

UNIVERSIDAD DE GRANADA
ESCUELA INTERNACIONAL DE POSGRADO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CRIMINOLOGÍA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



**UNIVERSIDAD
DE GRANADA**

TESIS DOCTORAL

**DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS
EXTRANJEROS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS TIPOS
AGRAVADOS, DESDE UNA PERSPECTIVA PENAL Y
CRIMINOLÓGICA**

DOCTORANDA: RAQUEL ALONSO CHAMORRO
DIRECTOR: Prof. Dr. H.C. Mult. LORENZO MORILLAS CUEVA

Granada, 2024

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Raquel Alonso Chamorro
ISBN: 978-84-1195-528-7
URI: <https://hdl.handle.net/10481/96822>

A mis padres, que me han inculcado valores fundamentales para afrontar la vida, tan necesarios para acabar un trabajo de este tipo: esfuerzo, sacrificio, constancia y superación.

A mi hermana, por ser siempre un referente.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
ÍNDICE DE TABLAS.....	17
ÍNDICE DE GRÁFICOS	18
PRESENTACIÓN	21

PARTE PRIMERA. INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

EL FENÓMENO MIGRATORIO ACTUAL DENTRO DE UN CONTEXTO GLOBAL A NIVEL EUROPEO E INTERNO

I. CUESTIONES PRELIMINARES	
1. Migración	33
2. Emigración	34
3. Inmigración	36
4. Migración forzosa e irregular	37
5. Refugiado	39
6. Víctima de trata	43
7. Menor no acompañado	44
II. CAUSAS Y EVOLUCIÓN DE LAS MIGRACIONES EN EUROPA Y EN ESPAÑA DESDE EL SIGLO XVIII	
1. Causas.....	45
2. Evolución en Europa desde el siglo XVIII.....	48
2.1 Desde el siglo XVIII a la II Guerra Mundial.....	48
2.2 Desde la II Guerra Mundial a 1989	49
2.3 Desde 1989 a la actualidad	49
3. Evolución en España desde el siglo XVIII.....	54
III. DESARROLLO NORMATIVO DE CONTENCIÓN DE LA INMIGRACIÓN EN LA UE	
1. Desarrollo normativo en Europa y en España.....	57
1.1.Desarrollo normativo en Europa	57

1.2.Desarrollo normativo en España	63
2. Medidas que ha adoptado la Unión Europea.....	65
3. Medidas que ha adoptado España.....	73
IV. SITUACIONES DE EXCEPCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LA INMIGRACIÓN EN LA UE: RUTAS DE LLEGADA DE INMIGRANTES, MAFIAS Y MENA.	
1. Rutas de inmigrantes	80
1.1 Rutas de inmigrantes hacia Europa	80
1.2 Rutas de inmigrantes hacia España	85
2. Mafias en Europa	89
3. Especial problemática de los MENA.....	91
3.1 Causas.....	92
3.2 Medidas en Europa	93
3.3 Datos en Europa	94
3.4 Datos en España.....	95

CAPÍTULO SEGUNDO

GENÉISIS DE LA LO 4/2000, DE 11 DE ENERO, DE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL Y SUS REFORMAS. ESTADÍSTICA JUDICIAL

I. CUESTIONES PRELIMINARES.....	101
II. LO 4/2000, DE 11 DE ENERO, DE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL Y SUS REFORMAS, EN RELACIÓN CON LAS REFORMAS DEL CP.	
1. La LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.	105
2. Reformas	108
3. Especial consideración de la expulsión, devolución y denegación de entrada o retorno	
3.1. Expulsión.....	118
3.2. Devolución	121
3.3. Denegación de entrada o retorno	123

3.4. Situación de excepcionalidad en Ceuta y Melilla (de las “devoluciones en caliente” al “rechazo en frontera”).	126
4. El internamiento de extranjeros como medida cautelar.....	128

III. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE EXTRANJERÍA Y OTROS

1. Población extranjera empadronada en España.....	134
2. Asuntos de extranjería ingresados en los juzgados de instrucción	135
3. Asuntos de extranjería ingresados en los juzgados de lo contencioso administrativo	137
4. Análisis de los datos estadísticos	141

PARTE SEGUNDA: DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

CAPÍTULO TERCERO

EVOLUCIÓN Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. DERECHO COMPARADO.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. La trascendencia de la política criminal en la evolución del delito	151
2. La importancia del Derecho Comparado	152
3. El alcance de la separación entre el tráfico ilegal y la trata en la evolución legislativa del artículo 318 bis	155

II. EVOLUCIÓN Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

1. Antecedentes legislativos al artículo 318 bis CP y ubicación sistemática ...	158
2. Introducción y evolución del artículo 318 bis del Código Penal a través de sus reformas.....	161
2.1 Reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre	164
2.2 Reforma por la LO 13/2007, de 19 de noviembre.....	170
2.3 Reforma por la LO 5/2010, de 22 de junio.....	171
2.4 Reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo.....	174

III. EL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

1. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Europa.....	178
1.1. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Alemania.....	178
1.2. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Italia.....	183
1.3. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Francia.....	186
2. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en América.....	189
2.1. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en México.....	189
2.2. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Chile.....	191
2.3. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Argentina.....	193
3. Tabla comparativa	194

CAPÍTULO CUARTO

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. NATURALEZA JURÍDICA

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Introducción.....	203
2. ¿Doble incriminación penal y administrativa de las mismas conductas? ...	204

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. Indeterminación de la protección jurídico penal en su origen.....	208
2. Corrientes doctrinales hasta la LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo	209
2.1. Los derechos de los ciudadanos extranjeros	210
2.1.1. Derechos sociales	210
2.1.2. Dignidad humana e integridad moral.....	212

2.2. El interés del Estado en el control de los flujos migratorios.....	214
3. LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo, corrientes doctrinales y jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	216
3.1. LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo.....	216
3.2. Corrientes doctrinales.....	217
3.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo	219
4. Opción personal.....	221
III. NATURALEZA JURÍDICA	
1. Concepto y clasificaciones	222
2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y teoría de la Fiscalía General del Estado.....	223
3. Posiciones doctrinales	224
4. Posturas tras la LO 1/2015, de 30 de marzo. Consumación y tentativa.....	226

CAPÍTULO QUINTO.

TIPOS BÁSICOS DEL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS Y TIPOS ATENUADOS.

I. CUESTIONES PRELIMINARES	
1. Introducción.....	233
2. Cuestiones sistemáticas	235
II. AYUDA A LA ENTRADA, TRÁNSITO O PERMANENCIA	
1. Conducta típica.....	236
1.1 Ayuda a la entrada o tránsito.....	236
1.2 Ayuda a la permanencia.....	241
1.3 Territorio español.....	243
2. Sujetos.....	246
2.1. Sujeto activo	246
2.2. Sujeto pasivo.....	246
3. Elemento subjetivo: dolo.....	249

4. Vulneración de normativa administrativa.	251
5. Penalidad.	253
6. Relaciones concursales	256
III. AYUDA HUMANITARIA, TIPO ATENUADO Y TIPO DE FICTICIA ATENUACIÓN	
1. Cuestiones preliminares.....	259
2. Ayuda humanitaria.	260
3. Tipo atenuado.	268
4. Presencia y ausencia del ánimo de lucro en el tipo básico.	274
4.1 Consideraciones previas: consecuencias de la ausencia de ánimo de lucro en el tipo básico (modalidad de ayuda a la entrada o tránsito). Tipo de ficticia atenuación.....	275
4.2 Ánimo de lucro en el tipo básico (modalidad de ayuda a la permanencia).....	276

PARTE TERCERA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS TIPOS AGRAVADOS. PERSONAS JURÍDICAS

CAPÍTULO SEXTO

TIPOS AGRAVADOS. PERSONAS JURÍDICAS

I. CUESTIONES PRELIMINARES	
1.Introducción	285
2.Referencias sistemáticas.....	286
II. TIPO AGRAVADO POR EL ÁNIMO DE LUCRO	
1. Evolución normativa y concepto	287
2. Interpretación doctrinal y jurisprudencial	288
III. TIPOS HIPERAGRAVADOS	
1. Cuestiones preliminares.....	290
2. Organización criminal	291
2.1.Evolución normativa y concepto	291

2.1.1	Evolución normativa	291
2.1.2	Concepto	294
2.2	Diferencia entre codelincuencia, grupo criminal y organización criminal	298
2.3	Artículo 318 bis vs artículo 570 bis CP.....	300
2.4	Comisión por jefes, administradores o encargados... ..	303
2.5	Crítica doctrinal.....	304
3.	Peligro para la vida o de causar lesiones graves	
3.1.	Evolución normativa y concepto	307
3.1.1.	Evolución normativa.....	307
3.1.2.	Concepto	309
3.2.	Interpretación doctrinal	311
3.3	Interpretación jurisprudencial.....	313
4.	Prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público	
4.1	Evolución normativa y concepto	318
4.1.1	Evolución normativa	318
4.1.2	Concepto.....	319
4.2	Interpretación y crítica doctrina.....	320
IV.	DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS COMETIDO POR PERSONA JURÍDICA	
1.	Cuestiones preliminares.....	325
2.	Evolución normativa y concepto	327
2.1	Evolución normativa	327
2.2	Concepto.....	329
3.	Interpretación doctrinal	331
	CONCLUSIONES	337

APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

BIBLIOGRAFÍA.....	351
WEBGRAFÍA	362

LEGISLACIÓN

INTERNACIONAL.....	377
EUROPEA.....	378
AMERICANA.....	381
NACIONAL	381

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	389
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	389
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	389
AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	389
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO	390
SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.....	392
SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES	392

ABREVIATURAS

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

AIS: Sistema de Identificación Automática Marítima

API: Advanced Passenger Information System

Art./arts.: Artículo/Artículos

AR: Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad de la Unión Europea

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

AV: Vicepresidente de la Comisión

BEDEX: Brigada de Expulsión de Delincuentes Extranjeros

Cap.: Capítulo

CCAA: Comunidades Autónomas

CIE: Centro de Internamiento de Extranjeros

CP: Código Penal

CE: Constitución Española

CECA: Comunidad Europea del Carbón y Acero

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

Cit.: Obra anteriormente citada

DAES: Departamento de Asuntos Económicos y Sociales

DM: Decisión Marco

ECI: Equipo Conjunto de Investigación

Ed.: Edición/Editorial

Et al: Y otros

Euratom: Comunidad Europea de Energía Atómica

Eurodac: Sistema europeo de comparación de impresiones dactilares de los solicitantes de asilo

Europol: Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial

FRONTEX: Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas

GRECO: Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España

Ibidem.: Obra inmediatamente citada

INE: Instituto Nacional de Estadística

Interpol: Organización Internacional de Policía Criminal

LJCA: Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa
LOEX: Ley de Extranjería
LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO: Ley Orgánica
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
MENA: Menor No Acompañado
Nº/nº: Número
Núm.: Número
OEAA: Oficina Europea de Apoyo al Asilo
OIM: Organización Internacional para las Migraciones
ONG: Organización No Gubernamental
ONU: Organización de las Naciones Unidas
Pág./Págs.: Página/páginas
P./pp.: Página/páginas
PCSD: Política Común de Seguridad y Defensa
PIB: Producto Interior bruto
PP: Partido Popular
PSOE: Partido Socialista Obrero Español
RAE: Real Academia Española
RD: Real Decreto
RGAM: Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración
ROEX: Reglamento de Extranjería
S.f.: Sin fecha
SIVE: Sistema Integrado de Vigilancia Exterior
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC: Tribunal Constitucional
TS: Tribunal Supremo
TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Tít.: Título

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UCRIF: Unidad Central de Redes de Inmigración y Falsedades Documentales

UE: Unión Europea

URSS: Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

Vol.: Volumen

VP: Vicepresidente

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Conceptos de país de residencia habitual, migrante por largo plazo y migrante por breve plazo.....	37
Tabla 2. Saldo migratorio en Europa, periodo 1999-2019.....	51
Tabla 3. Acuerdos Marco de Cooperación en materia de inmigración.....	64
Tabla 4. Acuerdos de readmisión firmados por España con países africanos....	65
Tabla 5. Entradas de inmigrantes irregulares en España por vía marítima, 2005-2023.....	87
Tabla 6. Número de menores inmigrantes llegados a España, 2014-2022.....	96
Tabla 7. Requisitos de aplicación de los expedientes administrativos sancionadores.....	125
Tabla 8. Asuntos ingresados en los juzgados de lo contencioso administrativo de Melilla, 2023.....	141
Tabla 9. Tabla comparativa.....	194
Tabla 10. Penalidad asociada al tipo básico del artículo 318 bis.....	255
Tabla 11. Penalidad asociada a cada uno de los tipos penales del artículo 318 bis CP.....	332-333

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Evolución de la migración en Europa, periodo 1990-2020.....	50
Gráfico 2. Países europeos con mayores cifras de migrantes, 2020.....	52
Gráfico 3. Evolución de la inmigración en España, periodo 1990-2020.....	56
Gráfico 4. Otros datos sobre inmigración y emigración en España.....	56
Gráfico 5. Cruces ilegales detectados en las fronteras exteriores de la UE, 2019.....	67
Gráfico 6. Rutas de los inmigrantes irregulares hacia Europa.....	80
Gráfico 7. Rutas de los inmigrantes irregulares hacia las Islas Canarias.....	82
Gráfico 8. Llegadas irregulares anuales (2015-2023)	83
Gráfico 9. Nacionalidades por ruta (2023).	83
Gráfico 10. Entradas irregulares en Ceuta y Melilla, 2005-2015.....	87
Gráfico 11. Total mundial de migrantes menores de 20 años.....	94
Gráfico 12. Porcentaje mundial de menores migrantes de 20 años.....	95
Gráfico 13. Menores extranjeros llegados en patera a España, 2016-2020.....	96
Gráfico 14. Cuadro resumen del expediente administrativo de devolución.....	123
Gráfico 15. Cuadro resumen del expediente administrativo de denegación de entrada.....	124
Gráfico 16. Evolución interanual de las repatriaciones ejecutadas.....	125
Gráfico 17. Población extranjera empadronada en España, 2018-2022.....	134
Gráfico 18. Población residente en España a 1 de julio de 2023.....	135
Gráfico 19. Asuntos de la Ley de Extranjería ingresados en los juzgados de instrucción, 2018-2022.....	136
Gráfico 20. Asuntos de la Ley de Extranjería ingresados en los juzgados de lo contencioso administrativo, 2013-2022.....	137
Gráfico 21. Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2018.....	138
Gráfico 22. Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2019.....	138
Gráfico 23. Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2020.....	139

Gráfico 24. Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2021.....140

Gráfico 25. Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2022..... 140

Gráfico 26. Número total de inmigrantes irregulares llegados a España, 2015-2023..... 142

PRESENTACIÓN

Los movimientos migratorios suponen hoy en día uno de los grandes retos a los que tienen que enfrentarse los países desarrollados. España, como Estado perteneciente a la Unión Europea forma parte de ese llamado “primer mundo” al que se desplazan miles de personas llegadas del “tercero” en búsqueda de oportunidades y, en definitiva, de una vida mejor.

Frente a las migraciones ordenadas y regulares suele haber una respuesta sólida, fruto de la experiencia que Europa ha alcanzado derivada del aprendizaje que otorgan muchos años como continente receptor de inmigración. No sucede lo mismo con la inmigración irregular, que en ocasiones se vuelve explosiva, producto de múltiples causas entre las que pueden hallarse, entre otras, las guerras. Particularmente la siria y a día de la fecha también la ucraniana, sumado a las migraciones ya endémicas que se producen desde África, han colocado a Europa en los últimos años contra las cuerdas, convirtiéndose el problema migratorio en una de las principales complicaciones a las que se tiene que hacer frente.

España es puerta sur de Europa y a ella arriban los inmigrantes que transitan por la llamada Ruta Occidental. Canarias y las costas del Mediterráneo, en particular las de Andalucía constatan la llegada de éstos. Pero no menos importantes son las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, que tienen también en sus costas y, fundamentalmente en sus vallas, uno de los principales puntos de acceso de todo el continente europeo. Precisamente la ciudad en la que se realiza esta tesis, Melilla, ha sido uno de los desencadenantes para enfocarla sobre el tema migratorio, habida cuenta de la trascendencia que para todos los habitantes melillenses supone esta materia. En ocasiones, ese inmigrante se vale por sí mismo para llegar, para entrar. Entrada irregular cuando no se produzca conforme a las exigencias de la norma que acoja la regulación de la llegada de extranjeros, que en el caso español es una ley de carácter administrativo, esto es la Ley de Extranjería. Concretamente el artículo 25 de la citada, fija los requisitos que dan validez a la incursión del extranjero en nuestro país, de forma que cuando no se verifiquen, la entrada se tornará en ilegal, irregular. Se analizarán también las consecuencias de esa entrada anómala, es decir, la sanción que lleva aparejada, que en muchos casos puede derivar en la salida del extranjero de España a través de figuras como la expulsión o la devolución, con la medida cautelar asociada de internamiento, peculiar porque implica una privación de libertad en una disciplina que no es el Derecho Penal

Sin embargo, en muchas otras situaciones, el inmigrante requiere de ayuda externa, que se manifiesta a través de personas que colaboran con éste por algún motivo, especialmente lucrativo, para la consecución de su fin. Y desde el punto de vista penal, el artículo que castiga esa cooperación con el inmigrante es el 318 bis, que titula “delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Veremos qué derechos y qué ciudadanos extranjeros son los afectados por este delito.

Por consiguiente, tenemos dos ramas del derecho –administrativo y penal– que regulan cuestiones relacionadas con el inmigrante irregular. En principio, la primera castiga al inmigrante y el segundo, al colaborador del inmigrante. Sin embargo, ¿mantienen alguna relación las dos disciplinas?, ¿hay una separación clara en cuanto a la infracción y la sanción aparejada en ambas materias ¿es la conducta colaboradora de tal gravedad para exigir la intervención del Derecho Penal?, ¿por qué se castiga al inmigrante irregular desde un punto de

vista administrativo y al ayudante del inmigrante irregular desde un punto de vista penal, es decir, por qué reviste en principio mayor gravedad la conducta del colaborador que la propia conducta del inmigrante?, ¿son las sanciones administrativas (para el inmigrante) de mayor entidad que las penales?, ¿es realmente necesaria la intervención del Derecho Penal para incriminar al ayudante del inmigrante? ¿Ciertamente se protegen los derechos de los ciudadanos extranjeros con la tipificación del artículo 318 bis, tal y como reza su título?

A todos los interrogantes expuestos se tratará de dar respuesta a través de los diversos capítulos que conforman esta tesis y ya desde el inicio se tratará de hacer ver la trascendencia que tiene el Derecho Administrativo en la materia y por qué, siendo una tesis de carácter penal y criminológico, hay un importante contenido de este otro ámbito del derecho.

Ni que decir tiene que el grado de la ayuda al inmigrante, así como las consecuencias de tal ayuda influyen desde el punto de vista personal (para el inmigrante) y social (para la sociedad). De esta forma, la respuesta penal va a ser distinta en función de la afectación de los aspectos mencionados. Por esta razón, se hará hincapié en los tipos agravados, recogidos por el legislador en atención a la particular gravedad del hecho delictivo cuando confluyan una serie de circunstancias, cuales son, la comisión por organización criminal, el peligro para la vida o salud del inmigrante y la comisión con prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Determinar si el castigo al que conducen los tipos agravados es idóneo para la consecución del fin pretendido –protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros–, quizá en detrimento de las conductas que integran el tipo básico, será también uno de los objetivos de la tesis.

En cuanto a la metodología empleada se ha tratado de conseguir la mayor exhaustividad posible. De este modo, se ha acudido a fuentes oficiales europeas y españolas (instituciones como el Parlamento y Consejo Europeo entre las primeras, varios Ministerios entre las segundas), así como a organismos varios (Naciones Unidas –entre las que se halla la Organización Internacional para las Migraciones–, Frontex, Instituto Nacional de Estadística, Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado o Centro de Estudios Jurídicos, entre otros). Igualmente, el hecho de residir y trabajar en Melilla ha facilitado la recopilación de jurisprudencia y estadística de los juzgados de instrucción y contencioso administrativo de esta Ciudad. Por otro lado, se ha compendiado el mayor número de estudios, publicaciones, artículos, monografías y manuales doctrinales existentes sobre la materia, para así poder examinar los diversos puntos de vista habidos sobre cada uno de los apartados introducidos, así como la jurisprudencia de Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, en particular, así como Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, en general. Varias bases de datos jurídicas se han utilizado para esta finalidad y los recursos electrónicos obtenidos en línea, debido al acceso a la información que hoy en día facilita internet, han sido especialmente valiosos.

Por lo respecta a la estructura, dos son las partes que componen esta tesis doctoral. Una primera, introductoria, formada por dos capítulos y una segunda de marcado carácter penal, integrada por cuatro capítulos y dedicada completamente al análisis de todos los elementos y circunstancias vinculados con el artículo 318 bis CP.

En relación con la primera, la intención es introducir al lector en la problemática objeto de estudio a través de dos capítulos dedicados a determinar el contexto migratorio actual a nivel europeo y local y al examen de la transformación en el tiempo de la Ley de Extranjería, así como su aplicación estadística en los juzgados de lo contencioso administrativo y de instrucción.

De esta forma, el primer capítulo se destina a la conceptualización de las diversas definiciones asociadas al fenómeno migratorio, la determinación de las causas de las migraciones en Europa y en España, así como la evolución de los movimientos de personas, plasmándose con claridad cómo Europa –y España como país integrante de este continente– han pasado en un periodo breve de tiempo de convertirse en territorios de emigrantes a considerarse regiones de inmigrantes. Igualmente, serán analizadas las medidas empleadas por Europa y España para reaccionar ante la migración irregular, para finalizar poniendo de manifiesto concretas situaciones excepcionales que se relacionan con ésta, a saber la problemática de las mafias y las rutas que éstas crean para el viaje de los inmigrantes hacia Europa, la fatalidad de los MENA y el régimen especial de devolución de inmigrantes en las vallas de Ceuta y de Melilla, creado ad hoc en el año 2015 para las Ciudades Autónomas, ante la inservible regulación de extranjería que hasta entonces se utilizaba.

Por otro lado, el segundo se presenta a fin de poder efectuar una comparación en materia migratoria entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal. Por este motivo, se referenciará el desarrollo acaecido en la Ley de Extranjería a través de sus reformas, atendiendo primordialmente a la temática que nos ocupa y revisando las sanciones más graves a las que conlleva el infringir la normativa de extranjería en cuanto a la entrada o estancia irregulares, que se manifiestan a través de figuras tales como la expulsión, la devolución y la denegación de entrada. Especial cuidado se empleará con el internamiento que, a modo de presentación, supone una privación de libertad del extranjero en una disciplina ajena al Derecho Penal, como es el Derecho Administrativo, pero determinada por un juez de instrucción. En definitiva, un rompecabezas en el que se tratará -si se puede- de encajar todas las piezas. Precisamente, se profundizará en la estadística de extranjería no sólo de los juzgados de lo contencioso administrativo -recursos frente a los expedientes sancionadores- sino también de los juzgados de instrucción, por convertirse estos órganos que adoptan resoluciones de privación de libertad del extranjero.

La segunda parte la conforman los capítulos tercero, cuarto y quinto de la tesis.

