extranjeros con ánimo de lucro .También la ley de extranjeros en el & 104 condena el tráfico de inmigrantes pero con una pena máxima de tres

²⁵⁶ Cancio Meliá Manuel y Maraver Gómez Mario. El Derecho Penal Español: un estudio político –criminal en el libro Derecho Penal y Política transnacional. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá .Coordinadores .Atelier Libros Jurídicos .Barcelona .2005

²⁵⁷ La información esta tomada del libro ya mencionado Globalización, Trafico Internacional de Personas y Derecho Penal de Ana Isabel Pérez Cepeda.

años y en el & 105 se castiga la explotación de un extranjero con una pena de hasta 10 años .

En el Código Penal se condena la trata de seres humanos para la explotación sexual, no exigiendo en el tipo básico que la víctima sea un extranjero, ni el cruce de fronteras. La pena es de seis meses a cinco años y si se ha cometido con ánimo de lucro, se eleva de uno a diez años .La misma pena se aplicará en los casos en que la conducta típica se realiza por medio de violencia o explotando el desconocimiento de la víctima.

Francia

Una Ordenanza de 2 de Noviembre de 1945, modificada en 1992 castiga con prisión de 5 años y multa a quien desde el territorio francés ayude de modo indirecto o directo o facilite o intente facilitar la entrada, la circulación o la estancia irregular de un extranjero.

El Código del Trabajo castiga con prisión de tres años y multa el reclutamiento e introducción ilegal de extranjeros.

México

Esta regulado en la Ley General de Población de Enero de 1974,²⁵⁸ reformada por ultima vez en Enero de 1999 establece en su artículo 138 pena de seis a doce años de prisión y multa de cien a diez mil de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumar la conducta, a quien por sí o por interpuesta persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve mexicanos o extranjeros a internarse a otro país sin la documentación correspondiente.

Igual pena se impondrá a quien por intermedio de otro u otros introduzca ,sin la documentación correspondiente expedida por autoridad competente , a uno o varios extranjeros a territorio mexicano o ,con propósito de trafico ,los albergue o transporte por el territorio nacional con el fin de ocultarlos para evadir la revisión migratoria.

²⁵⁸ Tomada de la Web cddh.gob.mx

A quien a sabiendas proporciones los medios, se preste o sirva para llevar a cabo las conductas descritas en los párrafos anteriores, se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión y multa hasta el equivalente a cinco mil días de salario mínimo conforme al que este vigente en el Distrito Federal.

Se aumentara hasta en una mitad las penas previstas en los párrafos precedentes ,cuando las conductas descritas se realicen respecto de menores de edad , o en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud ,la integridad ,o la vida de los indocumentados ,o bien cuando el autor del delito sea servidor público.

Debe tenerse en cuenta además que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada considera delito organizado según su artículo 2 cuando tres o mas personas acuerden organizarse o se organicen para realizar en forma permanente o reiterada, entre otros delitos el trafico de indocumentados del artículo 138 de la Ley General de Población .

República Dominicana

La República Dominicana aprobó la Ley #137-03 sobre Trafico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas que nos parece interesante, traemos al texto algunos artículos de interés.²⁵⁹

Art.2 Se considera pasible del delito de tráfico ilícito de migrantes el que promueva, induzca, constriña, financie, transporte por vía terrestre, marítima o aérea o colabore de cualquier forma en la entrada o salida ilícita de personas al país, sea como destino u origen, o como tránsito a otro país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio, para sí o para otros.

Párrafo .Se establecen las penas de 10 a 15 años de reclusión y multa no menor de 150 ni mayor de 250 salarios mínimos ,al autor del delito de tráfico ilícito de migrantes.

²⁵⁹ Tomado de la página Web de la ACNUR.

Art.3 Se considera pasible del delito de trata de personas el que mediante la captación ,el transporte ,el traslado ,la acogida o receptación de personas ,niños ,adolescentes ,mujeres ,recurriendo a la amenaza, fuerza ,coacción ,rapto ,fraude ,engaño, abuso de poder ,situaciones de vulnerabilidad ,concesión o receptación de pagos o beneficios ,para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra ,para que ejerza la mendicidad, cualquier clase de explotación sexual, pornografía ,trabajo o servicio forzado, servidumbre por deudas ,matrimonio servil ,adopción irregular ,esclavitud o sus prácticas análogas ,la servidumbre o la extracción de órganos ,aun con el consentimiento de la persona victima y será condenado a las penas de 15 a 20 años de reclusión y multa de 175 salarios mínimos.