El tercero, tiene como objetivo el estudio de la evolución del artículo hasta la redacción vigente y la observación y análisis de las figuras afines en determinados países europeos y americanos. La importancia de la transformación de cualquier precepto, en general, y del artículo 318 bis, en particular, radica en ser conscientes de que los cambios acaecidos con cada una de las reformas responden a un cúmulo de circunstancias políticas, sociales, económicas, etc. que ponen de manifiesto por qué el legislador en un determinado momento opta por la modificación, en lugar de por la estabilidad o mantenimiento de la norma. Por esta razón, serán examinados minuciosamente los Preámbulos de cada una de las Leyes Orgánicas -11/2003, de 29 de septiembre, 13/2007, de 19 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo- que reformulan el 318 bis, a fin de poder conocer esas motivaciones e intenciones.

Como ya apuntábamos al principio de esta presentación, el fenómeno migratorio ha adquirido importancia internacional por lo que, desde esta perspectiva, aparte de diversos organismos en el plano supranacional, cabe destacar la normativa que en esta materia se ha dictado por parte de la Unión Europea. Mucho se ha legislado en estas instancias y España como Estado miembro se ve obligado a adaptar al Derecho español tal normativa comunitaria, en aras de la consecución de cierta armonización en todas las legislaciones nacionales para poder, de esta forma, hacer frente a la migración irregular. En tal sentido, se podrá apreciar la influencia europea en las modificaciones producidas por las reformas antedichas, así como las críticas doctrinales y jurisprudenciales vertidas sobre las mismas por la utilización, en general, de una deficiente técnica legislativa.

Igualmente, la importancia que tiene hoy en día el derecho comparado es incuestionable. De este modo, permite observar cómo otros países regulan una determinada cuestión, así como imbuirse de aquellos aspectos que de éstas puedan resultar beneficiosos para las propias. Tres países europeos –Alemania, Italia y Francia– y tres americanos –México, Chile y Argentina–, serán los empleados para establecer la comparativa y poder, de esta manera, analizar cómo estos territorios regulan en sus legislaciones la figura del tráfico ilegal de personas. Habida cuenta de la delgada línea que separa el Derecho Administrativo del Derecho Penal en el acogimiento de este tipo de conductas, será determinante ver si tales países optan por una u otra rama, o bien efectúan una combinación de ambas.

El capítulo cuarto tiene como misión el intento de poner algo de luz sobre dos cuestiones trascendentales para cualquier delito, cuales son, el bien jurídico protegido y su naturaleza jurídica. Como después apreciará el lector, asuntos de importancia extrema, más si cabe, en el artículo 318 bis CP. Como adelanto, se pone de manifiesto ya con estas líneas la falta de acuerdo doctrinal y jurisprudencial hoy en día sobre el bien jurídico protegido por el delito y, ello a pesar de que, con la reforma del año 2010, el legislador estableció de forma contundente y con poco margen para la interpretación, que el bien jurídico protegido por este precepto es el interés del Estado en el control de los flujos migratorios. Veremos, no obstante, qué sucede con los tipos agravados previstos en el artículo 318 bis CP. Igualmente, se vislumbra discrepancia sobre la naturaleza jurídica del delito y sólo existe connivencia entre los diversos autores que han estudiado la materia, en afirmar que nos encontramos ante una norma penal en blanco, habida cuenta de la remisión que el precepto hace a la normativa de extranjería prevista en la LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Con el capítulo quinto nos adentramos de lleno en el estudio penal y criminológico del precepto, tanto en su modalidad básica, como en lo relativo al tipo atenuado. Por consiguiente, serán examinadas las dos conductas que constituyen el tipo básico, que son la ayuda a la entrada o tránsito, por un lado y la ayuda a la permanencia, por otro. Nos detendremos en el elemento diferenciador de ambas –el ánimo de lucro– y analizaremos la penalidad asociada a cada una de las conductas. Precisamente, derivado de lo anterior y como anticipo de lo que vendrá, hemos creado una denominación particular para referirnos a la primera de las modalidades: “tipo de ficticia atenuación”. Igualmente, será observada con detenimiento una cláusula despenalizadora de la conducta propia de este delito, como es la cláusula de ayuda humanitaria, así como los presupuestos del ya mencionado tipo atenuado, del que se critica su amplitud y subjetividad,

por no haber previsto el legislador circunstancias concretas que permitan su apreciación y, por ende, dejando su aplicación sujeta al arbitrio del juzgador.

Finalmente, la tercera y última parte la integra un único capítulo, el sexto, que lo empleamos al estudio de los tipos agravados, objetivo esencial de esta investigación, obviamente en conexión con todo lo anterior y la persona jurídica. El ánimo de lucro, la organización criminal, el peligro para la vida o de causar lesiones graves y el prevalimiento de la condición de autoridad, funcionario público o agente de ésta son las cuatro circunstancias que constituyen los tipos agravados. La disposición en que se ha estructurado este capítulo contempla para cada uno de los tipos agravados mencionados varios epígrafes en que será estudiada la evolución normativa del tipo, el concepto, así como la interpretación doctrinal y jurisprudencial habida sobre la materia. Este esquema también se repetirá para la comisión por persona jurídica, figura que adquiere trascendencia no sólo para nuestro precepto, sino, en general desde el punto de vista penal a partir del año 2010 cuando se incorpora a nuestro Código a través de la LO 5/2010, de 22 de junio. Igualmente, se expondrá en el epígrafe dedicado a la organización criminal la trascendencia que ha tenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano que a través de tres sentencias fundamentales ha procedido a limar el concepto de organización y su diferenciación con otros conjuntos de personas -codelincuencia y grupo criminal- que, sin embargo, no entrarían dentro de la consideración de esta agravante.

PARTE PRIMERA: INTRODUCCIÓN

**CAPÍTULO PRIMERO: EL FENÓMENO MIGRATORIO ACTUAL DENTRO
DE UN CONTEXTO GLOBAL A NIVEL EUROPEO E INTERNO**

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Habida cuenta de que la presente tesis doctoral se centra en el análisis del artículo 318 bis del Código Penal, esto es el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, cuya introducción en el referido texto legal se produce con el objetivo de sancionar el tráfico ilegal de personas, en este primer capítulo que se incluye a modo de introducción, considero fundamental comenzar con un punto de partida, a priori básico, pero que es necesario a fin de evitar futuras confusiones. Y ese primer paso supone intentar establecer qué podemos entender por extranjero desde el punto de vista de ese tráfico ilícito de personas. En tal sentido, si consideramos que un extranjero es un no nacional del Estado español y, como veremos más adelante, se excluye también a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, automáticamente se pueden asociar al término “extranjero” palabras como “migrante” y sus variantes de “inmigrante y emigrante”, además de “refugiado” o “solicitante de asilo”, entre otras.

Uno de los problemas con los que he tropezado a la hora de fijar una definición de los términos referidos, es que existen abundantes ramas del saber que se han dedicado al estudio en profundidad del fenómeno de la migración y sus variantes. Así, la antropología, el derecho, la economía, psicología o sociología, entre muchas otras, desarrollan e incorporan concepciones que han creado doctrina en cada una de dichas disciplinas. De esa dificultad se hace eco ARANGO VILA-BELDA, uno de los grandes investigadores del fenómeno migratorio, al disponer que “es muy dudoso que elaborar una teoría de este tipo resultase ser una buena idea, al tratarse de una teoría tan global y amplia y funcionar a un nivel tan alto de agregación que se convertiría en inútil a efectos prácticos. La migración es demasiado diversa y compleja para que una única teoría pueda explicarla”¹. En la misma línea, FIELDING al manifestar que “quizá la migración sea otro concepto caótico, que necesite ser desempaquetado para que cada parte pueda verse en su propio contexto histórico y social, de modo que su importancia en cada contexto pueda entenderse por separado”².

Al no ser el objeto de esta tesis analizar las teorías existentes en torno a esta definición, pero comprendiendo que sí debe partirse de una acepción que permita el desarrollo posterior de la misma, he decidido adoptar dos posturas en torno a la conceptualización de dichos términos. La primera de ellas, incluir las denominaciones reguladas jurídicamente por la normativa internacional existente en la materia; la segunda, acudir a las nociones ofrecidas por organizaciones o asociaciones de relevancia internacional (o al menos comunitaria) en el ámbito de la migración, en aquellos casos en los que no exista regulación. En dicho sentido, me parece razonable introducir los planteamientos acogidos por la Organización Internacional para las Migraciones, organización intergubernamental en el ámbito de la migración, con sede en Ginebra y fundada en 1951 “que trabaja con los gobiernos y la sociedad civil para promover la

¹ ARANGO VILA-BELDA, Joaquín. “Enfoques conceptuales y teóricos para explicar la migración”. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, nº 165, 2000, pág. 33.

² FIELDING, Anthony. “The 'impasse in migration theory' revisited”. Conference on International Migration, IBG/Royal Dutch G.S., Soesterberg, 1983.

comprensión sobre las cuestiones migratorias, alentar el desarrollo socioeconómico a través de la migración y velar por la dignidad humana y el bienestar de los migrantes”³.

Es precisamente en el año 2006 cuando la OIM crea un Glosario sobre Migración “para así consignar en un texto definitivo y único la terminología utilizada en el ámbito de la migración para que sirva de referencia fidedigna a profesionales, funcionarios gubernamentales que se ocupan de la migración, estudiantes y otros”⁴. Y es que, ya en el propio Preámbulo, el editor PERRUCHOUD se hace eco de la problemática reseñada anteriormente, es decir, de las dificultades que generan los conceptos asociados a la migración, al señalar que “en la elaboración de este Glosario, nos percatamos que las definiciones en este ámbito son a menudo vagas, controvertidas o contradictorias. No hay definiciones aceptadas universalmente. Quizás ello se deba en parte a que tradicionalmente la migración sólo se ha encarado desde una perspectiva nacional, por lo cual la utilización de términos en materia de migración varía de un país a otro. Es más, incluso en el seno de un país, hay términos que difieren en su significado y tienen diferentes repercusiones según la región. Las definiciones – y esto es válido para toda la terminología y no sólo para aquella relacionada con la migración – pueden variar según la perspectiva o el enfoque. La migración suscita un vivo interés en diversos entes, incluidos: gobiernos, ya sea de países de envío o de países receptores; autoridades policiales y de fronteras; organizaciones gubernamentales y no gubernamentales; y los propios migrantes. Cuando no hay una definición aceptada universalmente, existe la posibilidad de que cada grupo escoja, oficial u oficiosamente, su propia definición, según su perspectiva”⁵. En esa dificultad definitoria insiste la OIM en su *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020* al determinar que “además de las definiciones generales de migración y migrante, como las que se encuentran en los diccionarios, existen varias definiciones específicas de los términos fundamentales relacionados con la migración, por ejemplo, en los ámbitos jurídico, administrativo, de las estadísticas y de la investigación. No hay definiciones universalmente acordadas de los conceptos de migración y migrante, pero varias definiciones elaboradas en diferentes contextos, como las que figuran en las Recomendaciones sobre Estadísticas de las Migraciones Internacionales publicadas por el DAES de las Naciones Unidas en 1999, gozan de amplia aceptación”⁶. Dichas definiciones dadas por las Naciones Unidas, la primera edición del mencionado Glosario de la OIM (del año 2006), así como la tercera edición revisada a fecha de 2019, serán utilizadas para esclarecer los reseñados conceptos.

Finalmente, y dado que esta tesis tiene también un enfoque altamente nacional al ser estudiado el fenómeno migratorio desde la perspectiva de nuestro país, serán incluidas acepciones adoptadas por el Consejo Económico y Social de España en su *Informe 02/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*.

³ OIM. ONU MIGRACIÓN, *Historia de la OIM*, (s.f.). Disponible en: <https://www.iom.int/es/historia-de-la-oim> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024).

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). “Glosario sobre Migración”. *Derecho Internacional sobre Migración*, nº 7, Ginebra, 2006, pág. 3. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf (fecha de consulta: 27 de abril de 2024).

⁵ *Ibidem*, pág. 3.

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, Ginebra, 2019, pág. 22. Disponible en <https://publications.iom.int/es/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020> (fecha de consulta: 27 de abril de 2024).

1. Migración

Si acudimos a la doctrina con la finalidad de extraer los significados de migración, emigración o inmigración, vemos cómo en realidad, respecto a las dos últimas, no existen tales nociones. La explicación radica en que los múltiples autores que han estudiado la materia, así como las teorías formuladas con base en tal estudio, parten del término genérico de “migración” y lo moldean en función de la situación espacial desde la que se aborda ese movimiento. Es decir, si nos propusiéramos definir la emigración desde la ubicación territorial o espacial de nuestro país, emigrante sería la persona que sale de España con la intención de asentarse en otro Estado, mientras que inmigrante sería el individuo que desde otro país llega a España con el ánimo de instalarse en España. Son diferencias respecto a las que sólo hace falta acudir a un diccionario para establecerlas. Partiendo de esta premisa, se ofrecerán, a continuación, acepciones sobre “migración”, pero no sobre “inmigración” o “emigración”, por las razones anteriormente esgrimidas.

Entiende ARANGO VILA-BELDA las migraciones 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”⁷. Si desgranamos dicho planteamiento, observamos cómo los elementos fundamentales de la definición radican en la distancia del movimiento (larga distancia) y la permanencia del mismo (asentamiento duradero).

Otro autor español, GIMÉNEZ ROMERO la define como “el desplazamiento de una persona o conjunto de personas desde su lugar habitual de residencia a otro, para permanecer en él más o menos tiempo, con la intención de satisfacer alguna necesidad o conseguir una determinada mejora”⁸. Si comparamos las conceptualizaciones de ambos autores, podemos concluir que GIMÉNEZ ROMERO, a sensu contrario de ARANGO VILA-BELDA, resalta la motivación que lleva a efectuar dicho movimiento y, además, no enfatiza en la distancia del desplazamiento ni en la duración de la estadía, pudiendo ésta ser de carácter más breve.

Si acudimos a autores extranjeros, KEARNEY y BESERRA perciben la migración como “un movimiento que atraviesa una frontera significativa definida y mantenida por cierto régimen político –y orden, formal o informal- de tal manera que cruzarla afecta la identidad del individuo”⁹. Por consiguiente, un concepto que va más allá de lo estrictamente observable y objetivo y que acoge también construcciones psicológicas, en lo que se refiere a la individualidad del ser humano y la pertenencia a determinados grupos.

La OIM, en su glosario, enuncia una cantidad ingente de movimientos migratorios en función de la particularidad que caracteriza a ese movimiento. Así, por ejemplo, se incluyen expresiones como “migración asistida, migración clandestina, migración de retorno, migración espontánea, migración facilitada, migración forzada, migración ilegal, migración individual,

⁷ ARANGO VILA-BELDA, Joaquín. “Las “Leyes de las Migraciones” de E.G. Ravenstein, cien años después”. *Revista Española de Investigaciones Sociales (REIS)*, nº 32, 1985, pág. 9.

⁸ GIMÉNEZ ROMERO, Carlos. *Qué es la inmigración. ¿Problema u oportunidad? ¿Cómo lograr la integración de los inmigrantes? ¿Multiculturalismo o interculturalismo?* R. B. A. Integral, Barcelona, 2003, pág. 20.

⁹ KEARNEY, Michael y BESERRA, Bernadete. “Introduction. Migration and Identities: A Class-Based Approach”. *Latin American Perspectives*, Vol. 31, nº 5, 2004, pág. 4.

migración interna, migración internacional, migración irregular, migración laboral, migración masiva, migración neta, migración ordenada, migración regular y migración total”¹⁰. En la edición revisada de 2019, la OIM incluye en la definición, los vocablos “residencia habitual”, a fin de entender que se trata de “movimiento de personas fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea a través de una frontera internacional o dentro de un país”¹¹.

En definitiva, desde mi punto de vista cabe concluir que la mayor parte de la doctrina incide en el ámbito espacial del movimiento, esto es, en la modificación de la residencia habitual. Vinculado con lo anterior y en función de si ese desplazamiento se produce dentro o fuera de las fronteras de un país, podemos hablar de migración interna, cuando el movimiento se produce dentro del mismo Estado y migración externa, en el supuesto de que el flujo se genere desde un Estado hacia otro.

2. Emigración

Como se manifestó en el epígrafe anterior, no existe un concepto de emigración creado por la doctrina, sino que este término, se entiende subsumido en la acepción genérica de migración. Por este motivo y con el objetivo de ofrecer una definición aceptada internacionalmente, acudo de nuevo a la OIM, que en la primera edición de su glosario determina la emigración como el “acto de salir de un Estado con el propósito de asentarse en otro. Las normas internacionales de derechos humanos establecen el derecho de toda persona de salir de cualquier país, incluido el suyo. Sólo en determinadas circunstancias, el Estado puede imponer restricciones a este derecho. Las prohibiciones de salida del país reposan, por lo general, en mandatos judiciales”¹².

Cabe detenerse, respecto a la definición proporcionada, en las limitaciones al derecho impuestas por un Estado. ¿Cuáles son esas restricciones o prohibiciones de salida en España? En nuestro país, las prohibiciones de salida afectan, por un lado, a los españoles inmersos en procedimientos judiciales en que se adopte como medida cautelar tal prohibición de salida, además de por razones de seguridad nacional y salud pública que lo aconsejen y, por otro lado, a los extranjeros que se hallan en alguna de las situaciones que seguidamente analizaremos. En particular, se contempla dicha regulación en el Código Penal, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (en adelante LOEX) y su Reglamento, RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica (en adelante ROEX).

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Glosario...* cit. (nº7), págs. 38-41.

¹¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). “Glosario de la OIM sobre Migración”. *Derecho Internacional sobre Migración*, nº34, Ginebra, 2019, pág. 124. Disponible en: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf> (fecha de consulta: 27 de abril de 2024).

¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Glosario...*cit. (nº7), pág. 23.

Concretamente, el artículo 22 ROEX recoge la prohibición de salida de extranjeros de territorio nacional en los siguientes supuestos: “a. Los extranjeros incurso en un procedimiento judicial por la comisión de delitos en España, salvo los supuestos del artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando la autoridad judicial autorizase su salida o expulsión. b. Los de extranjeros condenados por la comisión de delitos en España a pena de privación de libertad y reclamados, cualquiera que fuera el grado de ejecución de la condena, salvo los supuestos del artículo 57.7, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y los de aplicación de convenios sobre cumplimiento de penas en el país de origen de los que España sea parte. c. Los de extranjeros reclamados y, en su caso, detenidos para extradición por los respectivos países, hasta que se dicte la resolución procedente. d. Los supuestos de padecimiento de enfermedad contagiosa que, con arreglo a la legislación española o a los convenios internacionales, impongan la inmovilización o el internamiento obligatorio en establecimiento adecuado”. Cabe matizar que el artículo 57.7 LOEX al que se alude en el artículo 22 ROEX, se refiere al investigado por delito castigado con pena de libertad inferior a seis años y con expediente abierto de expulsión en que ésta será autorizada excepto en circunstancias que aconsejen su denegación. Por lo que, en definitiva, la prohibición de salida afecta a extranjeros investigados judicialmente, condenados a pena privativa de libertad, reclamados por sus países de origen hasta que se dicte la resolución correspondiente y en los casos de riesgo de contagio por enfermedad.

Tales prohibiciones, en virtud del apartado segundo del artículo 22 ROEX, “se adoptarán con carácter individual por el titular del Ministerio del Interior, según los casos, a iniciativa propia, a propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, del Delegado o Subdelegado del Gobierno, de las autoridades sanitarias o a instancias de los ciudadanos españoles y de los extranjeros residentes legales en España que pudieran resultar perjudicados, en sus derechos y libertades, por la salida de los extranjeros del territorio español”.

Si se analiza con detenimiento lo antedicho en relación con lo tratado en este epígrafe, esto es, con la emigración, puede concluirse que el hecho de que las prohibiciones de salida afecten a extranjeros que se hallan en España, supone entender que estas medidas son impuestas a personas que previamente han entrado en España, por consiguiente, y desde el punto de vista de nuestro país, a personas inmigrantes. Para afectar a los “emigrantes”, las prohibiciones de salida deberían concernir exclusivamente a los ciudadanos españoles. Por tanto y en lo que respecta a España, se consagra efectivamente el correcto cumplimiento de la libertad de salida de nuestros nacionales (salvo las excepciones presentadas), es decir, la posibilidad de emigración de los españoles, sin que quepa restricción alguna de este derecho. Solamente se limita para los que habiendo llegado a España (extranjeros/inmigrantes) pretenden volver a salir de nuestras fronteras. Llegados a este punto, hay que matizar que ni la LOEX ni el ROEX hacen referencia a la situación de estadia del extranjero (regular o irregular), sino que se producirá en los supuestos indicados con anterioridad, con independencia de la regularidad de la llegada o estancia del extranjero en España.

En su revisión efectuada en 2019, la OIM recoge un concepto evolucionado de “emigración”, adaptado a las recomendaciones de las Naciones Unidas, incluyéndose en la definición el término “residencia habitual”, al igual que se hizo con el concepto genérico de

“migración”, ya reseñado anteriormente. Se define así la “emigración” de la siguiente forma: “Desde la perspectiva del país de salida, persona que se traslada desde el país de nacionalidad o de residencia habitual a otro país, de modo que el país de destino se convierte efectivamente en su nuevo país de residencia habitual”¹³.

Otra definición de “emigración” ampliamente aceptada entre los estudiosos del fenómeno migratorio es la adoptada por el Reglamento 862/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional en cuyo artículo 2.1 c) se dispone que la emigración es la “acción por la cual una persona, que habiendo sido previamente residente habitual de un territorio, deja de tener su residencia habitual en el mismo por un periodo que es, o se espera que sea, de al menos doce meses”¹⁴. Es decir, se introduce en el planteamiento un elemento temporal, de tal forma que se entenderá como emigrante a aquella persona que no regrese al país en el que previamente ha estado asentado en el plazo de un año (doce meses) desde la fecha en que se fue.

En mi opinión, incluir un lapso de tiempo determinado en la estadía de la persona en otro país distinto al suyo a fin de considerarlo como emigrante supone ajustar demasiado el sentido de la definición. Cabría entonces plantearse por qué no es emigrante la persona que se encuentra en las fronteras de otro Estado por un tiempo de 11 meses y 29 días. En este sentido y como veremos en el epígrafe siguiente, a mi parecer, sería correcto suponer que esa persona también es emigrante, pero incluyendo una matización por la extensión de su estancia, dando lugar así a los conceptos de “inmigrante por corto plazo” o “inmigrante por largo plazo”.

3. Inmigración

La misma premisa incluida en los dos epígrafes anteriores se da por reproducida para la redacción de éste, es decir, la certeza de que no hay autores que definan de forma independiente “inmigración” del término genérico de migración. Por eso, acudimos nuevamente a la OIM, que señala que “desde la perspectiva del país de llegada, el acto de trasladarse a un país distinto del país de nacionalidad o de residencia habitual, de manera que el país de destino se convierta efectivamente en el nuevo país de residencia habitual”¹⁵. En definitiva, la OIM adopta como “inmigración” un concepto de “inmigrante por largo plazo” al tener como referencia el elemento temporal de los doce meses. A sensu contrario, se entenderá por “inmigrante a corto plazo” a aquél que se establezca en su lugar distinto al de su residencia habitual por un periodo inferior a los doce meses.

A modo ilustrativo, con objeto de delimitar el concepto de migración en función de la duración de la estancia, se incluye un cuadro incluido en *las Recomendaciones sobre*

¹³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Glosario...*cit. (nº34) pág. 74.

¹⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA. *Informe 02/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, Madrid, 2019, pág. 45. Disponible en: <https://www.ces.es/documents/10180/5209150/Inf0219.pdf> (fecha de consulta: 27 de abril de 2024).

¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Glosario...*cit. (nº34), pág.109.

Estadísticas de las Migraciones Internacionales elaborado en el año 1999 por las Naciones Unidas en la que se recogen definiciones de migrante por largo plazo y por breve plazo.

Tabla 1. *Conceptos de país de residencia habitual, migrante por largo plazo y migrante por breve plazo*

Recuadro 1	
Definiciones de país de residencia habitual, de migrante internacional por largo plazo y migrante internacional por breve plazo	
<i>País de residencia habitual</i>	El país en el que la persona vive, es decir, el país en el que tiene una vivienda donde normalmente pasa los períodos diarios de descanso. Los viajes temporales al exterior con fines de ocio, vacaciones, visitas a parientes y amigos, negocios, tratamiento médico o peregrinación religiosa no cambian el país de residencia habitual.
<i>Migrante por largo plazo</i>	Toda persona que se traslada, por un período de por lo menos un año (12 meses) a un país distinto de aquél en el que tiene su residencia habitual, de modo que el país de destino se convierte efectivamente en su nuevo país de residencia habitual. Desde la perspectiva del país de partida la persona será un emigrante por largo plazo y desde el punto de vista del país de llegada, la persona será un inmigrante por largo plazo.
<i>Migrante por breve plazo</i>	Toda persona que se traslada, por un período no superior a un año (12 meses), a un país distinto de aquél en el que tiene su residencia habitual, salvo en los casos en que el traslado a ese país se hace con fines de ocio, vacaciones, visitas a parientes y amigos, negocios, tratamiento médico o peregrinación religiosa. A los efectos de las estadísticas de las migraciones internacionales, se considera que el país de residencia habitual de los migrantes por breve plazo es el país de destino durante el período que permanecen en él.

Fuente: ONU MIGRACIÓN. *Recomendaciones sobre Estadísticas de las Migraciones Internacionales. Revisión I.* Informes Estadísticos, Serie M, N.º 58, Rev.1, Nueva York, 1999, pág. 10. Disponible en: https://primi.iom.int/sites/g/files/tmzbd11486/files/documents/un_recomendaciones_sobre_estadisticas_de_las_migraciones_internacionales_002_0.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2024).

A modo de conclusión y una vez evaluados los conceptos de inmigración y emigración, se puede poner de manifiesto la amplia inclinación en todos los glosarios que estamos estudiando, a tener como referencia a la hora de definir estos conceptos el elemento temporal de los doce meses. De esta forma, al igual que se hace mayoritariamente por la doctrina, opto por entender que el emigrante/inmigrante (según la perspectiva de país de salida/entrada) es la persona que modifica su país de residencia habitual por un periodo temporal superior al año, en cuyo caso hablaríamos de inmigrante/emigrante por largo plazo o inferior al año y, por tanto, estaríamos ante un inmigrante/emigrante por corto plazo.

4. Migración forzada y migración irregular

Se introducen estas variantes de migración por el contenido de esta investigación. Dado que se analizarán en profundidad tanto las situaciones de irregularidad de la migración desde el punto de vista administrativo como desde el punto de vista penal, cuya comisión tiene lugar en la inmensa mayoría de los casos en contextos en los que el propio migrante se encuentra de forma irregular, creo conveniente hacer énfasis en estas dos vertientes migratorias.

La migración forzada, forzada o involuntaria es definida por la doctrina como la huida del país de origen de la persona desplazada. Por ejemplo, CASTLES opina que incluye “un conjunto de categorías legales o políticas. Todas implican a personas que han sido forzadas a escapar de sus hogares y buscar refugio en otra parte. El habla popular tiende a llamarlos a

todos refugiados, pero legalmente ésta es una categoría legal bastante restringida. La mayoría de los migrantes forzados huyen por razones que no son reconocidas por el régimen internacional de refugiados y muchos de ellos son desplazados dentro de su propio país de origen”¹⁶. Como veremos más adelante, haremos referencia a esa categoría restringida de refugiados a la que alude CASTLES que, sin embargo, no contendría a todos aquellos que forzosamente se ven obligados a migrar.

La OIM por su parte define la migración forzosa como el “movimiento migratorio que, si bien puede estar propiciado por diversos factores, entraña el recurso a la fuerza, la coacción o la coerción”¹⁷ y añade como nota que “aunque no es un concepto jurídico internacional, este término se ha utilizado para describir los movimientos de refugiados, desplazados (incluidos los desplazados por desastres o por proyectos de desarrollo) y, en algunos casos, las víctimas de la trata. En el plano internacional, el uso de este término es objeto de debate debido al reconocimiento generalizado de que existe un espectro continuo de agentes, y no así una dicotomía voluntaria/forzosa, y de que su empleo podría socavar el régimen jurídico de protección internacional existente”¹⁸.

Si examinamos este concepto de migración forzosa, podemos inferir que ésta es la base para que se produzca la migración irregular, que a su vez introduce como premisa fundamental en su definición, a la persona indocumentada, entendiendo no sólo los flujos migratorios de personas indocumentadas sino también a la población que en un momento dado y en un lugar determinado pueda estar sin la documentación que la habilite para la regularidad de su estadía. Por este motivo argumentado, la variación en el número de personas en situación irregular de un país no sólo depende de la entrada o salida de personas indocumentadas sino también de los cambios que se produzcan en las personas documentadas e indocumentadas de dicho Estado (un indocumentado puede pasar a documentado y viceversa). Y esto es así, porque el migrante puede entrar y salir de esa irregularidad en función de la política legislativa del país en que se halle¹⁹.

Otros autores asimilan la irregularidad del desplazamiento al aspecto exclusivamente laboral de tal movimiento, que lleva a una persona a asentarse de forma irregular en un determinado país. En este sentido se pronuncia CASTLES que determina que “la migración irregular es esencialmente una consecuencia del desequilibrio entre la demanda laboral en los países de destino y la capacidad o la voluntad de los gobiernos a establecer los canales legales de migración”²⁰.

No obstante, una parte importante de la doctrina considera que la situación irregular deriva de un equilibrio que surge entre el ingreso en el país, la permanencia en el mismo y el trabajo. Y así lo define la OIM al sostener que desde el punto de vista de los países de destino

¹⁶ CASTLES, Stephen. “La política internacional de la migración forzada”. *Revista Migración y Desarrollo*, n°1, 2003, pág. 3. Traducción Luis Rodolfo Morán Quiroz.

¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Glosario...cit.* (n°34), pág. 126.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 127.

¹⁹ En el sentido del texto, PORTAL DE DATOS SOBRE MIGRACIÓN. Una perspectiva global, *Tipos de Migración- Migración irregular*, 20 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/migracion-irregular> (fecha de consulta: 2 de enero de 2024)

²⁰ CASTLES, Stephen. “Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales”. *Revista Migración y Desarrollo*, Vol. 7, n°15, 2010, pág. 49. Traducción Luis Rodolfo Morán Quiroz.

significa que “es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país”²¹.

Se volverá a incidir sobre la irregularidad de la migración en el Capítulo II de esta tesis, que estará dedicado al análisis en profundidad de este tema desde el punto de vista administrativo, a través de la Ley de Extranjería.

5. Refugiado

Como inicio de este epígrafe cabe apuntar las diferencias existentes en cuanto a las definiciones anteriormente ofrecidas y la que se va a proporcionar, a continuación, al respecto del término “refugiado”. Esto es así por dos razones: la primera, porque existe una regulación legal amplia de carácter internacional para los refugiados²², cuestión que no se ha verificado con los conceptos previamente reseñados. La segunda, que para velar por el cumplimiento de esa regulación se ha constituido ACNUR²³.

La normativa legal parte del concepto recogido en el artículo 1 A de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, que reza:

“A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

- 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.
- 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión,

²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Glosario...cit.* (nº7), pág. 40.

²² Dicha regulación la componen la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Además, ACNUR, en UNHCR ACNUR España. *La Convención de 1951* (s.f.). Disponible en: <https://www.acnur.org/es-es/la-convencion-de-1951.html> (fecha de consulta: 2 de enero de 2024) resalta la importancia de la normativa al establecer en su web que “la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 son los principales instrumentos legales que subyacen a nuestro trabajo. Ratificada por 149 Estados parte, define el término ‘refugiado’ y establece los derechos de las personas refugiadas, así como las obligaciones de los Estados para su protección”.

²³ ACNUR es el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Según se establece en UNHCR ACNUR España, *ibidem.*, ACNUR es el ‘guardián’ de la Convención de 1951 y de su Protocolo de 1967. Según establece la Convención, los Estados tienen la obligación de colaborar con ACNUR para garantizar que los derechos de las personas refugiadas se respeten y protejan.

nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea”.

Una deducción lógica que se extrae de tal concepto es que, si se atiende la literalidad de éste, el término “refugiado” se agota en el mismo momento en que se aprueba la Convención, habida cuenta de la referencia a esos “acontecimientos ocurridos antes de 1951”. Y la segunda conclusión obtenida de la definición es que el sentido de su promulgación radica en otorgar protección a los desplazados como consecuencia de la II Guerra Mundial, al intuirse que esos “acontecimientos ocurridos antes de 1951” se refiere a ésta, dado su cercanía en el tiempo al haber concluido dicha Guerra en el año 1945.

Por los motivos antedichos, en 1967 se aprueba el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, en cuyo Preámbulo ya se indica, entre otras, una de las razones de su aprobación, que no es otra que, como indicamos con anterioridad, el agotamiento de la Convención en el concreto momento de su aprobación²⁴. Así, se redefine en su artículo I.2 la palabra de refugiado, extendiéndose ésta a “toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras "como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ..." y las palabras "... a consecuencia de tales acontecimientos, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1”²⁵. Por consiguiente, de acuerdo con la Convención y el Protocolo, se definiría al refugiado como a la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Tal y como venimos haciendo a lo largo de este capítulo, creo conveniente advertir de una matización importante que sobre el concepto de refugiado introduce la versión renovada del Glosario de la OIM. Así, reza éste que “en el marco del derecho internacional de los refugiados, el reconocimiento de la condición de refugiado es de carácter declarativo y no

²⁴ Reza el Preámbulo del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de la siguiente forma: “los Estados Partes en el presente Protocolo, Considerando que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 (denominada en lo sucesivo la Convención), sólo se aplica a los refugiados que han pasado a tener tal condición como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, (...) han convenido en lo siguiente (...).”

²⁵ Artículo I.2 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 y con entrada en vigor el 4 de octubre de 1967.

constitutivo. De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado”²⁶. Además, la segunda parte de este planteamiento también abarcaría a los apátridas que se encuentran fuera de su país de residencia habitual y se indica por ello que la propia Convención se ha visto complementada por otros instrumentos aprobados a nivel regional que redefinen la definición de refugiado según las circunstancias objetivas que entienden obligan a una persona a abandonar su país. En estos términos, alguno de esos instrumentos puede ser la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África (aprobada el 10 de septiembre de 1969 y en vigor desde el 20 de junio de 1974) o la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (aprobada el 22 de noviembre de 1984)²⁷”.

Las conclusiones que extraigo de las anteriores definiciones son las siguientes:

1. La dificultad de obtener hoy en día, con independencia de que existe una regulación bastante amplia en la materia, un concepto único de refugiado válido para cualquier país. La Convención se creó para dar una definición universal a la que pudieran acogerse las personas afectadas por el éxodo de población derivado de la II Guerra Mundial. Sin embargo, a día de la fecha, son numerosas las circunstancias (guerras, hambrunas, desastres naturales, violaciones de derechos humanos, ocupaciones, etc.) que pueden forzar a un individuo a salir de su país y querer acogerse a la protección otorgada por aquél al que huye, sin que exista un instrumento legal internacional único que dé respuesta para todos los territorios del mundo. Como hemos comprobado, a la Convención y a su Estatuto se le han sumado numerosas regulaciones regionales como las arriba enunciadas, de tal forma que la legislación a la que pueda acogerse “la persona huida” dependerá del Estado de destino.

2. Conforme a lo anterior e insistiendo en lo argumentado, desde el punto de vista legal la posición de “refugiado” variará en función del país en que el individuo solicite protección. Es decir, una misma persona puede ser o no ser considerada refugiada de acuerdo con la normativa aplicada por el Estado al que arribe. Quiere esto decir que la condición de refugiado dependerá de los criterios políticos particulares del país de llegada y no de las circunstancias singulares de la persona que pretende acogerse al amparo que se le ofrece.

3. Según la OIM no es necesario el reconocimiento por ningún organismo de la condición de refugiado para ser efectivamente refugiado, sino que con el simple cumplimiento de los requisitos indicados en el concepto es suficiente para que una persona entienda que ostenta tal situación. Ahí radica la diferencia entre el carácter constitutivo y declarativo de la misma, considerando que es constitutiva cuando algún

²⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Glosario...*cit. (nº34), pág. 190.

²⁷ En tal línea, *ibidem*, págs. 190-191.

organismo así lo dispone y es meramente declarativa cuando el individuo puede detentar ese estatus de refugiado por el cumplimiento de las exigencias incluidas en la definición, sin necesidad de identificación por ningún ente. No obstante, desde mi punto de vista, habría que poner en entredicho la virtud o benevolencia de ese carácter declarativo de la condición de refugiado. Y es que, ninguna solución se aporta a quien es declarado “refugiado” pero no “reconocido” como tal si no se acompaña esa declaración de una serie de medidas que faciliten su estancia en el país de destino.

En lo relativo a nuestro país, procede analizar dónde y cómo se regula la figura del refugiado en España. Así, el artículo 23.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, establece que “la Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior, será el órgano competente para la tramitación de las solicitudes de protección internacional”. En el sistema de protección internacional en España, la Subdirección General de Protección Internacional, dependiente de la Dirección General de Política Interior, es el órgano especializado que asume esta función y se encarga de la instrucción y tramitación de los procedimientos en materia de protección internacional, así como del reconocimiento del estatuto de apátrida (en aplicación del artículo 7 y siguientes del Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida).

Por lo que se refiere al término de refugiado, se recoge éste en el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre. Refugiado que, de conformidad con el artículo 2, tiene derecho de asilo. Además, si se acude al concepto, éste no difiere de la definición recogida por la Convención, salvo en dos circunstancias: se añade como refugiado a la persona que tenga temores de ser perseguida por su orientación sexual y se incluye también a los apátridas, con determinadas condiciones. De esta forma, la protección internacional otorgada por nuestro país comprendería tanto el derecho de asilo, que se concede a los refugiados, como la protección subsidiaria, que se confiere a los extranjeros que no son refugiados, pero se encuentran en determinadas situaciones de riesgo y no pueden regresar a su país de origen.

Para finalizar se reseña la normativa básica en España, aparte de la Convención de Ginebra de 1951, que configura el entramado legislativo vinculado a la figura del refugiado, sin perjuicio de que no se referencien la totalidad de los instrumentos jurídicos existentes, poniendo el acento en los más relevantes. Son los siguientes:

- a. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (*BOE núm. 263, de 31 de octubre*).
- b. Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (*BOE núm. 256, de 25 de octubre*).
- c. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado (*BOE núm. 52, de 2 de marzo*).

d. Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen -artículos 28 a 38-. Instrumento de ratificación de España de 23 de julio de 1993 (*BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994*).

e. Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990. Instrumento de Ratificación de España de 27 de marzo de 1995 (*BOE núm. 183, de 1 de agosto de 1997*).

f. Acuerdo Europeo nº31 sobre exención de visados para los refugiados, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Instrumento de Ratificación de España de 2 de junio de 1982 (*BOE núm. 174, de 22 de julio de 1982*).

g. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (*Diario Oficial de la Unión Europea L 180/60, de 29 de junio de 2013*)

h. Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (*Diario Oficial de la Unión Europea L 180, de 29 de junio de 2013*)²⁸.

6. Víctima de trata

Al igual que ocurre con los refugiados, también con la trata existe normativa propia que permite definir esta situación. Así, tanto el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños²⁹, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de Noviembre de 2000, como el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 16 de mayo de 2005 (en vigor desde el 1 de febrero de 2008), definen en sus artículos 3 a) y 4 a), respectivamente, la trata de seres humanos como “el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación.

²⁸ MINISTERIO DEL INTERIOR, OFICINA DE ASILO Y REFUGIO. *Protección Internacional. Normativa básica reguladora* (s.f.). Disponible en: <https://proteccion-asilo.interior.gob.es/es/proteccion-internacional/normativa-basica-reguladora/> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024)

²⁹ Es uno de los tres Protocolos, conocidos como los “Protocolos de Palermo” que complementan la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada. Los otros dos Protocolos firmados en esta ciudad italiana en el año 2000 son el “Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, por Tierra, Mar y Aire” y el “Protocolo contra la Fabricación Ilícita y el Tráfico de Armas de Fuego

La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos”. Además, existen otros instrumentos que complementan las regulaciones anteriores, como son, entre otras, la Resolución 64/293, de 30 de julio de 2010, por la que se aprueba el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas o la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas³⁰.

Junto con los instrumentos internacionales anteriormente señalados, en España complementan la regulación, entre otras muchas, la LOEX en su artículo 59 bis, ROEX que acoge el Capítulo IV titulado “residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos”, o la Ley 4/2015, de 17 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. Y en el ámbito penal, que es el que nos concierne en mayor medida, el artículo 177 bis CP introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, que prevé el Título VII bis para abordar el tema en el citado 177 bis, recogiendo la trata de seres humanos como tipo penal autónomo. Hay que matizar que, con carácter previo a la inclusión del mencionado precepto, la trata de seres humanos se regulaba junto con el delito de tráfico ilegal de personas del artículo 318 bis CP (delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros)³¹.

7. Menor no acompañado

Es la Observación General nº 6 elaborada por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la que en el número 7 del apartado “III. Definiciones” recoge el concepto de “niño o menor acompañado”, de conformidad con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De esta manera, se define a éstos como los “menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”.

En el mismo sentido, la *Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida*, define al menor no acompañado en su artículo 2. 1) como “el menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; se

³⁰ Esta Directiva 2011/36/UE sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

³¹ La normativa citada puede ampliarse a través de la web del MINISTERIO DE IGUALDAD- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. *Normativa*. (s.f.) Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/normativa/home.htm> (fecha de consulta: 28 de abril de 2024). Igualmente, se han creado órganos especializados y planes de acción tanto de ámbito estatal como comunitario para luchar contra la trata de seres humanos.

incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros”.

Por lo que respecta a España, es el ROEX el que acoge en su artículo 189 el concepto de menor no acompañado, comprendiendo por tal al “el extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”.

Con posterioridad, se hará una mención especial en uno de los apartados que conforman este capítulo a la problemática que en nuestro país plantean los Menores No Acompañados.

II. CAUSAS Y EVOLUCIÓN DE LAS MIGRACIONES EN EUROPA Y EN ESPAÑA DESDE EL SIGLO XVIII

1. Causas

Al igual que ocurrió en el epígrafe primero sobre los conceptos relacionados con la migración, en las causas que explican ésta también existen múltiples teorías, supuestos, factores, etc. que en virtud del contexto personal de cada uno de los migrantes justificaría su desplazamiento hacia un territorio distinto al de su residencia. Sin ánimo de extenderme en las mismas, dado que no es el objeto de esta tesis, reseñaré alguna cuestión básica de las razones fundamentales que llevan a la migración del ser humano.

Un punto de partida apropiado, por ser uno de los grandes estudiosos del fenómeno migratorio, implica acudir a RAVENSTEIN, que en 1885 publicó las Leyes de las Migraciones, que posteriormente ARANGO, ya mencionado a lo largo de este capítulo, resumiría en las siguientes: “1. La principal causa de las migraciones son las disparidades económicas, y el móvil económico predomina entre los motivos de las migraciones. 2. La mayor parte de las migraciones son de corta distancia: ‘...el grueso de nuestros migrantes sólo recorre una distancia corta’. 3. Los migrantes que se desplazan a largas distancias generalmente van con preferencia a uno de los grandes centros del comercio o de la industria. 4. Las migraciones se producen escalonadamente. 5. El proceso de dispersión es el inverso del de absorción y exhibe características similares. 6. Cada corriente migratoria produce una contracorriente compensadora. 7. Los nativos de las ciudades tienen menos propensión a emigrar que los de las zonas rurales del país. 8. Entre los migrantes de corta distancia parecen predominar las mujeres mientras lo contrario ocurre entre los de larga distancia. 9. La mayoría de los migrantes son adultos. 10. Las grandes ciudades crecen más por inmigración que por incremento vegetativo. 11. Las migraciones más importantes son las que van de las áreas rurales a los grandes centros

del comercio y de la industria. 12. Las migraciones tienden a aumentar con el desarrollo económico y con el progreso de la tecnología y el transporte”³².

Como bien manifiesta GARCÍA SÁNCHEZ, “algunas de las proposiciones de Ravenstein han aguantado bastante bien el paso del tiempo, otras no tanto”³³. Por esta razón, hay que valorar de todas las leyes enumeradas y como causa prevalente de las migraciones, de acuerdo con Ravenstein, “las disparidades económicas”. Y es este el motivo que ha conducido a muchos autores a profundizar en el tema económico, dando lugar a múltiples teorías, –teoría de los factores push-pull, teoría neoclásica, nueva economía de las migraciones laborales, teoría de los mercados duales–, que son explicadas por expertos como Lewis, Mundell, Piore, Harris Todaro o Stark, entre otros³⁴.

Además de especialistas, puede acudir a informes realizados por instituciones. Por ejemplo, Naciones Unidas o el Parlamento Europeo. De hecho, este último presenta un estudio que puede servirnos para valorar otra clasificación, que incluye factores “sociopolíticos, demográficos y económicos o medioambientales”³⁵

Entre los primeros, –factores sociopolíticos–, se reseña que “la persecución étnica, religiosa, racial, política y cultural empuja a las personas a abandonar su país. Un componente importante es la guerra, o (la amenaza de) conflicto y la persecución del gobierno. Los que huyen de conflictos armados, violaciones de derechos humanos o persecución (...)”³⁶. Por consiguiente, la guerra ocasionada por cualquier motivación incita a la huida de la barbarie.

Entre los segundos, –factores demográficos y económicos– se expone que “la migración demográfica y económica está relacionada con las normas laborales, el desempleo y la salud general de la economía de un país. Los factores de atracción incluyen salarios más altos, mejores oportunidades de empleo, un nivel de vida más alto y oportunidades educativas. Si las condiciones económicas no son favorables y parecen correr el riesgo de disminuir aún más, probablemente un mayor número de personas emigrará a países con mejores perspectivas”³⁷. Es decir, la ausencia de oportunidades en el mercado laboral de un país conduce a la exploración de mejores condiciones de vida en otros.

Entre los terceros, –factores medioambientales–, se señala que “el medio ambiente siempre ha sido un motor de migración, ya que las personas huyen de desastres naturales, como inundaciones, huracanes y terremotos. Con el cambio climático, se espera que se acentúen los eventos climáticos extremos, lo que significa que más personas podrían acabar migrando por este motivo”³⁸. Según la OIM, “los migrantes ambientales son aquellos que, debido principalmente a cambios repentinos o graduales en el medio ambiente que inciden

³² ARANGO VILA-BELDA, Joaquín. *Las “Leyes...cit., págs. 12 y13.*

³³ GARCÍA SÁNCHEZ, Alberto. “Revisión crítica de las principales teorías que tratan de explicar la migración”. *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, Vol. 7, nº 4, 2017, pág. 201.

³⁴ *Ibidem*, págs. 202-211

³⁵ PARLAMENTO EUROPEO. *Explorar las causas de la migración: ¿Por qué migran las personas?* Creado el 01.07.20, actualizado el 02 de mayo de 2023. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/world/20200624STO81906/explorar-las-causas-de-la-migracion-por-que-migran-las-personas> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024)

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

negativamente en su vida o en sus condiciones de vida, se ve obligada a abandonar su lugar de residencia habitual, o decide hacerlo, con carácter temporal o permanente, y se desplaza a otras partes de su país de origen o de residencia habitual, o fuera del mismo"³⁹. En este punto se incide en las catástrofes naturales que cercenan una región o país y obliga a los afectados a modificar su rumbo. Igualmente, se abren interrogantes por lo que en un futuro cercano ocurrirá con las personas aquejadas por el cambio climático en sus respectivos territorios, en cuestiones tales como la falta de agua.

Otra enumeración hecha por el Fondo de Población de Naciones Unidas hace también hincapié en las arriba mencionadas al incluir a los migrantes por motivos económicos que satisfacen la demanda de trabajadores extranjeros; los migrantes desplazados a la fuerza por causa de la persecución, el conflicto, la violencia o la violación de los derechos humanos; los migrantes internos como consecuencia de la distribución desigual de los recursos, servicios y oportunidades que se desplazan de zonas rurales a urbanas; o aquéllos que huyen de desastres naturales causados por fenómenos meteorológicos adversos. Además, pone también el foco de atención en la migración femenina, que en los últimos tiempos se ha equiparado a la masculina, superándola incluso en algunos países⁴⁰.

Insistiendo en el tema, la OIM apunta que “la enorme mayoría de las personas que migran a otros países lo hacen por motivos relacionados con el trabajo, la familia o los estudios, en procesos migratorios que, en su mayor parte, no son fuentes de problemas ni para los migrantes ni para países que los acogen. Sin embargo, otras personas abandonan sus hogares y sus países por una serie de razones imperiosas y a veces trágicas, por ejemplo, por conflictos, persecuciones o desastres. Aunque las personas desplazadas, como los refugiados y los desplazados internos, representan un porcentaje relativamente bajo del total de migrantes, suelen ser los más necesitados de asistencia y apoyo”⁴¹. En resumen, como puede apreciarse, la complejidad y heterogeneidad son dos de los rasgos definitorios del fenómeno migratorio, si bien es cierto que durante años se van consolidando ciertos esquemas de movimientos de personas que se mantienen a lo largo del tiempo. Así lo apunta de nuevo la OIM en su último Informe de 2022, cuando establece que “la migración no es uniforme en el mundo, sino que responde a factores económicos, geográficos, demográficos y de otra índole que producen claros patrones migratorios, como los “corredores” migratorios que se establecen con el paso de los años. Los corredores más grandes tienden a ir de los países en desarrollo a las economías más desarrolladas, como las de los Estados Unidos de América, los Emiratos Árabes Unidos, la Arabia Saudita y Alemania; también pueden reflejar situaciones de conflicto prolongadas, con los desplazamientos que conllevan, como en el caso del corredor de la República Árabe Siria a Turquía (...)”⁴².

³⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Glosario*...cit. (nº34), pág. 138.

⁴⁰ En la línea del texto, FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Migración* (s.f.). Disponible en: <https://www.unfpa.org/es/migración#readmore-expand> (fecha de consulta: 28 de abril de 2024).

⁴¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Informe*...cit. (2020), pág. 21.

⁴² McAULIFFE, M. y TRIANDAFYLLIDOU, A. (Eds.). *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*, OIM, Ginebra, 2021, págs. 2 y 5. Disponible en <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2022> (fecha de consulta: 27 de abril de 2024).

En definitiva, se observa cómo analistas, instituciones y organismos varios recogen las mismas o parecidas causas que exponen a través de teorías diversas. Para concluir este apartado, atendiendo a las enumeraciones efectuadas, se puede afirmar que son múltiples las teorías que explican las causas de los movimientos migratorios, que responden a su vez a motivaciones muy diversas (políticas, laborales, familiares, socioeconómicas, medioambientales, bélicas, culturales, etc.) pero que, al fin y al cabo, se fundamentan en un mismo objetivo, que no es otro que la consecución de una vida mejor en el país de llegada.

2. Evolución en Europa desde el siglo XVIII

Sin ánimo de acudir a una época muy temprana de la historia, procede reflejar a continuación la evolución que ha seguido el fenómeno migratorio a través de tres etapas: la primera, que se extiende desde el siglo XVIII hasta la II Guerra Mundial; la segunda; desde la II Guerra Mundial hasta 1989; la tercera y última, desde 1989 a la actualidad.

2.1. Desde el siglo XVIII a la II Guerra Mundial

En esta etapa se comprueba cómo desde el siglo XVIII hasta la II Guerra Mundial, Europa era un continente de salida de personas, un continente de emigrantes, un continente que necesita mantener sus territorios en una época, primitivamente de colonialismo y después de imperialismo.

De esta manera, hasta mitad del siglo XIX se producían emigraciones hacia nuevos continentes por causas relacionadas con procesos de conquista que dan pie a las diversas colonizaciones dirigidas por los monarcas europeos. Es de destacar los vastos territorios de que España, Francia, Portugal, Gran Bretaña, Italia, Holanda o Bélgica llegaron a disponer en América, África y Asia, que necesitaba de personas para su mantenimiento, mediante el asentamiento de emigrantes que instauraran sociedades similares a las europeas y controlaran política y económicamente esas zonas, implantando sistemas de gobiernos y administración propios.

Sin embargo, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX (especialmente desde 1870 hasta el comienzo de la I Guerra Mundial), el incremento de población en Europa debido a la explosión demográfica que se produjo en el momento (que llegó a duplicar su población), provocó una crisis económica motivada por la escasez de recursos. De esta forma, muchos europeos, al no contar con esos recursos ni con trabajo para subsistir, comienzan a emigrar a países tales como EE.UU, Argentina, Venezuela, Brasil, Australia, Canadá o Sudáfrica, territorios que precisamente les ofrecían aquello de lo que carecían en los suyos, esto es, trabajo (la escasez de mano de obra, elevó la demanda de trabajo sobre todo en la agricultura y el sector industrial), abundancia de recursos naturales sin explotar y expansión económica por su inserción en la economía mundial y la capacidad de atracción de mano de obra y capitales del exterior. A esto hay que unir el impacto que generó la inversión en infraestructuras y transporte,

que facilitaban el desplazamiento hasta estos lugares a los que inicialmente llegar exigía de viajes largos y costosos.

Las dos Guerras Mundiales (1914-1918 y 1939-1945) no varían el panorama del periodo anterior, siendo ésta una fase de continuidad en la que la crisis bélica provocó una gran emigración forzosa de personas que huían de la barbarie. Especialmente, el movimiento de desplazados producido tras la II Guerra Mundial se considera como la peor crisis migratoria del siglo XX. Típicos destinos los constituían países del continente americano (especialmente Estados Unidos) e incluso Oceanía. No obstante, además de salidas exteriores desde Europa a otros continentes, se originan reasentamientos interiores de personas, debido al desplazamiento obligado de las mismas, procedentes en su mayor parte de Alemania y la Unión Soviética, países devastados por las guerras de los que huyen los ciudadanos. Son etapas de migraciones forzosas por razones políticas, persecuciones, pobreza, violaciones de derechos humanos y los cambios de fronteras a los que dan lugar los conflictos.

2.2. Desde la II Guerra Mundial hasta 1989

A partir de la II Guerra Mundial cambia el contexto migratorio en Europa. Así, de ser zona de emigración pasa a convertirse en continente receptor de inmigración, con las matizaciones que se observarán a partir de 1973.

En un primer periodo entre 1950-1960, países como Francia, Alemania, Reino Unido, Suiza o Austria comienzan su expansión industrial y económica como consecuencia de la recuperación iniciada tras la II Guerra Mundial, que implica una abultada demanda de trabajadores. Por consiguiente, estos países se erigen en áreas destinatarias de inmigrantes, no sólo procedentes de países europeos como Italia, Portugal o España sino también de países norteafricanos (argelinos y marroquíes) y también turcos.

Igualmente, en dicha etapa se desencadena el proceso de descolonización de África, con la independencia de la mayor parte de los países del norte, centro y oriente. No obstante, lejos de ser una transformación tranquila, se ha caracterizado por la violencia y el fanatismo, que ha dado lugar al desarrollo de conflictos sociales y étnicos que provocan la emigración de un ingente volumen de personas con destino a Europa.

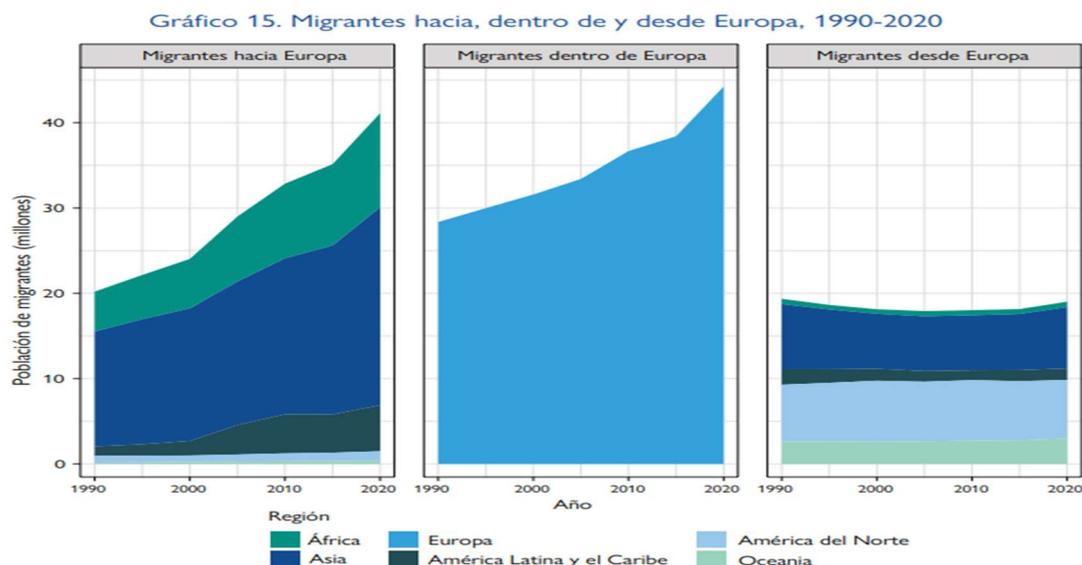
Si hemos manifestado que tras la II Guerra Mundial se genera un progreso en la recuperación y expansión económica europea, no es menos cierto que esa época de bonanza finaliza en 1973 con la llamada crisis del petróleo que provoca el efecto contrario al mantenido hasta ese momento, que no es otro que la recesión económica, que implica a su vez, no un periodo favorable a la llegada de inmigrantes a Europa, sino una etapa restrictiva por esas carencias económicas. Una fase de ralentización, pausa y paréntesis hasta más o menos la década de los noventa en que los acontecimientos que seguidamente se señalarán conducen a un nuevo espacio de tiempo caracterizado por la arribada de inmigrantes.

2.3. Desde 1989 a la actualidad

Transcurrida la crisis y a partir de 1982, Europa se vuelve a convertir en país receptor de inmigrantes, acentuándose la absorción de éstos a partir de los años 90. Destaca la acogida de personas procedentes de países de Europa del este (originarios de la antigua URSS) a partir de la caída del Muro de Berlín en 1989. Se mantiene la inmigración procedente del África subsahariana debido a la continuidad de los conflictos en estos países por causas políticas, militares y la existencia de guerras civiles. Igualmente, el desmembramiento de la antigua Yugoslavia con la denominada Guerra de los Balcanes provocó flujos migratorios de personas hacia Alemania, Austria, Italia y Suiza, con mención especial a la crisis de Kosovo de 1999. Y ya a partir del año 2000 son destacables las guerras de Irak y Afganistán, seguidas por los conflictos de Siria, Irak y Pakistán, las guerras de África (Somalia, Sudán, Libia, República Democrática del Congo) e incluso la guerra contra el Estado islámico, que sigue en vigor desde los atentados del 11 de septiembre en Nueva York y los del 11 de marzo en Madrid y que han dado lugar en los últimos años, con especial relevancia en el 2015, a la ya conocida como peor crisis migratoria desde la II Guerra Mundial. A partir del 2015 y hasta el momento, sobresale la llegada de inmigrantes procedentes, particularmente de Siria, devastada por la guerra. Es necesario puntualizar que predomina en estos últimos años la inmigración irregular, frente a la inmigración reglada que se ha convertido en minoritaria respecto a la anterior⁴³.

A continuación, se muestra un gráfico en el que se refleja en datos la evolución reseñada y se procederá a analizar de forma pormenorizada dichas cifras, en conjunto, y por regiones, en función de la parte de Europa afectada:

Gráfico 1. Evolución de la migración en Europa, periodo 1990-2020



⁴³ En la línea de los tres apartados del epígrafe 2 de este capítulo, COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. *Movimientos migratorios en España y Europa*. Madrid, 2016, pág. 5-6. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe-rutas-migratorias.pdf> (fecha de consulta: 27 de abril de 2024); SÁNCHEZ ALONSO, Blanca. “La época de las grandes migraciones: desde mediados del siglo XIX a 1930”. *Revista Mediterráneo Económico: Procesos migratorios, economía y personas*, nº 1, 2002, págs. 19-33; CASTELLÓ ROSELLÓ, Vicente. “Las migraciones desde una perspectiva histórica”. *Revista de treball, economia i societat*, nº 49, 2008, págs. 9-13; WILLIAMSON, Jeffrey G. “Migración mundial”. *Revista Finanzas & Desarrollo del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*, Vol. 43, nº3, 2006. págs. 23-27.

Fuente: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2022*. Ginebra, 2021, pág. 91.

Del estudio detallado de dicho gráfico se puede concluir que en tan sólo treinta años (desde 1990 hasta 2020), Europa ha duplicado el número de su población inmigrante, al haber pasado de los veinte millones en 1990 hasta los cuarenta millones en el año 2020. En consonancia con este mismo epígrafe, en que se ha hecho hincapié en la crisis migratoria habida en el año 2015 y que se ha extendido hasta la actualidad, se comprueba cómo únicamente en estos últimos cinco años, han sido cinco los millones de inmigrantes que han arribado a Europa. Por consiguiente, puede inferirse que de los veinte millones de inmigrantes que han entrado a nuestro continente en los últimos treinta años, el 25 % corresponde a los últimos cinco.

De acuerdo con lo argumentado, se aprecia cómo de esos cuarenta millones de inmigrantes llegados a Europa en los últimos años de los noventa y primeras décadas del siglo XXI, 35 millones pertenecen a países africanos y asiáticos, procediendo los cinco millones de inmigrantes restantes de América, sobre todo de América latina. Es en cifras donde se demuestra lo ya argüido en letra, esto es, que principalmente la crisis siria, así como la ruta de emigración procedente del África del norte y subsahariana (que será analizada en capítulos sucesivos), han convertido a Europa en uno de los continentes especialmente asolados por el fenómeno migratorio y tiene como punto principal de partida los países de Asia (Siria, Irak y Afganistán) y África.

Otra cuestión para tener en cuenta es el saldo migratorio, entendiéndolo como el balance entre la inmigración y emigración en un determinado lugar y en un concreto periodo de tiempo. Así se vislumbra que, la emigración en Europa ha permanecido constante en los últimos treinta años, sin apenas modificación y manteniéndose en cifras algo inferior a los veinte millones de personas. Por consiguiente, si la inmigración ha crecido desde los años noventa a la actualidad en veinte millones de personas hasta llegar a los cuarenta millones, y la emigración se ha perpetuado en una constante de veinte millones, el saldo migratorio nos arroja un balance positivo de veinte millones de migrantes. En resumen y a efectos de clarificar lo anterior, se incluye un gráfico relacionado con el saldo migratorio de estos últimos veinte años:

Tabla 2. Saldo migratorio en Europa, periodo 1999-2019.

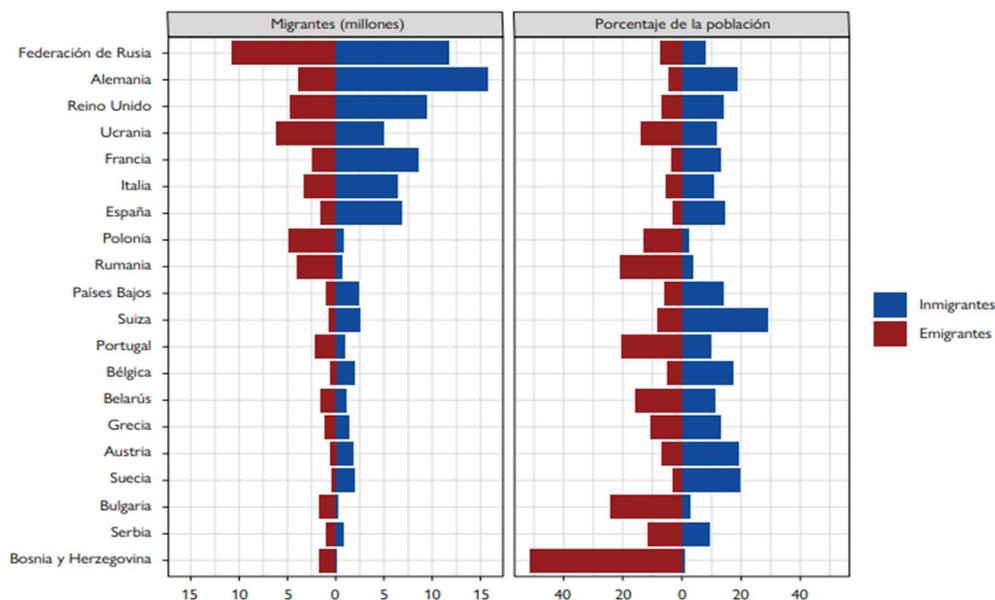
Saldo migratorio en Europa (1999-2019)	
Saldo migratorio	Nº inmigrantes -Nº emigrantes
20 millones	40 millones- 20 millones

Fuente: elaboración propia

A continuación, se inserta un gráfico con los veinte países europeos con mayor cifra de migrantes, a fin de poder efectuar un examen por regiones:

Gráfico 2. Países europeos con mayores cifras de migrantes, 2020

Gráfico 16. Los 20 países de Europa con las mayores cifras de migrantes, 2020



Fuente: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2022*. Ginebra, 2021, pág. 92.

a. Europa Sudoriental y Oriental

Atendiendo a la figura, se advierte cómo países de esta parte de Europa, tales como Bosnia (muy especialmente con un volumen de emigración rozando el 50 %), Bulgaria, Rumanía, Bielorrusia y Ucrania sobresalen por su saldo migratorio negativo, es decir, por tener un mayor número de población emigrante en relación con el número de inmigrantes. No obstante, la emigración de dichos Estados no se produce hacia países de fuera de las fronteras europeas, sino que se trata de emigrantes con destino Europa, principalmente hacia territorios occidentales que buscan mano de obra que no encuentran dentro de sus límites geográficos, como pueden ser Alemania, Reino Unido, Francia, Italia y España. Así puede comprobarse cómo estos Estados son cinco de los siete países europeos que mayor número de inmigrantes reciben. Las razones que motivan la emigración de los países del Este hacia Europa Occidental están, como ya se ha declarado, en la búsqueda de oportunidades laborales que no tienen en los suyos. Particularmente despuntan los bosnios en esa huida hacia unas mejores condiciones de vida. Y es que, la división todavía existente en este país tras la guerra, lo configura como uno de los territorios en los que más difícil resulta convivir desde un punto de vista económico, político y social.

Mención especial merece Rusia, habida cuenta de que se coloca en primer lugar en números absolutos tanto en emigración como inmigración. Al hablar en términos absolutos, la

razón es sencilla y radica en el ingente volumen de población total rusa en relación con el resto de Europa (es el país más grande, contando actualmente con 145 millones de habitantes). No obstante, sí que debe ser referenciada la Guerra de Ucrania, por la repercusión que ha tenido en los flujos migratorios. Conflicto que se inició por la anexión por parte de Rusia de la región de Crimea, que dio pie en 2020 a un incremento considerable del número de desplazamientos desde esta zona hacia Rusia y que continúa a día de la fecha.

b. Europa Septentrional, Occidental y Meridional

Destaca del examen de los países pertenecientes a esta zona de Europa el volumen de población inmigrante existente en Suiza, Austria, Alemania, Reino Unido, Francia, Italia y España, así como Suecia en la zona norte. La explicación de esta situación se sustenta en dos factores: en primer lugar, el motivo económico como causa de los desplazamientos de los países de Europa del Este a Europa Occidental; en segundo, el incremento considerable de la inmigración irregular en los últimos cinco años.

Son Alemania, Francia y Reino Unido, tres de los países que encabezan la lista de destinos de la emigración en Europa. Esto se debe a su consagración como las tres potencias económicas que lideran la Unión Europea y a los que se desplazan personas de otras regiones europeas en busca de la mejora de sus condiciones laborales, y, por ende, de sus condiciones de vida. Es la libertad de circulación conseguida en Europa por la creación del espacio Schengen, el principal motor de los movimientos migratorios que se producen entre los países europeos. Así, señala la OIM que “en Europa, la migración intrarregional es particularmente dinámica, y sigue aumentando con el tiempo (...). Este elevado grado de migración intrarregional es posible gracias a los acuerdos de libre circulación, que permiten a los ciudadanos cruzar las fronteras sin ser sometidos a ningún control. El espacio Schengen, que abarca 22 Estados miembros de la UE y 4 países no miembros de la UE, garantiza la libertad de circulación interna a más de 400 millones de ciudadanos”⁴⁴.

A ellos se suman, aunque en menor medida Italia y España, respecto a los que también es necesario tener en cuenta el porcentaje de inmigración ilegal que reciben, al ser la puerta de entrada a Europa de la Ruta Central, a través de Libia, Túnez y Egipto, principalmente y de la Ruta Occidental a través de Marruecos. Y es que, como veremos en apartados sucesivos, la inmigración irregular constituye, a día de la fecha, uno de los grandes problemas a los que se tiene que enfrentar la Unión Europea, en los últimos cinco años. “En 2018, la cifra más alta de llegadas irregulares a Europa por mar correspondió a la ruta del Mediterráneo occidental, que lleva a España. Este fue un cambio con respecto a 2016 y 2017, cuando los migrantes irregulares utilizaron sobre todo la ruta del Mediterráneo central, que parte de Libia (y lleva principalmente a Italia) o la ruta del Mediterráneo oriental, de Turquía a Grecia. En 2018, llegaron a Europa más de 117.000 y más de 26.000 migrantes por mar y tierra, respectivamente. Ese año se registraron unas 59.000 llegadas por mar a España y 23.370 a Italia (...). Muchas de las personas que llegaron por mar en 2018, especialmente a Grecia, procedían de países que seguían

⁴⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Informe...cit.* (2020), pág. 100.

afectados por conflictos y situaciones de violencia, como el Afganistán, la República Árabe Siria e Iraq. Los migrantes de África de Norte y del África Subsahariana siguieron representando una proporción importante de los flujos migratorios a Europa, especialmente a Italia y España”⁴⁵.

Otro de los problemas relacionados con la inmigración irregular a los que también alude el Informe y que también será examinado en capítulos posteriores de esta tesis es el de la trata de personas, que ha revelado un aumento considerable tanto en la explotación laboral como en la sexual, siendo esta última la finalidad predominante de la trata en Europa (56%), seguida de la explotación laboral (26%). Las mujeres y las niñas constituyen el grupo más vulnerable (68% del total) y se vislumbra una tendencia al alza en la trata de menores (23% del total) y la trata intraeuropea (el 44% de las víctimas son ciudadanos de la UE)”⁴⁶.

3. Evolución en España desde el siglo XVIII

España, como país europeo, no difiere especialmente de la evolución que Europa ha seguido en materia migratoria, de forma que, a grandes rasgos, puede hablarse de una progresión paralela. Así, desde el siglo XVIII y hasta el periodo de entreguerras, igual que el resto de los países europeos, España se caracteriza por ser un territorio de emigrantes. En una primera etapa con el fin de asentar a personas en los nuevos lugares conquistados de América, para así contribuir al impulso económico y social de los mismos (periodo del colonialismo e imperialismo). En una segunda fase con el reto de buscar en esos países aquello de lo que se carecía en el nuestro, esto es, trabajo y recursos económicos.

El vuelco en la situación, esto es, la transformación que supone pasar de ser un tradicional país de emigrantes para convertirnos en un país de inmigrantes se produjo con retraso respecto al resto de países de Europa. La razón se vincula con las consecuencias de la Guerra Civil española, que supuso una tardanza en el desarrollo económico y social que ya otros territorios europeos empezaban a observar tras la II Guerra Mundial. Así, hasta la primera mitad de los años setenta, España seguía siendo un país de emigrantes. Países como Francia, Alemania o Suiza constituían los principales destinos por la necesidad de éstos de contar con mano de obra que contribuyera a su progreso económico. A sensu contrario, para los españoles implicaba, además, escapar de un país hundido económicamente por la guerra⁴⁷. Tal situación se prolongó hasta 1972, año del estallido de la gran crisis del petróleo y económica mundial en la que ya se comenzó a visualizar esa disminución de los flujos de emigrantes hacia el exterior. No obstante, es a partir de 1975 cuando puede hablarse de una reducción drástica de la emigración española, a lo que coadyuvó significativamente la llegada de la democracia y la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 101.

⁴⁶ En consonancia con los datos porcentuales aportados, *ibidem*, pág. 101.

⁴⁷ Las migraciones a los países mencionados se producen porque los mismos tenían necesidad de mano de obra no cualificada. En esta línea, VILAR RAMÍREZ, Juan B. “Las emigraciones españolas a Europa en el siglo XX: algunas cuestiones a debatir”. *Migraciones & Exilios: Cuadernos de la Asociación para el estudio de los exilios y migraciones ibéricos contemporáneos*, nº1, 2000, pág. 136.

En contraposición con la evolución de la emigración de españoles hacia el exterior, la inmigración no comenzó a ser un fenómeno perceptible sino a partir de la transformación económica, política y social, que aumentó el atractivo de España como lugar para el establecimiento de personas procedentes de otros países, tal como había ocurrido en las décadas anteriores en otros países europeos.

Este primer periodo de conformación de España como país receptor de inmigración comenzaría en torno a la primera mitad de los años 80 del siglo pasado –momento en que se aprobó la primera Ley de Extranjería-. A esta norma le siguieron sucesivas reformas e iniciativas en el ámbito del empleo y la integración social, que fueron configurando la política española de inmigración, mientras el fenómeno se consolidaba como un elemento estructural de la sociedad española.

Como punto álgido del hecho migratorio en España del siglo XX se presenta la década de los noventa, época de explosión de la inmigración en nuestro país, en el que irrumpen con fuerza los extranjeros procedentes de África (sobre todo marroquíes, seguidos de argelinos y senegaleses), que se asentaron en la zona mediterránea y Andalucía por la oferta de empleo en la agricultura y la construcción, así como latinoamericanos⁴⁸.

El inicio del siglo XXI está marcado por la incursión de migrantes procedentes de los países del este, especialmente rumanos, cuya comunidad se consolidó en el año 2006 como la más numerosa de todos los migrantes europeos y en el año 2007 pasó a ser la comunidad extranjera con mayor número de personas, superando así al colectivo marroquí⁴⁹. Estos años también son un punto de inflexión en lo que a la inmigración irregular respecta, teniendo lugar la llamada crisis de los cayucos (llegada masiva de inmigrantes a Canarias). A día de la fecha, España, según los últimos datos de la Organización Internacional de las Migraciones, se ha erigido en uno de los veinte países principales de destino de las migraciones internacionales. Concretamente, nuestro país ocupa la décima posición tras Estados Unidos, Alemania, Rusia, Arabia Saudita, Reino Unido, Emiratos Árabes Unidos, Canadá, Francia y Australia y continúa también a la cabeza en inmigración irregular, al ser el destino de aquéllos que utilizan la llamada Ruta Occidental, que sitúan a España como puerta de entrada a Europa del movimiento migratorio producido al margen de la ley⁵⁰.

En cuanto a la estadística o progresión en datos, puede apreciarse cómo en el año 1985 son 200000 los residentes extranjeros, 600000 en 1999 y 3700000 a finales de 2004. Inicialmente, España recibía a una población extranjera proveniente de países más desarrollados. La situación en el momento actual es bien distinta: la mayor parte de los extranjeros proceden de países en desarrollo y acuden a España con intención de integrarse en nuestro mercado de trabajo⁵¹. Se trata de «inmigrantes económicos». Por otra parte, la inclusión

⁴⁸ En esta línea, VALERO-MATAS, Jesús A., COCA Juan R. y VALERO-OTEO, Irene. “Análisis de la inmigración en España y la crisis económica”. *Papeles de población*, Vol. 20, nº 80, 2014, pág. 16.

⁴⁹ *Ibidem*, págs. 16-17.

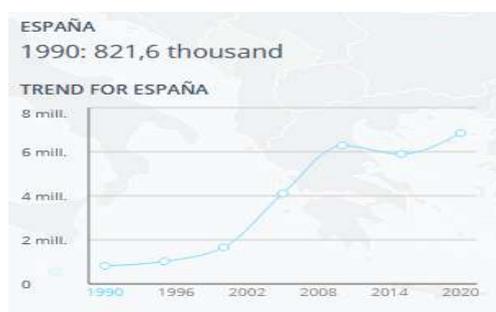
⁵⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Informe ...cit.* (2022), pág. 26

⁵¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Julio L. y FERNÁNDEZ GARCÍA, Mercedes. “Inmigración y exclusión social”. *Informe FUEM de políticas sociales: la exclusión social y el estado del bienestar en España*. Vidal Fernández (Dir.), Madrid, 2006, pág. 409. Disponible en: <https://www.fuhem.es/wp-content/uploads/2019/08/MARTÍNEZ-Julio-Luis-Inmigración-y-exclusión-social.pdf> (fecha de consulta: 6 de mayo de 2024).

de España entre los países económicamente relevantes en el ámbito mundial ha implicado una «flexibilización» de su mercado de trabajo, asimilándolo al de las economías capitalistas más desarrolladas: de un entorno más proteccionista respecto al trabajador, se ha evolucionado hacia un mercado de trabajo segmentado en el que surgen una serie de ámbitos o espacios laborales que tienden a ser abandonados por una población autóctona relativamente cualificada y respaldada por las prestaciones propias del Estado del bienestar. Así, el total de extranjeros residentes en nuestro país se ha incrementado fuertemente y de forma continua desde principios de la década de los 90 del pasado siglo y hasta la actualidad. No obstante, tal crecimiento se hace especialmente patente desde 2001, registrándose anualmente incrementos porcentuales en torno a un 20-25%⁵².

A modo de conclusión de este apartado, se incluyen dos gráficos que muestran la marcha ascendente de la inmigración en nuestro país, tanto en términos porcentuales, como en términos numéricos.

Gráfico 3. Evolución de la inmigración en España, periodo 1990-2020



Fuente: PORTAL DE DATOS MUNDIALES SOBRE LA MIGRACIÓN. Una perspectiva global. Disponible en: <https://migrationdataportal.org/es?i=netmigrate&t=2020&cm49=724> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).

Gráfico 4. Otros datos sobre inmigración y emigración en España.



Fuente: PORTAL DE DATOS MUNDIALES SOBRE LA MIGRACIÓN. Una perspectiva global. Disponible en: <https://migrationdataportal.org/es?i=netmigrate&t=2020&cm49=724> (fecha de consulta: 9 de enero de 2024).

⁵² *Ibidem*, pág. 418 (Datos conforme a gráfico)

De la lectura de dichos gráficos, se aprecia cómo en treinta años se ha incrementado notablemente el número de inmigrantes en España, que pasa desde aproximadamente dos millones de personas en la década de los noventa a casi siete millones en el año 2020, constituyendo los ciudadanos extranjeros aproximadamente el 15% de la población total española y siendo el saldo migratorio negativo, al haber salido de nuestras fronteras tan sólo un millón y medio de nacionales. Ese ascenso significativo de los flujos migratorios se debe a la consolidación de España como país desarrollado europeo al que emigran las personas en busca de mejores oportunidades y también, en gran medida, a la presión migratoria ilegal que soporta nuestro país, como consecuencia de ser la puerta de entrada de la Ruta Occidental, utilizada especialmente por los subsaharianos, que encuentran en Ceuta, Melilla, Canarias y las costas andaluzas el punto final del destino de sus viajes. Asimismo, la tendencia al alza en la evolución inmigratoria sólo se vio interrumpida en el periodo 2010-2015, cuyas causas pueden hallarse en la crisis económica iniciada en el año 2008 por varios factores, entre los que destaca el pinchazo de la burbuja inmobiliaria. Por consiguiente, puede determinarse que la repercusión de una crisis económica es directa sobre la inmigración que un país recibe, al disponer de un menor número de posibilidades laborales y peores condiciones de vida para los que se animan a cambiar de territorio.

III. DESARROLLO NORMATIVO DE CONTENCIÓN DE LA INMIGRACIÓN EN LA UE

1. Desarrollo normativo en Europa y en España

1.1 Desarrollo normativo en Europa

Como comienzo de este apartado, ha de apuntarse que la evolución legislativa en la Unión Europea en materia de inmigración se ha cimentado y desarrollado (como cualquier regla que regula un determinado acontecimiento) a partir del momento o circunstancias sociales en que se produce el hecho del que deriva la norma.

En este sentido, hacia 1957, en el origen de la Unión Europea (anterior Comunidad Económica Europea) y según lo reseñado en el anterior epígrafe, Europa era un continente que comenzaba a coger impulso tras la II Guerra Mundial, por lo que prevalecía la emigración frente a la inmigración. Por consiguiente, en ese inicio no existía problema que exigiese regulación alguna, por lo que ha sido la acentuación de la inmigración en los últimos años lo que ha llevado a aflorar el volumen de legislación existente en estos momentos. Como se ha manifestado previamente, desde la II Guerra Mundial no se había producido en Europa una crisis migratoria tan grave como la que asola en estos momentos el continente, de manera que la respuesta a los movimientos migratorios es producto de la situación surgida en la etapa que corresponde. De hecho, tal y como expone VESTRI, “la toma de conciencia de que la inmigración fuera un problema económico y social, fue advertido ya después del shock del petróleo de 1973, año

donde los Estados europeos empezaron a intervenir en las políticas de inmigración bloqueando el reclutamiento de trabajadores extranjeros”⁵³.

Cabe recordar que son tres los tratados constitutivos de la Unión Europea: el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en la actualidad, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). Como punto de partida, de los tres reseñados, me voy a centrar en el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea)* por ser el pilar jurídico y político en que se asientan las directrices principales de la UE, para seguidamente continuar con las reformas que sobre el mismo son operadas a posteriori.

A. El *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo Tratado constitutivo de la Comunidad Económica)* en su origen también conocido, junto al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), como Tratados de Roma, se firman el 25 de marzo de 1957 y entra en vigor el 1 de enero de 1958. Éstos en lo que a la migración se refiere, no incluían entre su articulado referencia alguna reseñable.

B. A través del *Acta Única Europea (1986)* se produce una de las primeras modificaciones del mencionado Tratado fundacional. En lo que nos atañe, se vieron afectados varios artículos. Así, el precepto 8A de dicho Tratado pasó a disponer lo siguiente: “el objetivo de un mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”. Es decir, se advierte una de las primitivas referencias a la libertad ambulatoria de personas, que garantizaría los desplazamientos sin restricción por los países europeos.

No obstante, lo anterior, se incluyeron dos Disposiciones que entraban en conflicto con el artículo antedicho: la Declaración General nº 7 y la Declaración Política nº 2.

Así, la Declaración General nº 7, en relación con los artículos 13 a 19, establecía que “ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países, así como con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas y el tráfico de obras de arte y de antigüedades”.

Por su parte, la Declaración Política nº 2 disponía que “con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países”.

Como se puede apreciar y en consonancia con la época en la que se reforma dicho Tratado (etapa de expansión económica después de la superación de la crisis del petróleo de

⁵³ VESTRI, Gabriele. *Inmigración y Extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados: logros y desafíos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 57.

1973), en un primer momento y a través del artículo 8A, la Unión Europea pretende amparar la libre circulación de personas y, por tanto, evitar trabas a los desplazamientos. Se procuraba, sobre todo, el favorecimiento del movimiento de mano de obra que pudiera asentarse en los países europeos para poder trabajar. No obstante, a través de las Declaraciones mencionadas se matiza la reforma operada en el artículo A en dos sentidos: en primer lugar, dejando en manos de los Estados miembros la política de control de la inmigración; en segundo, incidiendo en esa libre circulación de personas, mediante la obligación impuesta a los Estados miembros de cooperación en el advenimiento de ésta.

C. En 1986 se firma en Luxemburgo el llamado “*Acervo de Schengen (1985)*”. Aun cuando no se trata de una reforma de los tratados fundacionales, es merecedor de estudio por la incidencia y trascendencia que tiene sobre la materia que nos ocupa. Tal Acervo está formado por el Acuerdo y el Convenio de aplicación entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985.

Con dicho Acuerdo y su respectivo Convenio de aplicación, se pone fin a los controles en las fronteras interiores entre los países firmantes (a los que después se le unieron los restantes hasta constituir la cifra actual de veintidós) a cambio de empezar a fiscalizar las fronteras exteriores de éstos, a través de medidas de cooperación policial y judicial. Por consiguiente, mientras se enfatiza en la libertad de circulación de personas entre los países signatarios, hay un comienzo de preocupación por el control de esos movimientos cuando procedan de países externos a los inicialmente firmantes. Se atisba, por tanto, un intento de control de entrada de personas procedentes de fuera de Europa que puedan constituir una amenaza para la seguridad interior.

Sin embargo, cabe recordar que el Acuerdo de Schengen se concibe como un pacto intergubernamental y, por consiguiente, no comunitario. Es decir, aunque su impulso se produjo por países miembros de la Unión Europea, no se aceptó como un Tratado de ésta, sino como un acuerdo exclusivo entre los países signatarios, por lo que quedarían fuera de su ámbito de aplicación muchos de los países europeos.

D. En 1992 se firma el *Tratado de Maastricht (1992)*, que en materia de inmigración no hace especial pronunciamiento. De esta manera, con Maastricht se puede afirmar la ausencia de una política comunitaria de inmigración, de tal forma que la problemática surgida en relación con este asunto se mantiene como competencia exclusiva de los Estados miembros⁵⁴, tal y como se ha puesto de manifiesto con la Declaración general nº 7 del Tratado originario de 1957. Por

⁵⁴ En el sentido del texto, TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad. “Capítulo I. Derecho internacional y derecho comunitario en materia de inmigración”. *La inmigración en España: algunos datos para el debate*. Parra Barbosa (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 34 y 35. Sitúa a la inmigración en el marco de la cooperación intergubernamental. Esto significa que la materia que nos interesa se mantuvo como un ámbito de interés común de los EEMM sin que se considerase un fin en sí mismo sino como un medio -necesario- para conseguir el objetivo prioritario: la libre circulación de personas.

consiguiente, se observa cómo no existía en ese momento una preocupación “comunitaria” relativa a los flujos migratorios⁵⁵.

E. En 1997 se firma el *Tratado de Ámsterdam (1997)* con el que, ahora sí, puede hablarse de una política común, en sustitución de los acuerdos intergubernamentales que, como Schengen, se erigían en el único sustento a través del cual abordar la problemática surgida. De hecho, Schengen es adoptado por la Unión Europea, de manera que su texto articulado es incorporado al marco normativo de ésta.

Son los artículos 62 a 64 del Tratado Constitutivo Europeo (actuales artículos 77 a 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) los que se ven reformados por el Tratado de Ámsterdam, para ya sí, regular la inclusión de la competencia comunitaria en materia migratoria⁵⁶:

i. En primer lugar, el artículo 62 (actual artículo 77) configuró el germen de la política futura de inmigración, asegurando que la Unión garantizaría la ausencia total de controles en los cruces de fronteras interiores. De contrario, sí controlará, vigilará y gestionará el cruce de las fronteras exteriores, entre otras formas a través de una política común de visados, con los controles fijados en las fronteras exteriores, así como la ausencia de comprobaciones en las fronteras interiores.

ii. En segundo, el artículo 63 y 64 (actual artículo 78) conforma la política de asilo comunitaria en concordancia con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

iii. Y finalmente, el actual artículo 79 redunda en la necesidad de establecer una política común de inmigración, a través de medidas varias como, por ejemplo, el establecimiento de unas condiciones de entrada y residencia, la instauración de normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración (incluidos los destinados a la reagrupación familiar), la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro o la inmigración y la residencia ilegales, incluyendo la expulsión y repatriación de esas personas en situación ilegal e incluso la lucha contra la trata de seres humanos, en particular mujeres y niños.

⁵⁵ En la misma línea, VESTRI, Gabriele. *Inmigración y extranjería...cit.*, pág. 92. Cuando expone que “en el Tratado de Maastricht fueron aprobadas normas que regulaban la libre circulación de personas, pero no se trató de manera explícita la inmigración. La inmigración fue incluida en el Tratado entre los temas de interés común que dependían de la cooperación intergubernamental en el ámbito de los asuntos interiores, si bien no existía una política europea en tal sentido. Al contrario de lo sucedido a los ciudadanos europeos, no se desarrollaron normas comunes de entrada y residencia en el territorio de la UE de los ciudadanos de terceros países. Por ahora, la cuestión seguía siendo competencia exclusiva de los Estados miembros”.

⁵⁶TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad. *Capítulo I. Derecho internacional...* cit. pág. 36 dispone al respecto que “la situación, en lo que al ámbito competencial se refiere, se mantiene sin cambios hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam que incorpora en el TCE un nuevo Título IV bajo la rúbrica “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. Se aprecia, por tanto, la asunción de la inmigración como una competencia comunitaria más mediante la incorporación del Título IV antedicho.

Se observa, por tanto, cómo la UE contó por vez primera con competencias en migración, asilo y protección de los refugiados, restando con ello una competencia fuertemente defendida por algunos Estados miembros, que se resistían a transferirla.

F. Previo al Tratado de Niza, al igual que ocurrió con el Acervo Shengen, es necesario destacar el papel que ha operado en la política migratoria comunitaria las Conclusiones de la Presidencia del *Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999*. En dichas Conclusiones se adopta en el punto A (Una política de asilo y migración común de la Unión Europea) cuatro objetivos a desarrollar por la Unión Europea: “la colaboración con los países de origen; un sistema europeo común de asilo; el trato justo de los nacionales de terceros países con derechos y obligaciones equiparables a los ciudadanos europeos, fomentando asimismo, la eliminación de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia; y la gestión de los flujos migratorios”.

De todos, sobresale el primer objetivo mencionado (colaboración con los países de origen), por darse una original coyuntura en que desde un punto de vista “comunitario” se manifiesta la necesidad de abordar el problema de la inmigración no sólo en y desde Europa sino también teniendo en cuenta las circunstancias de los países de procedencia de las personas⁵⁷. Además, el Consejo adoptó la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio de 2001, por la que se complementan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, la Decisión 2002/946 de 28 de noviembre de 2002 y la Directiva 2002/90, de 28 de noviembre de 2002⁵⁸.

No obstante, esas aspiraciones se vieron en cierta medida truncadas por los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y los atentados de Madrid y Londres en 2004 y 2005, respectivamente. De esta forma, la prioridad comunitaria pasó a ser la seguridad por encima de cualquier otra consideración. De hecho, con el Consejo Europeo de noviembre de 2004 celebrado en Bruselas y que dio lugar al llamado *Programa de La Haya*, se incidió en la seguridad como actuación preponderante de la Unión Europea en detrimento de las orientaciones a las que se había llegado con el Consejo de Tampere.

G. En 2001 se firmó el *Tratado de Niza (2001)*, que no supuso novedad en el tema migratorio respecto al Tratado de Ámsterdam. Simplemente, se consideró la inmigración como un punto más del contenido económico al que querían orientarse las políticas recogidas con el Tratado⁵⁹.

⁵⁷ *Ibidem*, en el mismo sentido, pág. 38. “La Comisión reconoció entonces que la UE precisaba de la inmigración de nacionales de terceros Estados tanto desde una perspectiva económico laboral como demográfica. (...). Según la Comisión, la articulación de una inmigración legal tiene que establecerse sobre la colaboración con los países de origen de los migrantes, que ha de reportar beneficios mutuos a ambos”.

⁵⁸ *Ibidem*, en estos términos, pág. 39. “El Consejo adoptó la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio de 2001, que establecía sanciones económicas a los transportistas que introdujeran en el territorio de la UE a nacionales de terceros países sin documento de viaje o sin visa, la Decisión marco 2002/946, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y la Directiva 2002/90, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir ayuda a la entrada, circulación y estancia irregular”.

⁵⁹ *Ibidem*, en la misma línea, pág. 37, nota 43 “El Tratado de Niza sólo incorpora modificaciones procedimentales, pero no materiales en lo establecido en Ámsterdam. Así, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Niza se

H. Finalmente, en 2009 se firma el *Tratado de Lisboa (2009)* que dispuso en su artículo 3 que la Unión ofrecería a sus ciudadanos “un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”. Es decir, vuelve a incidir en la orientación política migratoria que ya se plasmó con el Tratado de Ámsterdam.

Cabe destacar, que este Tratado introdujo la votación por mayoría cualificada en el ámbito de la inmigración legal, así como una nueva base jurídica para las medidas de integración. Actualmente, el procedimiento legislativo ordinario se aplica a las políticas en materia de inmigración tanto legal como irregular, por lo que el Parlamento colegisla en pie de igualdad con el Consejo. Únicamente el Consejo, previa consulta al Parlamento, adoptará las medidas provisionales necesarias en caso de afluencia repentina de nacionales de terceros países en un Estado miembro (artículo 78, apartado 3, del TFUE)⁶⁰.

Además, el Tratado de Lisboa aclaró que la Unión comparte competencias en este campo con los Estados miembros, sobre todo en lo que respecta a la cantidad de inmigrantes que pueden entrar en cada uno de ellos para buscar trabajo (artículo 79, apartado 5, del TFUE). Igualmente, el Tribunal de Justicia goza ahora de plenas competencias en el ámbito de la inmigración y el asilo.

Por último, a fin de concluir este epígrafe, hay que señalar que el desarrollo normativo de las directrices establecidas por los Tratados analizados se produce a través de Reglamentos, Directivas y Decisiones generadas tanto por el Parlamento Europeo como por el Consejo, que como ya se ha señalado, comparten capacidad legislativa en esta materia. Todo ello completado por normativa en materia asilo, ciudadanía y libre circulación y acuerdos de readmisión, que guardan una relación muy estrecha con la disciplina objeto de estudio⁶¹.

establece que para la política de visado, asilo e inmigración, se recurra principalmente al procedimiento de codecisión. La votación por mayoría cualificada está prevista para el artículo 63 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) en materia de asilo y protección temporal, pero a condición de la aprobación previa unánime de una legislación marco común sobre asilo. En la declaración suscrita por los Jefes de Estado y de Gobierno, se decidió que el paso al sistema de mayoría cualificada y codecisión se produjera automáticamente el 1 de mayo de 2004 (sin que sea preciso esperar a una decisión unánime) para el artículo 62 TCE en lo que respecta a las medidas por las que se fijan las condiciones de libre circulación de los nacionales de países terceros en situación regular en el territorio de la UE; artículo 63 TCE en lo que respecta a la inmigración clandestina y a la repatriación de los residentes ilegales”.

⁶⁰ En la línea del texto, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto”. *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*. Baño León (Coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. I, Madrid, 2016, pág. 365.

⁶¹ Tal normativa está accesible en el MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. *Normativa UE normativa internacional y jurisprudencia* (s.f.) Disponible en <https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/normativa-ue-normativa-internacional-y-jurisprudencia-ue> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024).

1.2 Desarrollo normativo en España

El hecho de que España forme parte de la Unión Europea supone su afectación por la legislación comunitaria a la que nos hemos referido en los apartados anteriores. Pero la pertenencia a ese ente supranacional no implica que cada uno de los Estados miembros no haya dispuesto de una normativa propia para el control de los flujos migratorios. De hecho, como ya hemos visto, fue a partir del Tratado de Ámsterdam cuando se “comunitarizó” la política de inmigración, de tal forma que, hasta entonces, correspondía a cada uno de los Estados miembros dar respuesta a los problemas que se le planteasen.

La primera Ley de Extranjería en España fue la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, con su Reglamento de 1986. Desde entonces y hasta la aprobación de la vigente, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se fue desarrollando levemente y conforme la situación iba requiriendo, una incipiente política migratoria con acontecimientos como los siguientes: la creación de la Dirección General de Migraciones en 1993, que en la actualidad y dentro del organigrama del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, depende de la Secretaría de Estado de Migraciones; la instauración de una Comisión Interministerial de Extranjería, a fin de coordinar los diversos departamentos de la Administración central y cuya heredera actual es la Comisión Interministerial de Inmigración, creada por RD 48/2024, de 16 de enero; se puso en marcha una política de contingentes laborales a partir de 1993 con el objetivo de regular las nuevas entradas de trabajadores no comunitarios; se aprobó un Plan para la Integración Social de Inmigrantes en 1994; se fundó un organismo de participación social, el llamado Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, con representantes de la administración, sindicatos y ONG españolas y asociaciones de inmigrantes, así como el Observatorio Permanente de la Inmigración, entre otros. De este modo, se llegó al año 2000, en que se promulga la vigente Ley de Extranjería, reformada, como veremos más adelante, por LO 8/2000, de 22 de diciembre, LO 11/2003, de 29 de septiembre, LO 14/2003, de 20 de noviembre y LO 2/2009, de 11 de diciembre, así como su Reglamento, a través del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (en su redacción dada por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre). En este año 2000, también se elabora el Plan Global de Inmigración, conocido como “Greco” y nace la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, con dependencia directa del Ministerio del Interior y la Dirección General de Extranjería e Inmigración, como órgano de apoyo a la Delegación de Gobierno, que como arriba se indicó, responde, en la actualidad, al nombre de Dirección General de Migraciones⁶².

Otras normas de interés generadas a partir del año 2000 en materia de extranjería son el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación

⁶² En tal sentido, el NEGOCIADO DE INMIGRACIÓN, ÁREA DE ACCIÓN SOCIAL, AYUNTAMIENTO DE BILBAO, *Análisis del marco competencial municipal sobre inmigración*, 2007, págs. 3-28. Disponible en https://www.bilbao.eus/cs/Satellite?cid=3000062046&language=es&pageid=3000062046&pagename=Bilbaonet/Page/BIO_contenidoFinal (fecha de consulta: 27 de abril de 2024).

contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen, a lo que hay que añadir Órdenes Ministeriales y numerosas Instrucciones que complementan la legislación migratoria en España.

En estrecha relación con la política migratoria, está la política de asilo, que se integra, fundamentalmente y entre otras, por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas; Real Decreto 865/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida; Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (modificado por RD 865/2001, de 20 de julio, y por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre); y RD 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional⁶³.

Cuestión especial que mencionar es la legislación vinculada a la inmigración irregular. Al respecto, ha de recordarse que España, junto con el resto de los Estados de la Unión Europea y de forma muy particular por ser el país de entrada de inmigrantes procedentes de la Ruta del Mediterráneo, ha sufrido en los últimos años la peor crisis migratoria de la historia. A fin de contener esos flujos migratorios en el origen, desde principios de este siglo se han firmado acuerdos de readmisión de los inmigrantes llegados de forma irregular a España, así como acuerdos marco de cooperación y convenios de inmigración con numerosos países africanos y que, a grandes rasgos, son los siguientes:

Tabla 3. Acuerdos Marco de Cooperación en materia de inmigración

PAÍS	FECHA
Gambia	9 de octubre de 2006. BOE 28 de diciembre de 2006.
Guinea Conakry	9 de octubre de 2006. BOE 30 de enero de 2007.
Mali	23 de enero de 2007. BOE 4 de junio de 2008.
Cabo Verde	20 de marzo de 2007. BOE 14 de febrero de 2008.
Guinea Bissau	27 de enero de 2008. BOE 3 de junio de 2009.
Níger	10 de mayo de 2008. BOE 3 de julio de 2008.

⁶³ La normativa reseñada ha sido extraída del MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. *Régimen de acogida y protección internacional* (s.f.). Disponible en <https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/regimen-de-acogida-y-proteccion-internacional> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024).

Fuente: elaboración propia con datos del MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. *Convenios marco de cooperación en materia de inmigración*. Disponible en: <https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/convenios-marco-de-cooperacion-en-materia-de-inmigracion> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2024).

Tabla 4. *Acuerdos de readmisión firmados por España con países africanos*

TABLA 3. <i>Acuerdos de readmisión firmados por España con países africanos</i>		
País	Fecha de firma	Fecha de aplicación
Argelia	31 de julio de 2002	En vigor desde 18 de febrero de 2004
Ghana	6 de julio de 2005	No ha entrado en vigor
Guinea-Bissau	7 de febrero de 2003	Aplicación provisional desde 9 de marzo de 2003
Marruecos	13 de febrero de 1992	Aplicación provisional desde 13 de febrero de 1992. Sólo aplicable a nacionales de terceros países
Mauritania	1 de julio de 2003	Aplicación provisional desde 31 de julio de 2003
Níger	10 de mayo de 2008	Aplicación provisional desde 9 de junio de 2008
Nigeria	12 de noviembre de 2001	Pendiente de ratificación

Fuente: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación

Junto a ellos existen más tipos de convenios con países africanos como, por ejemplo, los de flujos migratorios laborales y otros acuerdos bilaterales que adoptan nombres tales como declaraciones conjuntas o memorandos de entendimiento. No obstante, al respecto de estos últimos y como manifiesta GONZÁLEZ VEGA, “esos exponentes ni siquiera constituyen formalmente desarrollos convencionales; esto es, no son siquiera tratados internacionales: se trata -todo lo más- de meros acuerdos internacionales no normativos (...). Por consiguiente, sus disposiciones carecen de eficacia jurídica vinculante”⁶⁴. Además, añade este autor que muchas veces resulta dificultoso conocer el contenido de esas declaraciones o memorandos ya que, en ocasiones, permanecen en secreto, por lo no se puede establecer de forma cierta qué tipo de compromisos son, además de su contenido y vigencia⁶⁵.

Como se puede comprobar, ha sido prolija la normativa resultante de esa cooperación con países originarios de los inmigrantes y mayoritariamente se centran en la consecución de varios objetivos: readmisión de inmigrantes, regulación de flujos migratorios, así como vigilancia marítima y aeronáutica.

2. Medidas que ha adoptado la Unión Europea

Como ya se ha reseñado previamente, con motivo de la gran crisis migratoria que se inició en 2014 y que alcanzó su punto álgido en 2015, la Unión Europea, habida cuenta de la magnitud del problema, se vio en la tesitura de llevar a cabo políticas y medidas urgentes de contención de los flujos migratorios.

⁶⁴ GONZÁLEZ VEGA, Javier A. “El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollo”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº 111, pág. 173-193.

⁶⁵ En tal línea, *ibidem*.

De forma cronológica desde el año 2015 y hasta el año 2023, del mismo modo en que recoge en su página el Consejo Europeo, del que se extrae la información aportada, se irán apuntando algunas de las medidas, a mi parecer, más destacadas⁶⁶. Dentro de tales disposiciones, se hará especial referencia a la Agenda Europea de Migración, adoptada en Bruselas en fecha 13 de mayo de 2015, por ser el punto de partida de todas las políticas posteriores.

Año 2015

a. Como consecuencia del suceso ocurrido en el Mediterráneo en abril de 2015 - naufragio de un pesquero con unos 700 inmigrantes a pocos kilómetros de la Isla de Lampedusa-, los jefes de Estado y de Gobierno se reunieron de urgencia el 23 de abril de 2015 para abordar la situación. De dicha reunión salieron las bases para crear la *Agenda Europea de Migración*, engendrada finalmente en Bruselas en fecha 13 de mayo de 2015 y que acoge unas prácticas de acción inmediata a poner en marcha por la premura de los acontecimientos. Por otro lado, se concierta una política estructural en materia migratoria a desarrollar por la Unión Europea en los años venideros.

Las *medidas de acción inmediata*, son las siguientes:

i. *Salvar vidas en el mar*: se acordó un aumento de presupuesto para poder continuar con las operaciones llevadas a cabo por Frontex, conocidas como “Tritón” (actualmente “Themis” y que cubre el Mediterráneo central), “Poseidón” (que cubre el Mediterráneo oriental) e “Indalo” (que cubre el Mediterráneo Occidental). Asimismo, se solicita de los Estados miembros el despliegue de buques y aviones⁶⁷.

Como refuerzo de este apartado, se incluye a continuación, un gráfico en el que se muestran las entradas ilegales detectadas a través de estas operaciones en el año 2019.

⁶⁶ Toda la información cronológica que se va a incluir desde el año 2015 hasta el año 2023, ha sido extraída de la página web del Consejo Europeo. CONSEJO EUROPEO. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Cronología-Política de migración y asilo de la UE*. (s.f.). Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/migratory-pressures/history-migratory-pressures/> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024).

⁶⁷ En esta línea, COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una agenda europea de migración*, pág. 4. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240> (fecha de consulta: 13 de enero de 2024).

Gráfico 5. Cruces ilegales detectados en las fronteras exteriores de la UE, 2019.



Fuente: FRONTEX. 2019 en resumen, Polonia, pág. 9. Disponible en www.frontex.europa.eu/assets/Publications/General/In_Brief_2019/frontex_inbrief_ES.pdf (fecha de consulta: 10 de enero de 2024).

Como puede observarse, la ruta de Mediterráneo Oriental en la que se despliega la operación Poseidón es la que arroja unos resultados con mayor número de detecciones de entradas ilegales hasta el año 2019. Sin perjuicio de que los datos serán analizados con posterioridad, se puede advertir cómo la crisis de los refugiados sirios ha condicionado esos saldos, debido a la generación de la mayor avalancha de inmigrantes en Europa de los últimos tiempos.

ii. *Controlar las redes delictivas de traficantes:* se aboga por una cooperación entre Frontex y Europol a fin de utilizar mejor la información disponible, para así poder identificar y acechar a los traficantes. También ha de perseguirse la identificación, captura y destrucción de las embarcaciones utilizadas por éstos⁶⁸.

iii. *Responder a las llegadas masivas (reubicación):* habida cuenta de que la capacidad de acogida de los Estados miembros está al límite, se prevé un reparto temporal de personas con necesidad de protección internacional. La redistribución de personas se efectuaría conforme a criterios como el PIB, población, tasa de desempleo y número de solicitantes de asilo ya aceptados⁶⁹.

iv. *Reasentamiento de las personas desplazadas que necesitan protección:* El ACNUR ha aprobado, para la UE, un objetivo de reasentamiento de 20000 personas por año hasta 2020. El presupuesto de la UE aportará una financiación específica de cincuenta millones de euros adicionales en 2015/2016 en apoyo a este régimen. En

⁶⁸ En estos términos, *ibidem*, págs. 4 y 5.

⁶⁹ En tal sentido, *ibidem*, pág. 5.

caso necesario, se complementará esta medida con una propuesta de planteamiento legislativo vinculante y obligatorio para después de 2016⁷⁰.

v. *Colaboración con terceros países para abordar la migración desde su origen*: Se crearán o explorarán programas regionales de desarrollo y de protección, en primer lugar, en el norte de África y el Cuerno de África, inspirados en el ya existente en Oriente Próximo. Para ello se fijará en Níger un centro piloto polivalente. Además, la migración será un componente específico de las misiones en curso en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) en países como Níger y Mali. Cabe destacar la acción que lleva a cabo la AR/VP para poner remedio a la situación en Libia, apoyando plenamente los esfuerzos desplegados por las Naciones Unidas con vistas a favorecer el proceso de instauración de un gobierno de unidad nacional. Los esfuerzos constantes realizados para hacer frente a la crisis en Siria han ido acompañados de una dotación de 3600 millones euros en ayuda humanitaria y asistencia a la estabilización y al desarrollo dentro del país, y en ayuda a los refugiados sirios en países como Líbano, Jordania, Turquía e Irak⁷¹.

vi. *Utilizar los instrumentos de la UE para ayudar a los Estados miembros situados en primera línea*: la Comisión implantará un nuevo enfoque de «puntos críticos», en los que la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA), Frontex y Europol trabajarán sobre el terreno con los Estados miembros situados en primera línea para proceder rápidamente a la identificación, el registro y la toma de huellas dactilares de los migrantes⁷².

En lo que concierne a la *política estructural*, hay que apuntar las siguientes medidas:

i. *Reducir los incentivos a la migración irregular*: colaboración bilateral con los países de origen y tránsito de los inmigrantes, con una dotación presupuestaria de 96800 millones euros para el período 2014-2020. Uno de los incentivos para los migrantes irregulares es saber que el sistema de retorno de la UE —devolver a los migrantes irregulares o aquellas personas cuya solicitud de asilo es denegada— funciona de forma imperfecta. Para ello se ha de velar, en primer lugar, porque los terceros países cumplan con la obligación internacional que les incumbe de readmitir a sus propios nacionales residentes ilegalmente en Europa. El recientemente acordado proyecto piloto en materia de retorno a Pakistán y Bangladesh ofrecerá una importante demostración práctica del camino a seguir. Paralelamente, los Estados miembros han de aplicar la Directiva sobre el retorno. En este sentido, se va a adoptar un «Manual sobre el retorno» que ayudará a los Estados miembros con directrices comunes, mejores prácticas y recomendaciones. E igualmente, la Comisión propondrá que se modifique la base jurídica de Frontex, a fin de reforzar su función en materia de retorno⁷³.

⁷⁰ En consonancia con el texto, *ibidem*, págs. 5 y 6.

⁷¹ En esa línea, *ibidem*, págs. 6 y 7.

⁷² En dichos términos, *ibidem*, pág. 7.

⁷³ En este sentido, *ibidem* págs. 9-12.

ii. *Gestión de las fronteras*: Gestión eficiente de las fronteras, cuya consecución puede hacer mediante los sistemas informáticos. En esta línea, actualmente, la UE dispone de tres sistemas informáticos de gran magnitud: Eurodac, que se ocupan de la administración de la política de asilo; el Sistema de Información de Visados, que se ocupa de las solicitudes de visado y el Sistema de Información de Schengen, que se ocupa del intercambio de información sobre personas u objetos para los que las autoridades competentes han creado una descripción. Sostiene la UE que el uso de estas tecnologías son los mejores instrumentos para la gestión de las fronteras y reducción de la inmigración irregular⁷⁴.

iii. *Política común de asilo*: La prioridad es garantizar una aplicación plena y coherente del Sistema Europeo Común de Asilo. En este punto, se pone de manifiesto que el Sistema de Dublín⁷⁵ no funciona como debería, dado que, en 2014 cinco Estados miembros tramitaron el 72 % de las solicitudes de asilo en la UE⁷⁶.

iv. *Nueva política de migración legal y visados*: Aunque las decisiones sobre el volumen de admisiones de nacionales de terceros países que migran para buscar trabajo seguirán siendo competencia exclusiva de los Estados, la UE desempeñará un papel específico. Se implementará la Directiva sobre la tarjeta azul (atracción de nacionales de terceros países altamente cualificados) y se propone el visado itinerante con el fin de atraer turistas y visitantes por razones personales o profesionales, minimizando al mismo tiempo los riesgos de migración irregular y para la seguridad⁷⁷.

No obstante, aparte de la Agenda Europea de Migración (letra “a”), cabe resaltar la adopción de otras medidas por Europa en tal año 2015, que de forma cronológica siguen a partir de la letra “b”:

b. Operación EUNAVFOR MED SHOPIA: es ésta una operación naval que tiene como objetivo desarticular el tráfico y trata de personas en el Mediterráneo.

c. Reubicación temporal y excepcional desde Italia y Grecia a otros Estados miembros de 120000 personas.

⁷⁴ Al respecto, *ibidem* 12-14.

⁷⁵ Se denomina Sistema de Dublín al Conjunto de los tres Reglamentos de Dublín (I, II y III) que determinan qué Estado miembro debe hacerse cargo del examen de una solicitud de asilo. Cada uno de los Reglamentos (I, II y III) ha sustituido al anterior. El vigente es el Reglamento Dublín III, en concreto, Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

⁷⁶ En tal línea, COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación...* cit., págs. 14 a 16.

⁷⁷ En estos términos, *ibidem* págs.16-20.

d. Conferencias con Níger, Turquía, Líbano, Jordania y Balcanes Occidentales a fin de poder colaborar en origen con el problema migratorio.

e. Cumbre de La Valeta sobre migración: reunión de los jefes de Estado/Gobierno con sus homólogos de los países africanos para tratar cuestiones migratorias.

f. Reunión con Turquía: reunión de los jefes de Estado/Gobierno con Turquía en la que la UE se compromete a proporcionar recursos adicionales por un valor inicial de 3000 millones de euros para ayudar a Turquía a mejorar la situación de los refugiados sirios que se encuentran actualmente en el país.

Año 2016

a. Se da continuidad a la EUNAVFOR MED SHOPIA para la desarticulación del tráfico y trata de personas, en esta ocasión con especial ahínco en el territorio de Libia, proponiendo la formación de los guardacostas y armada libia, así como el embargo de armas de Naciones Unidas en alta mar.

b. Se acuerdan los detalles de financiación de los 3000 millones de euros acordados para con Turquía. (Plan de Acción o Declaración UE-Turquía)

c. Se adopta un instrumento de asistencia urgente en la UE con el fin de ayudar especialmente a Grecia para hacer frente a la crisis humanitaria creada por la crisis migratoria, destinándose 180.2 millones de euros.

d. Se pone en marcha la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas cuya principal función es vigilar las fronteras exteriores de la UE.

Año 2017

a. Los dirigentes de la UE acuerdan aumentar la cooperación con Libia para detener la afluencia de migrantes, de donde procedía el 90 % de éstos en el 2016.

b. Se adoptan por el Consejo unas Conclusiones sobre los menores migrantes, en el que se recalca su derecho a la protección.

c. Se crea un Reglamento que establece un Sistema de Entradas y Salidas, en virtud del cual se registrarán los datos de entradas, salidas y denegaciones de entrada correspondientes a los nacionales de terceros países que crucen las fronteras exteriores del espacio Schengen.

Año 2018

a. Se destinan 3700 millones más de euros para proyectos relacionados con cuestiones migratorias.

b. Se incorpora al Derecho de la UE las sanciones que las Naciones Unidas ha impuesto a seis traficantes de personas que operaban en Libia.

c. Acuerdo sobre la financiación de 3000 millones adicionales para el apoyo a los refugiados sirios en Turquía (2000 millones se financiarán con cargo al presupuesto de la UE y 1000 millones por los Estados miembros).

Año 2019

a. Se adopta un Reglamento para mejorar el funcionamiento de la red europea de funcionarios de enlace de inmigración. (Desplegados en terceros países por los Estados miembros o la UE para hacer frente a las cuestiones relacionadas con la inmigración)

b. En la Nueva Agenda Estratégica para 2019-2024, en materia migratoria se recalca lo siguiente: “Continuaremos y profundizaremos nuestra cooperación con los países de origen y tránsito para luchar contra la migración irregular y la trata de personas y para garantizar retornos efectivos. Con respecto a la dimensión interna, hemos de ponernos de acuerdo sobre una política migratoria y de asilo eficaz. Debe hallarse un consenso sobre el Reglamento de Dublín con el fin de reformarlo conforme a un equilibrio entre responsabilidad y solidaridad, teniendo en cuenta a las personas a las que se desembarque a raíz de operaciones de búsqueda y salvamento”⁷⁸.

Año 2020

a. Se presenta por la Comisión Europea un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, incluyendo cinco propuestas legislativas para reformar las normas de la Unión Europea en materia de asilo (especialmente el Sistema de Dublín) con el fin de adoptar procedimientos más rápidos en el sistema de asilo y migración.

Año 2021

a. Se adopta por el Consejo en fecha 7 de octubre de 2021 la Directiva sobre la Tarjeta Azul, que tiene por objeto armonizar las condiciones de entrada y residencia para los trabajadores altamente cuantificados de terceros países, con el objetivo de atraerlos a Europa y garantizar su permanencia.

b. También por el Consejo se aprueba en fecha 9 de diciembre de 2021 el Reglamento por el que se crea la Agencia de Asilo de la UE con el fin de mejorar la política de asilo de la UE.

Año 2022

⁷⁸ CONSEJO EUROPEO. *A new strategic agenda 2019-2024*, pág. 3. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024)

a. Se crea un sistema de protección temporal para las personas que huyen de la guerra en Ucrania para que puedan disfrutar de derechos tales como la residencia, acceso al mercado laboral y vivienda, asistencia médica y educación.

b. Se destinan 17000 millones de euros de fondos europeos para ayuda a los refugiados ucranianos

Año 2023

a. El hito de este año se produce en fecha 20 de diciembre cuando el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzan un acuerdo sobre la reforma del asilo y la inmigración en la UE, con la creación/modificación de cinco Reglamentos que se incardinan en el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo que se propuso en el 2020 (reseñado en dicho apartado). Los cinco Reglamentos acometen todas las fases de la gestión del asilo y la migración, que son: el control de los migrantes irregulares a su llegada a la UE; la toma de datos biométricos; el procedimiento para la presentación y tramitación de solicitudes de asilo; las normas para la determinación del Estado miembro responsable de la tramitación de una petición de asilo; la cooperación y solidaridad entre Estados miembros y gestión de situaciones de crisis.

Por otro lado, es necesario plasmar las medidas de mayor trascendencia, que son las siguientes:

- Sustitución del vigente Reglamento de Dublín por el Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración (RGAM), que aclarará los criterios sobre responsabilidad del país que conoce de la petición y el traslado del solicitante. Se establece un mecanismo de solidaridad para que no sólo unos pocos Estados miembros sean responsables de las solicitudes de asilo.
- Control de migrantes irregulares en las fronteras exteriores de la UE, que incluirá pruebas sanitarias, de identificación y de seguridad
- Toma de datos biométricos, ampliando la base de datos Eurodac para abordar mejor los movimientos irregulares.
- Cooperación y solidaridad entre Estados miembros y cómo gestionar situaciones de crisis.

Como conclusiones de este apartado, según el análisis de las medidas incorporadas, creo conveniente indicar las siguientes:

1. La reacción fundamental de la Unión Europea al fenómeno migratorio se basa en la aportación dineraria a aquellos países que pueden resultar útiles en aras a controlar en origen los flujos de migrantes. En este sentido, destaca el dinero dado a Turquía (Ruta Oriental)

para el control de los refugiados sirios, desarrollando así los términos adoptados en la Declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016, y a Libia, a fin de prevenir la entrada de inmigrantes por la Ruta Central.

2. Resulta también primordial la vigilancia en las costas a través de FRONTEX, mediante la llevanza de operaciones diversas en el Mediterráneo, tales como Themis, Poseidón e Indalo.

3. En aquellos casos en los que no se puede evitar la entrada de inmigrantes, se trabaja en sistemas más eficientes de reubicación y reasentamiento de éstos entre todos los Estados miembros.

4. Como complemento de lo anterior, es necesario una potente política de asilo, actualmente basada en el Sistema de Dublín. Sin embargo, la Unión Europea en estos momentos está tratando de implementar, fomentar y reformar dicho Sistema a fin de que todos los Estados miembros, y no sólo los más afectados, se impliquen en el acogimiento de los refugiados llegados a nuestras fronteras. En este aspecto, recientemente, en diciembre de 2023, se ha alcanzado un acuerdo para su reforma con la creación/modificación de cinco Reglamentos con la intención de conseguir una mejor redistribución entre los Estados miembros tanto de las peticiones de asilo, como del reasentamiento de inmigrantes.

5. Como crítica final, hay que poner de manifiesto que, si bien es cierto que existe un programa de actuación conjunto con Marruecos (Relación UE-Marruecos) también basado en la aportación económica a dicho país para el control en origen de los flujos migratorios de la Ruta Occidental, siguiendo la exposición cronológica insertada con anterioridad, no se atisba en los últimos cinco años ninguna reunión, conferencia o cumbre con el país vecino, a fin de seguir promocionando el acuerdo existente. Se plantea la duda, por tanto, de si existe en Europa una preocupación mayoritaria por las Rutas Oriental y Central, en detrimento de la Ruta Occidental.

3. Medidas que ha adoptado España

Analizadas las medidas europeas para hacer frente a la inmigración irregular, procede ahora estudiar las prevenciones que en la temática migratoria ha adoptado España. De este modo, podemos hacer una clasificación de las medidas adoptadas del modo que sigue: medidas en las instituciones; medidas preventivas; medidas en la entrada; medidas en la estancia.

a. Marco competencial en instituciones/organismos: son las siguientes instituciones/organismos los que tienen competencias en el ámbito migratorio:

i. Ministerio del Interior: es éste el Ministerio encargado del control de fronteras y todos los trámites relacionados con extranjería, por lo que las competencias tocantes con la inmigración irregular están muy vinculadas al mismo. Además, tanto

el Cuerpo Nacional de Policía como la Guardia Civil (en lo relativo a la prestación de servicios) dependen de este Ministerio, por lo que todas las funciones en materia migratoria que recaen en estos dos organismos, como estudiaremos a continuación, están sujetas al ámbito del Ministerio del Interior.

- Guardia Civil: le corresponde la custodia y vigilancia de las costas, fronteras, puertos, aeropuertos y mar territorial, por lo que, en este último ámbito, se dedica también al control de la inmigración irregular en lo relativo a pateras o cayucos que traten de arribar a nuestro país. Del ejercicio de estas funciones se encargan la Jefatura Fiscal y de Fronteras y el Centro de Coordinación para la Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras. Además, del Mando de Fronteras y Policía Marítima depende la Jefatura de Costas y Policía Marítima, con competencia en la dirección y coordinación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas y el Centro Nacional de Coordinación de España en EUROSUR⁷⁹.

- Cuerpo Nacional de Policía: tiene como misión fundamental la vigilancia en los puestos fronterizos habilitados al efecto para el cruce de las fronteras. En concreto, le corresponde el cuidado y atención de las fronteras exteriores aéreas, marítimas y terrestres, esto es, aeropuertos, puertos y puntos fronterizos terrestres, así como la persecución e investigación de las redes de inmigración ilegal, a través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, que es la encargada de la dirección y centralización de actuaciones en los aspectos referenciados. Asimismo, la UCRIF (Unidad para Combatir las Redes de Inmigración y Falsificación de documentos), la Unidad Central de Fronteras, la Unidad Central de Repatriaciones y el Centro Nacional de Inmigración y Fronteras dependen de ella⁸⁰.

ii. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: la presencia en esta materia se produce a través de la Secretaría de Estado de Migraciones, que es el órgano encargado de desarrollar la política migratoria definida por el Gobierno en materia de inmigración, integración de los inmigrantes y ciudadanía española en el exterior. A su vez, cuenta con tres Direcciones Generales, una de las cuales es la Dirección General de Migraciones. Con anterioridad al actual organigrama ministerial que existe a día de la fecha, esta labor la desarrollaba la Secretaría General de Inmigración y Emigración, que dependía del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Con la última reforma, esta Secretaría General se integró en la ya mencionada Secretaría de Estado de Migraciones⁸¹.

⁷⁹ En línea con el texto, GUARDIA CIVIL. *Mando de Fronteras y Policía Marítima* (s.f.). Disponible en: <https://www.guardiacivil.es/es/institucional/Conocenos/estructuraorganizacion/orgcentral/mandofronteras/index.html> (fecha de consulta: 29 de abril de 2024) y RED EUROPEA DE MIGRACIONES. *Medidas prácticas...* cit., págs. 19-20.

⁸⁰ En estos términos, POLICÍA NACIONAL. *Comisaría General de Extranjería y Fronteras* (s.f.). Disponible en: https://www.policia.es/es/tupolicia_conocenos_estructura_dao_cgextranjeriayfronteras.php (fecha de consulta: 29 de abril de 2024) y RED EUROPEA DE MIGRACIONES. *Medidas prácticas...* cit., pág. 20.

⁸¹ En el sentido del texto, MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. *Secretaría de Estado de Migraciones*. (s.f.). Disponible en www.inclusion.gob.es/web/guest/organizacion/se

iii. Ministerio de Trabajo y Economía Social: como titular de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, trabaja también contra la inmigración irregular. Por ejemplo, el Plan Estratégico de Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018-2020 preveía como uno de los tres objetivos fundamentales perseguidos por la misma “la inserción y la integración de los inmigrantes vinculada al empleo, en el marco de una política común europea de migración y asilo⁸².”

iv. Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación: afronta la lucha contra la inmigración irregular colaborando con la Unión Europea, a la que propone la imposición de visados respecto a los ciudadanos de los países de los que se ha producido una trascendental llegada de inmigrantes irregulares, cuya entrada se realiza como falsos turistas. Igualmente, los Consulados se encargan del otorgamiento de visados para así evitar la llegada de inmigrantes irregulares. Además, a través de la cooperación con los países de origen del inmigrante, se trata de llegar a acuerdos de readmisión en el marco del Enfoque Global de la Migración y especialmente en el contexto del Proceso de Rabat⁸³.

v. Fiscalía General del Estado: dentro de la Fiscalía General del Estado se establecen áreas especializadas en temas variados. Una de esas áreas es la de Trata de Personas y Extranjería, que tiene como finalidad la coordinación, supervisión y unificación de criterios en la persecución de conductas contrarias al ordenamiento público y privado regulador de la extranjería. En este marco, existe la figura del Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería y una serie de Fiscales Delegados adscritos al Fiscal de Sala⁸⁴.

migraciones (fecha de consulta: 10 de enero de 2024) y RED EUROPEA DE MIGRACIONES. *Medidas prácticas...cit.*, pág. 20.

⁸² En estos términos, MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020*, BOE nº 95, jueves 19 de abril de 2018, Sec. I. Pág. 40373. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/04/19/pdfs/BOE-A-2018-5329.pdf> (fecha de consulta: 27 de abril de 2024).

⁸³ RED EUROPEA DE MIGRACIONES. *Medidas prácticas...cit.*, pág. 21.

En lo relativo al Enfoque Global de la Migración, se adopta en 2005 por la Comisión Europea con el objetivo de abordar los aspectos importantes de la migración de forma equilibrada y completa en asociación con países terceros. COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0743:FIN:ES:PDF> (fecha de consulta: 29 de abril de 2024), pág. 3.

Por lo que respecta al Proceso de Rabat, “es un ámbito de diálogo migratorio intergubernamental creado en 2006 que engloba a 57 estados (29 europeos y 28 africanos) más las Comisiones de la UE y de CEDEAO. Financiado por la Unión Europea supone un foro activo para el debate orientado a la acción en relación a las oportunidades y retos migratorios en una amplia zona geográfica que incluye las rutas Atlántica, Mediterráneo Occidental y gran parte de la ruta Mediterráneo Central”. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN. *Nota de prensa: Madrid acoge la reunión de alto nivel migración-desarrollo en el marco de la presidencia española del proceso Rabat*. 13 de mayo de 2022. Disponible en: https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/NotasPrensa/Paginas/2022_NOTAS_P/20220513_NOTA41.aspx (fecha de consulta: 29 de abril de 2024).

⁸⁴ En línea con el texto, MINISTERIO FISCAL. *Trata de Personas y Extranjería*. (s.f.). Disponible en <https://www.fiscal.es/-/extranjeria> (fecha de consulta: 10 de enero de 2024)

vi. Ministerio de Justicia: los Registros Civiles dependientes del Ministerio de Justicia realizan una importante labor a través de la figura de los Encargados (en la actualidad, los Letrados de la Administración de Justicia), a fin de evitar los denominados “matrimonios de complacencia”, que son aquéllos celebrados entre un español y un extranjero con el objetivo de que este último se beneficie de esa unión para conseguir ventajas en materia de nacionalidad y extranjería⁸⁵.

vii. Poder Judicial: a través de los juzgados de lo contencioso administrativo conocen de los recursos presentados por los inmigrantes frente a las órdenes de devolución o expulsión dictadas por el Ministerio del Interior, así como del resto de recursos interpuestos frente a decisiones administrativas adoptadas en aplicación de la Ley y Reglamento de Extranjería.

viii. Comunidades Autónomas: carecen de competencias reconocidas en materia de inmigración irregular, pero tienen un papel importante en relación con la integración de los inmigrantes, así como en la coordinación de políticas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia migratoria y en la aplicación de las políticas adoptadas por el Estado en última instancia.

ix. Otras instituciones: en junio de 2008 se creó la Comisión Delegada del Gobierno para la política de inmigración, que se sustituyó en 2018 por la denominada Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Migratorios. Esta Comisión es el principal órgano de cooperación e intercambio de información entre los Ministerios con competencia en esta materia. La Conferencia Sectorial de Inmigración, fundada en 2007, constituye el principal mecanismo de coordinación en materia de política migratoria entre la Administración Central y las Comunidades Autónomas. Y el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes es el órgano consultor de nivel nacional en el que participan los sindicatos, las asociaciones de empresarios, las asociaciones de inmigrantes y los Ministerios con competencias en inmigración⁸⁶.

b. Medidas preventivas (previas a la entrada): dentro de estas medidas sobresalen los programas desarrollados para prevenir la entrada de inmigrantes, como por ejemplo el proyecto SEAHORSE, así como todas las operaciones asociadas a FRONTEx (operaciones HERA, INDALO y MINERVA) que seguidamente serán examinadas con detenimiento. Por otro lado, es necesario hacer hincapié en el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior, conocido por sus siglas SIVE, como elemento fundamental del desarrollo tecnológico que se ha llevado a cabo en el tema de la inmigración. Junto a estas dos propuestas, existe un paquete de medidas que también han contribuido a la prevención de la entrada de inmigrantes en nuestras fronteras. Entre ellas, los acuerdos bilaterales de readmisión entre

⁸⁵ La Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los matrimonios de complacencia establece tres objetivos perseguidos por este tipo de uniones: la adquisición acelerada de la nacionalidad española; la consecución de un permiso de residencia en España; la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados.

⁸⁶ En la línea referenciada, RED EUROPEA DE MIGRACIONES. *Medidas prácticas...*cit., pág. 22.

España y los países africanos ya estudiados en este capítulo; la implementación de la Política Europea de Vecindad, en particular con Marruecos, por ser uno de nuestros principales vecinos al sur del Estrecho de Gibraltar o el reforzamiento de las actuaciones y vigilancia en las vallas de Ceuta y Melilla

Se incluye a continuación el desarrollo de los programas para la prevención en la entrada de inmigrantes:

i. SEAHORSE Atlántico y Mediterráneo: el programa comenzó en el año 2006 con el fin de cooperar sobre el Océano Atlántico con diversos países de África y estaba gestionado por la Guardia Civil. Su objetivo fundamental era la colaboración con varios países africanos en materia de inmigración irregular y otras actividades delictivas por vía marítima. Fueron ocho los países participantes, esto es, Portugal, Marruecos, Mauritania, Senegal, Cabo Verde, Gambia, Guinea Bissau y España, que lideraba el proyecto. SEAHORSE ha creado una red de comunicaciones vía satélite que consta de diez centros (uno en cada país de los anteriormente mencionados) y dos en Mauritania. Por lo que se refiere a España, cuenta en Gran Canaria con el Centro de Coordinación Regional de Canarias y en Madrid con el Centro de Coordinación de Vigilancia Marítima. Mediante esta red, los países de origen y de destino de las embarcaciones comparten información en tiempo real y cooperan en la localización de embarcaciones sospechosas, así como en tareas de salvamento y de intercepción. Igualmente, la red se integra con sistemas externos de información, como el SIVE ya mencionado y los sistemas de identificación automática marítima- AIS, para la visualización geolocalizada de las embarcaciones en tiempo real⁸⁷. Por otro lado, los buenos resultados obtenidos por este programa llevaron a que el 19 de septiembre de 2013 se presentara el programa SEAHORSE Mediterráneo, con los mismos objetivos que su predecesor, pero sobre el Mar Mediterráneo, con la participación de España, Italia, Malta, Portugal, Chipre, Grecia y Libia y con un coste aproximado para el periodo 2011-2020 de 5.37 millones de euros⁸⁸.

ii. Operaciones asociadas a FRONTEX en cooperación con España:

- Operación HERA: se desarrolla, desde su comienzo en el año 2006, frente a las costas africanas de Mauritania y Senegal con la misión de controlar el flujo migratorio del oeste de África y favorecer la cooperación con las autoridades de Senegal y Mauritania⁸⁹.

⁸⁷ En esta línea, RED EUROPEA DE MIGRACIONES. *Medidas prácticas...*cit., pág. 26.

⁸⁸ En estos términos, MARTÍNEZ-ALMEIDA DE NAVASQUÉS, Magdalena. “El control de la inmigración ilegal en la frontera exterior del Mediterráneo Central”. *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 8, 2014, pág. 7. Disponible en: <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/ari8-2014-martinezalmeida-control-inmigracion-ilegal-frontera-exterior-mediterraneo-central.pdf> (fecha de consulta: 30 de abril de 2024).

⁸⁹ En esta línea, RED EUROPEA DE MIGRACIONES. *Medidas prácticas...*cit., pág. 27.

- Operación INDALO: tiene por objeto la vigilancia de la costa sureste de España, en concreto en Granada, Almería y Murcia⁹⁰.

- Operación MINERVA, dedicada al control del paso del Estrecho de Gibraltar. Consiste en la vigilancia en los puertos de Algeciras, Tarifa y Almería durante el regreso de las vacaciones estivales de la población originaria del norte de África y residente en Europa⁹¹.

iii. SIVE (Sistema Integrado de Vigilancia Exterior): su misión radica en la detección a larga distancia las embarcaciones que se aproximen a las costas españolas; la identificación de las embarcaciones y sus tripulantes para evaluar la posible actuación ilegal de los mismos; la coordinación del seguimiento de tales embarcaciones, así como la interceptación de los delincuentes y el auxilio de los inmigrantes irregulares. Para el desarrollo de estos objetivos el SIVE cuenta con tres subsistemas: el de detección (estaciones sensoras con radar para la detección a larga distancia; cámara de infrarrojos para visión nocturna y cámara de vídeo con gran alcance diurno); el de comunicaciones (comunicación en tiempo real con transmisión de imagen, voz y datos; el de mando y control (existe un Centro de Mando y Control ubicado en Algeciras y otro en Fuerteventura que se encargan de centralizar las señales recogidas por los sensores, el control de las estaciones sensoras por telemando y la emisión de órdenes a las unidades de interceptación)⁹².

c. Medidas en la entrada: a fin de evitar la entrada de falsos turistas, se han implementado por España medidas como, por ejemplo, la exigencia de visados para algunos países. Igualmente, se ha adoptado el Advanced Passenger Information System (API), que es un sistema que facilita el conocimiento de los datos de los pasajeros que van a arribar a puertos o aeropuertos españoles desde fuera del espacio Schengen, trasladándose dicha información por parte de las compañías aéreas a la Policía Nacional. Asimismo, cabe mencionar EURODAC, base de datos biométricos que contiene las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo y nacionales de fuera de la UE para su comparación entre países de la UE⁹³.

d. Medidas recientes: con este apartado se pretende poner de manifiesto las últimas actuaciones llevadas a cabo por España. A mayor abundamiento, el abordaje de este punto se llevará a cabo desde dos perspectivas: la cooperación y la financiación.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² GUARDIA CIVIL. *Gabinete de Prensa. Funciones y Capacidades Técnicas* (s.f.). Disponible en <https://www.guardiacivil.es/es/prensa/especiales/sive/funciones.html> (fecha de consulta: 30 de abril de 2024).

⁹³ El sistema API deriva del artículo 3 de la Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas. Asimismo, EURODAC está regulado por el Reglamento n° 603/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares.

i. Cooperación: son reseñables los viajes de trabajo realizados por el Ministerio del Interior a países de origen y tránsito de la inmigración, como son Marruecos, Argelia, Mauritania, Senegal, Gambia, Guinea Conakry, Costa de Marfil y Ghana. Entre todas las relaciones bilaterales sobresale la habida con Marruecos, por ser uno de nuestros socios principales en la lucha contra la inmigración y las redes de tráfico de personas. Asimismo, en agosto de 2018 se creó la Autoridad de Coordinación de las actuaciones para hacer frente a la inmigración irregular en la zona del Estrecho, mar de Alborán y aguas adyacentes. Tiene su centro operativo en Málaga y coordina las actuaciones de diversos Ministerios para optimizar los recursos destinados al control de la inmigración irregular. Igualmente, hay que incidir en las actuaciones conjuntas llevadas a cabo por los cuerpos policiales de los países cooperantes. Por ejemplo, España y Mauritania trabajan eficazmente en el Equipo Conjunto de Investigación (ECI) de Nuadibú. Además, España lidera el proyecto europeo ECI Níger, junto con Francia y trabaja en otros proyectos similares en diversos países de África Occidental⁹⁴. Recientemente, en 2022 y 2023 se han producido varias visitas del Ministro del Interior a Marruecos y a Mauritania, con el fin de reforzar la cooperación en materia migratoria, en particular para tratar de luchar contra los nuevos métodos empleados por las mafias, en el caso de las reuniones hispano-marroquíes y para evitar las salidas de inmigrantes hacia las Islas Canarias, en el caso de Mauritania⁹⁵.

ii. Financiación: el 5 de julio de 2019 se aprobó una ayuda a Marruecos de 26 millones de euros para la contratación de un suministro de vehículos para el Ministerio del Interior de Marruecos; en el Consejo de Ministros del 19 de julio de 2019 se autorizaron otros treinta millones de euros del Fondo de Contingencia para conceder un suplemento de crédito al Ministerio del Interior marroquí con el objetivo de contribuir a la financiación del despliegue de este país en la lucha contra la inmigración irregular; el Consejo de Ministros de 23 de agosto de 2019 volvió a aprobar una ayuda de 32.3 millones de euros a Marruecos con el mismo fin así como para la lucha frente a la trata de seres humanos. Igualmente, y más recientemente, concretamente en mayo de 2021 y en plena crisis por los acontecimientos habidos en Ceuta, el Consejo de Ministros volvió a aprobar otra ayuda de treinta millones de euros en el mismo sentido que las anteriores⁹⁶.

⁹⁴ En el sentido del texto, LA MONCLOA. Prensa. Actualidad. Interior. *Las llegadas irregulares de inmigrantes en el primer semestre de 2019 descienden un 23 por ciento con respecto a 2018*. 2 de julio de 2019. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2019/020719-inmigrantes.aspx#:~:text=Interior-.Las%20llegadas%20irregulares%20de%20inmigrantes%20en%20el%20primer%20semestre%20de,ciento%20con%20respecto%20a%202018&text=A1%20finalizar%20el%20mes%20de,julio%20habian%20llegado%2017.300%20personas> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024)

⁹⁵ En tal línea, LA MONCLOA. *Grande-Marlaska refuerza en Mauritania la cooperación migratoria que ya ha evitado 7000 llegadas a Canarias este año*. 11 de octubre de 2023. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2023/111023-marlaska-mauritania-cooperacion-migratoria.aspx>

⁹⁶ En esos términos, LA MONCLOA. *Prensa. Actualidad. Interior* <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/Paginas/index.aspx> y LA MONCLOA. *Consejo de Ministros. Resúmenes*. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/index.aspx>

A modo de conclusión de este apartado y a sabiendas de que Marruecos es el socio preferente de España en la lucha contra la inmigración irregular, será necesario ver cómo van reconduciéndose las relaciones entre los dos países por la crisis suscitada en Ceuta, a fin de tomar conocimiento de cómo afectará tal crisis en el aspecto migratorio.

IV. SITUACIONES DE EXCEPCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LA INMIGRACIÓN EN LA UE: RUTAS DE LLEGADA DE INMIGRANTES, MAFIAS Y MENA

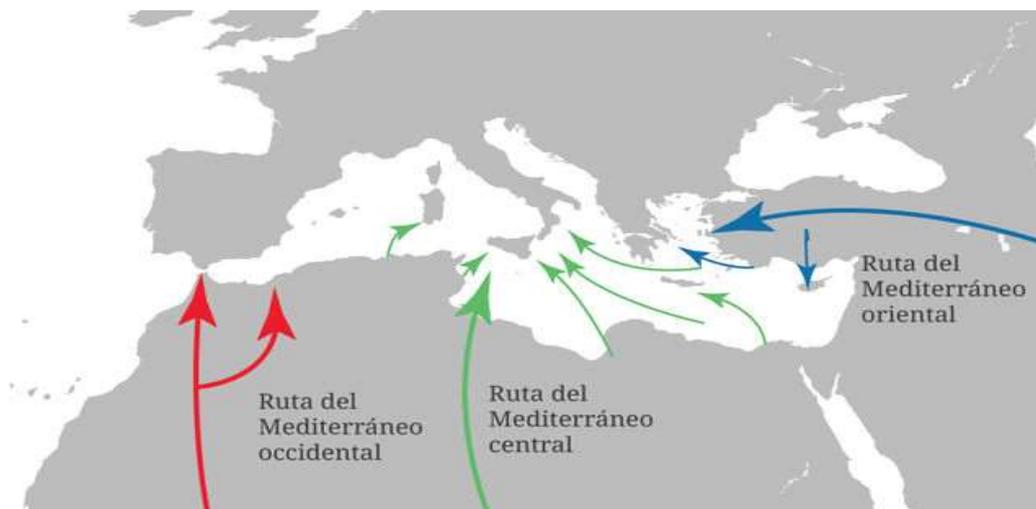
1. Rutas de inmigrantes

1.1 Rutas de inmigrantes hacia Europa

En la actualidad, la crisis migratoria que vive Europa se produce, como hemos visto, por los diferentes conflictos que existen tanto en Oriente Próximo como en África, que provocan que las personas huyan a Europa en búsqueda de una mejor vida, habida cuenta de la ausencia de soluciones y oportunidades en origen.

Dentro de esa huida, se pueden agrupar en tres los puntos de entrada a la Unión Europea, en virtud de tres rutas principales seguidas por los inmigrantes y que son las que siguen: la ruta del Mediterráneo Central, la ruta del Mediterráneo Oriental y la ruta del Mediterráneo Occidental. Se pueden observar visualmente en el mapa que se aporta y seguidamente se procederá al análisis de cada una de ellas.

Gráfico 6. Rutas de los inmigrantes irregulares hacia Europa



Fuente: GUTIÉRREZ, Iciar/JARA, Yuly. “Así han cambiado en los últimos meses las rutas migratorias hacia Europa”. 28 de noviembre de 2017. Disponible en https://www.eldiario.es/desalambre/datos-cambiado-empresen-refugiados-europa_1_3044983.html (fecha de consulta: 13 de enero de 2024)

a. *Ruta del Mediterráneo Central (señalada en color verde en la imagen)*: es aquella utilizada por los inmigrantes que tratan de cruzar el Mediterráneo para llegar a Europa (costas de Sicilia, Malta o isla de Lampedusa) desde el norte de África (Libia, Egipto y Túnez principalmente). Dichos inmigrantes proceden de países de África del Norte y África subsahariana. Debido a los intereses de estas personas por llegar a Europa se han fomentado en los últimos años las mafias dedicadas a la trata y tráfico de personas. A las mafias dedicaremos un apartado específico dentro de este capítulo.

Como se ha manifestado, la salida fundamental hacia Europa utilizando esta ruta se produce a través de Libia. Desde 2011, se advierte en este país una profunda desestabilización provocada por la muerte del dictador Muamar Al Gadafi, dentro de la conocida como primavera árabe, que dio lugar en 2014 a una guerra civil que ha imposibilitado, a día de la fecha, la constitución de un gobierno efectivo. Esto provoca la proliferación de mafias y conlleva a la ausencia de un interlocutor político con el que Europa pueda establecer conversaciones con el objetivo de orientar una política destinada al control de la inmigración.

Aun las dificultades habidas por las circunstancias anteriormente señaladas, la Unión Europea ha llevado a cabo un programa de medidas para tratar de reducir la llegada irregular de inmigrantes a través de esta ruta, que ya estudiamos en profundidad dentro de este capítulo.

b. *Ruta del Mediterráneo Oriental (señalada en azul en la imagen)*: es aquella utilizada por los inmigrantes que tratan de hacer el trayecto marítimo entre Turquía y Grecia con el fin de entrar a Europa a través de este último país. Estas personas proceden en su mayor parte de Siria, Irak y Afganistán e intentan huir de la guerra. De vital importancia para afrontar la llegada masiva de inmigrantes a través de esta ruta fue la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo, que también hemos examinado en este capítulo.

c. *Ruta del Mediterráneo Occidental (señalada en rojo en la imagen)*: es aquella utilizada por los inmigrantes que tratan de cruzar el Mediterráneo desde el norte de África (Marruecos principalmente) a través del Estrecho de Gibraltar para llegar a Europa mediante su entrada en España. El análisis de esta ruta será completado en el apartado dedicado a “Rutas de inmigrantes hacia España” también dentro de este capítulo. Igual que mencionábamos la importancia de la Declaración UE-Turquía respecto a la ruta del Mediterráneo Oriental, ha de ponerse de manifiesto la trascendencia que para la contención de la inmigración a través de esta vía ha supuesto las relaciones de la Unión Europea con Marruecos. En este sentido, destaca el Acuerdo de Asociación, en vigor desde el año 2000 y que representa la base jurídica de las relaciones entre estos dos bloques, al igual que la Política Europea de Vecindad del año 2004 y el Instrumento Europeo de Vecindad, que es el instrumento financiero clave para el periodo 2014-2020⁹⁷.

⁹⁷ En tal línea, PARLAMENTO EUROPEO. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Los socios meridionales* (s.f.). Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/173/los-socios-meridionales> (fecha de consulta: 6 de mayo de 2024).

A pesar de que no aparece señalada en el mapa, habría que completar este itinerario con las entradas que se producen en las Islas Canarias por la denominada “Ruta Atlántica”, que es aquella que supone el desplazamiento de los inmigrantes desde Mauritania, Senegal o Gambia atravesando el Sáhara Occidental para llegar a puntos como Bojador, Tarfaya o El Aaiún en los que coger una patera o cayuco para hacer el último viaje de su recorrido por mar hasta las mencionadas Islas. Según los expertos es ésta una de las rutas más complicadas de todas las estudiadas por dos razones: en primer lugar, por el largo desplazamiento terrestre que tienen que recorrer desde los puntos de origen de los inmigrantes hasta los lugares en los que embarcarse para hacer el último tramo por mar; en segundo, la peligrosidad de este camino final del viaje marítimo, habida cuenta de que las aguas del Océano Atlántico no son especialmente tranquilas respecto a las aguas del Mar Mediterráneo.

Se introduce seguidamente un mapa específico de esta “Ruta Atlántica” para así completar la totalidad de la Ruta Occidental:

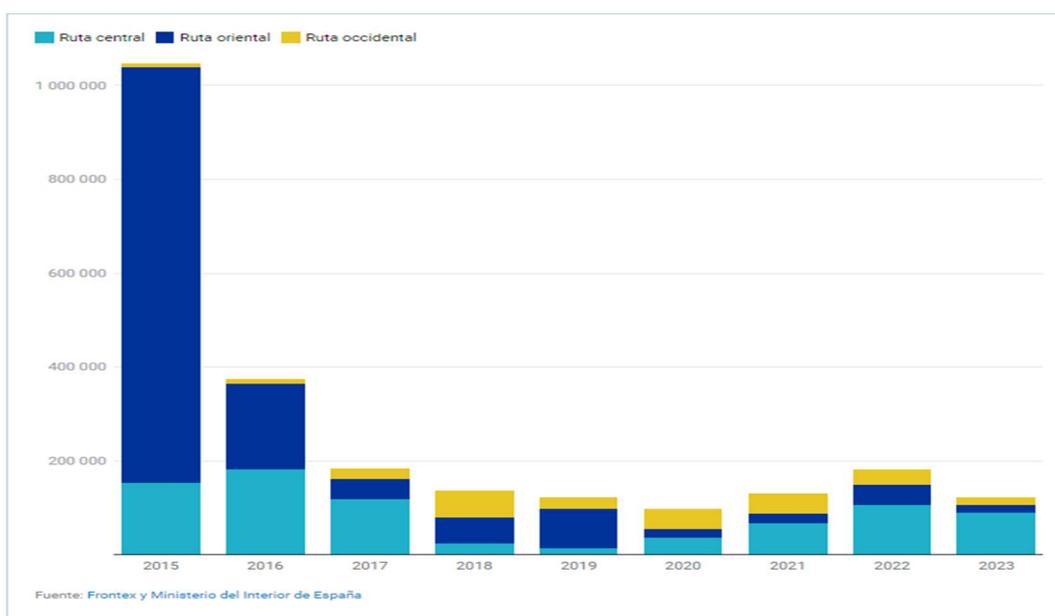
Gráfico 7. Rutas de los inmigrantes irregulares hacia las Islas Canarias



Fuente: CAMPO, Susana. “Inmigración: la ruta Atlántica se reactiva”. 6 de febrero de 2020. Disponible en <https://www.larazon.es/espana/20200206/ig64hw6hyfdddjlhxcj4nzlcai.html> (fecha de consulta: 13 de enero de 2024).

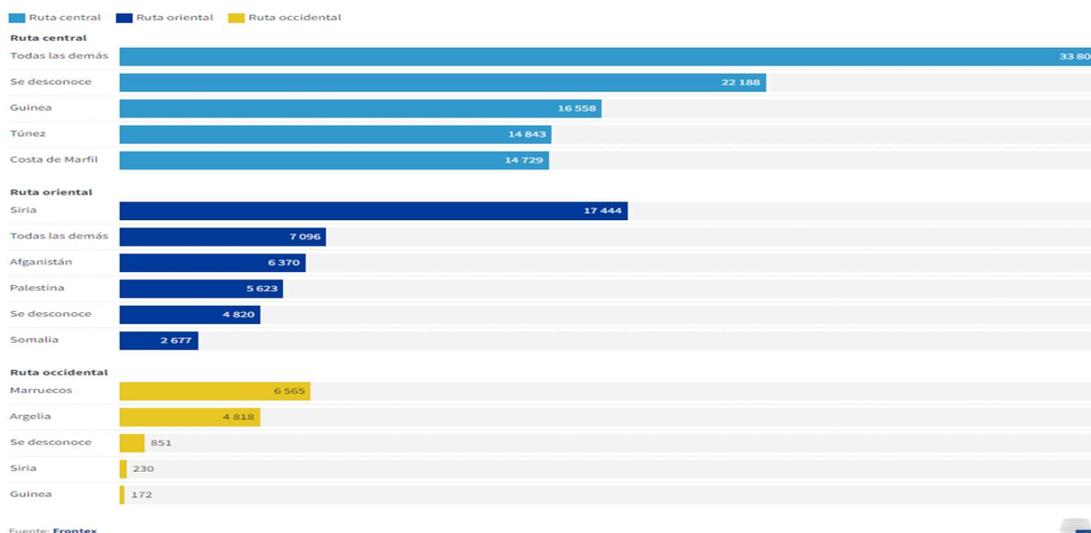
Para finalizar con este apartado, se muestra un gráfico de la evolución de la inmigración en Europa en cifras, de las diferentes rutas en un periodo que se extiende desde 2015 a 2023, así como la nacionalidad de los inmigrantes.

Gráfico 8. Llegadas irregulares anuales (2015-2023)



Fuente: CONSEJO EUROPEO-CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Infografía-Flujos migratorios: rutas oriental, central y occidental* (s.f.). Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/migration-flows-to-europe/> (fecha de consulta: 13 de enero de 2024).

Gráfico 9. Nacionalidades por ruta (2023).



Fuente: CONSEJO EUROPEO-CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Infografía-Flujos migratorios: rutas oriental, central y occidental* (s.f.). Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/migration-flows-to-europe/> (fecha de consulta: 13 de enero de 2024).

El primer dato llamativo del Gráfico 8 “Llegadas irregulares anuales”, es el ingente volumen de llegadas del año 2015, en particular en la Ruta Oriental, con más de 800000 entradas en Europa. Como ya se ha dicho en más de una ocasión a lo largo de este estudio, tal

circunstancia responde a la huida masiva de la guerra de los refugiados sirios, que colocó a la UE en una situación delicada por el volumen de personas que en tan poco tiempo tenía que asumir. Si bien 2016 tampoco fue un año especialmente bueno, sí es cierto que, en términos comparativos con el predecesor, bajó de forma considerable la llegada de inmigrantes por esta ruta, hasta situarla en la cifra de casi 200000 y tendiendo a la disminución en los años venideros, con un repunte e incremento constante a partir del año 2020 hasta alcanzar el número aproximado de 50000 inmigrantes irregulares en el año 2023.

Respecto a la Ruta Central, cabe resaltar la bajada en el número de llegadas a partir del año 2017, siendo 2019 un año particularmente bueno con tan sólo unas 15000 llegadas irregulares. No obstante, a partir de entonces se ha producido un crecimiento progresivo hasta el año 2023, alcanzándose las cifras del año 2015.

En cuanto a la Ruta Occidental, se observa una evolución bastante sostenida desde el año 2015 hasta 2018, en que se dispara la cifra de entradas, convirtiéndola en dicho año en la vía de llegada a Europa más utilizada por el inmigrante ilegal. Sin embargo, a partir de 2019 vuelve la tendencia ascendente, con un respiro en el año 2022.

Un análisis conjunto de las tres rutas nos conduce inevitablemente a ver cómo desde el año 2016 no se sobrepasa la barrera de los 200000 inmigrantes arribados a Europa y cómo desde dicho año la evolución ha sido más o menos constante. Hay que plantearse también, si la reducción de inmigración en la Ruta Oriental es a cambio de un aumento considerable en la Ruta Occidental. Esto lleva a pensar que posiblemente el acuerdo firmado entre Turquía y Europa, la llamada Declaración Turquía-UE, ha propiciado un descenso en ese itinerario por la contención realizada por Turquía en las costas del mar Egeo. Y producto de dicho freno, al dificultarse la entrada del inmigrante por tal vía, es el incremento que se genera en la Ruta Occidental, especialmente en el año 2018, con casi 60000 personas llegadas por mar o a través de Ceuta y Melilla. Asimismo, se aprecia también cómo la Ruta Central apenas ha visto una disminución en los inmigrantes que la utilizan. Quizás en este punto, debemos plantearnos si las inversiones efectuadas en Libia son efectivas, en tanto Libia siga sin un gobierno estable que permita una cooperación continua con la Unión Europea.

Resulta difícil determinar la influencia de la pandemia COVID-19 sobre la inmigración irregular, pero es observable que el año 2020, siguiente a la declaración de la pandemia, es en términos generales el de menor número de llegadas de inmigrantes respecto a la totalidad de años analizados. Igualmente, hay que poner de manifiesto la tendencia al alza que se observa precisamente desde ese año 2020, con un repunte significativo en 2023 en la Ruta Central, que ha provocado que Europa vuelva a impacientarse por este problema, lo que ha conducido al acuerdo reciente de creación/modificación de cinco Reglamentos en diciembre de 2023, que entre otras afecta a cuestiones básicas de asilo, reubicación de inmigrantes, solidaridad y distribución equitativa de éstos entre los Estados miembros.

En relación a la nacionalidad de los inmigrantes que alcanzan Europa, no sorprende que los sirios encabecen la clasificación de la Ruta Oriental ni los marroquíes de la Ruta Occidental. Pero sí resulta llamativo que no haya una nacionalidad preponderante -incluso desconocida- en la Ruta Central. El examen de tal circunstancia puede conducirnos a afirmar que los utilitarios de tal vía proceden no sólo de países del Norte de África, sino de toda África subsahariana, con

la consecuencia lógica de que la procedencia de un amplio número de territorios, impiden distinguir una nacionalidad predominante.

1.2 *Rutas de inmigrantes hacia España*

Como señalamos en el apartado anterior, la llamada Ruta Occidental es aquella utilizada por los inmigrantes para entrar a Europa (costas españolas) cruzando el Estrecho de Gibraltar desde el Norte de África (Marruecos, principalmente).

No obstante, es necesario complementar la vía marítima mencionada con la ruta de los inmigrantes desde África occidental hacia las Islas Canarias, aparte de la ruta terrestre utilizada con Ceuta y Melilla de enlace a la península, por lo que, de una forma esquemática y clara, la entrada en España de los inmigrantes se produce de la forma que sigue:

b. La vía terrestre, accediendo a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla de dos formas:

1. Atravesando ilegalmente la frontera terrestre que separa España de Marruecos:

a. Coches kamikazes: la primera ocasión en la que se utilizó este sistema de entrada se sitúa en enero y febrero de 2013, a través de la frontera de Beni Enzar en Melilla. Concretamente, el 7 de febrero de 2013, nueve subsaharianos lograron colarse en la Ciudad Autónoma⁹⁸. Esta escena se repetía días después en la misma Ciudad pero a través de la frontera de Farhana, logrando pasar a España doce inmigrantes subsaharianos. La situación se reprodujo en Ceuta en septiembre de ese mismo año y desde entonces se ha ido repitiendo paulatinamente, no sólo con coches, sino también con la utilización de motos. Destaca la peligrosidad de este sistema por la velocidad alcanzada que supone un riesgo para la vida de las personas que se hallan en las fronteras y para los propios ocupantes.

b. Coches con dobles fondos: se aloja a los inmigrantes en recovecos contruidos en los coches para evitar que sean vistos. El maletero, parachoques, salpicaderos, depósito de combustible y los mismos asientos son sitios adecuados para el alojamiento. Supone un grave riesgo para la vida del inmigrante (que previamente ha pagado a las mafias que le preparan el trayecto), debido a la estrechez del habitáculo, unido a las grandes temperaturas que soportan, con falta de ventilación y deshidratación. Se trata de hacer frente a ello por la Guardia Civil mediante el sistema de máquinas detectoras de latidos y perros especializados en la búsqueda de personas.

⁹⁸ RAMOS, Noelia. *El fenómeno migratorio se reinventa: del salto a la valla al coche "kamizaze"*. 10 de febrero de 2013. Disponible en: <https://www.heraldo.es/noticias/nacional/2013/02/10/el-fenomeno-migratorio-se-reinventa-del-salto-a-la-valla-al-coche-kamikaze-189487.html> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024).

c. Entrada a pie a través de los pasos fronterizos mediante un documento de identidad falso o un documento auténtico utilizado por quien no es su titular. En estos casos, se convierte además al inmigrante en autor de un delito de falsedad documental del artículo 392 del Código Penal.

2. Saltando las vallas de ambas Ciudades Autónomas: construidas en 1993, aparte de la delimitación geográfica entre España y Marruecos, supone en la actualidad un elemento disuasorio de la inmigración procedente del norte de África. En 1995 se refuerza la valla de Ceuta, mientras que en 1998 se hace lo propio con la de Melilla. Sin embargo, fue a raíz de los saltos masivos de septiembre de 2005 cuando se coloca una segunda valla y se eleva la altura de tres a seis metros (siete metros en los puntos más conflictivos), haciendo uso además de los sistemas más altamente cualificados que existían entonces, como cables de detección tridimensional en el espacio intermedio, concertinas, aspersores lacrimógenos, cámaras de vigilancia y sensores de audio, de movimiento y térmicos. Asimismo, el control de las vallas se produce desde una sala de vigilancia central siendo fundamental, no obstante, la colaboración de Marruecos, quien ejerce su labor con financiación española y de la Unión Europea. En la actualidad, el Ministerio del Interior ha procedido a la retirada de las concertinas, introduciendo, a cambio, una elevación hasta los diez metros en los puntos más conflictivos, así como la colocación de dispositivos disuasorios menos lesivos.

c. La vía marítima, que configura la llamada Ruta Occidental:

i. Cruzando el Estrecho de Gibraltar, mediante la utilización de embarcaciones a las que se le ha denominado “pateras”. Fue a final de 1980 cuando llegaron las primeras pateras a las costas españolas, siendo el 1 de noviembre de 1988 la fecha en que se produjo el primer naufragio de inmigrantes en Tarifa, en la que fallecieron dieciocho personas⁹⁹. A partir de 2005, con la intensificación de la vigilancia en el Estrecho, la presión se desplaza al Mar de Alborán y el Golfo de Cádiz.

ii. A través del Océano Atlántico, mediante cayucos desde las costas de Mauritania y el Sahara Occidental hasta las Islas Canarias. 2008 fue un punto de inflexión por la afluencia de embarcaciones ilegales desde las costas de África Occidental hasta las Islas Canarias, algo inaudito hasta entonces. Aquella situación se conoció como la crisis de los cayucos. La inmigración irregular creció permanentemente hasta el máximo marcado durante el 2006, en la mencionada *crisis de los cayucos*. En ese año 2006, llegaron 39180 personas registradas en embarcaciones, muy por encima de las 11781 personas de 2005, o los 18057 de 2007. La segunda mitad del año 2023 ha sido una etapa en la que se ha producido un repunte en esta ruta hasta Canarias, con un incremento

⁹⁹ DOÑA, Miguel. *30 años del primer naufragio en aguas del Estrecho*. 2 de noviembre de 2018. Disponible en https://cadenaser.com/emisora/2018/10/31/radio_sevilla/1540978152_052161.html (fecha de consulta: 1 de enero de 2024).

notable en el número de cayucos llegados hasta las Islas, en concreto hasta El Hierro y quizá tenga como causa la inestabilidad política de países como Senegal.

A continuación, se dispone una tabla que recoge la evolución de la inmigración irregular en España en cifras, señalándose el número de entradas a través de las costas españolas, desde el año 2005 y hasta 2023 incluido.

Tabla 5. Entradas de inmigrantes irregulares en España por vía marítima, 2005-2023

AÑO	VÍA MARÍTIMA
2005	11781
2006	39180
2007	18057
2008	13424
2009	7285
2010	3632
2011	5443
2012	3804
2013	3237
2014	4552
2015	5315
2016	8162
2017	21971
2018	57498
2019	26103
2020	40385
2021	40100
2022	28930
2023	55618

Fuente: elaboración propia. Datos obtenidos del MINISTERIO DEL INTERIOR. *Balances e Informes* (s.f.). Disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/> (fecha de consulta: 28 de abril de 2024).

Gráfico 10. Entradas irregulares en Ceuta y Melilla, 2005-2015



Fuente: MINISTERIO DEL INTERIOR. *Balances e informes 2015* (s.f.). Disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/> (fecha de consulta: 16 de enero de 2024)

Del estudio de los datos anteriores se pueden extraer las siguientes conclusiones

1. Es necesario hacer mención especial a tres años: 2006, 2018 y 2023. El primero de ellos, 2006, sobresale por la llamada “crisis de los cayucos” en las Islas Canarias, ya mentada anteriormente y que se ha vuelto a reproducir en los últimos años, en particular en 2023. Todos tenemos en la memoria las imágenes del muelle del puerto de Arguineguín (Gran Canaria), con cientos de inmigrantes hacinados esperando una solución para su situación. Escenario que se reproduce en la Isla de El Hierro en 2023, probablemente debido a la inestabilidad política y social de Senegal. Igualmente, la espectacular llegada de inmigrantes en el año 2018 se debe a la reactivación de la Ruta Occidental en su vertiente Atlántica por el mayor control existente en la Ruta del Mediterráneo Central y la mayor vigilancia habida en Ceuta y Melilla¹⁰⁰. Esto propicia que las mafias que median en los viajes de los inmigrantes cambien los itinerarios cuando los accesos por otras rutas se tornen más complicados.

2. El motivo de la crisis migratoria habida en Ceuta y Melilla en el año 2015, en comparación con los años anteriores, responde al auge generalizado de la inmigración en Europa en dicho periodo, a pesar de que la Ruta del Mediterráneo Oriental fue la más sacudida con la entrada de ciudadanos sirios, en particular, desde Turquía a través de las costas del Mar Egeo. Pero como se pone de manifiesto en el gráfico, no sólo utilizaban tal vía personas sirias que huían de la guerra, sino que Ceuta y Melilla se vieron igualmente golpeadas por las llegadas de individuos de esta nacionalidad. Así, se constata cómo de las 11624 entradas en las Ciudades Autónomas en tal año 2015, 7189 correspondían a sirios, lo que supone el 61, 84% de la totalidad. La crisis existente en Ceuta y Melilla en este año 2015 destacó, sobre todo por los intentos de saltos masivos a las vallas, en la que centenares de personas de una sola vez trataban de arribar a las dos Ciudades Autónomas españolas. De hecho, esta situación ya empezó a vislumbrarse en 2014, cuando unos 500 inmigrantes de un grupo aproximado de 1000 lograron entrar en Melilla el día 18 de marzo de ese año¹⁰¹.

3. En los últimos años (2020-2023) se observa una tendencia al alza en las llegadas de inmigrantes, con una ligera bajada en 2022. Los datos se mantienen en consonancia con las cifras europeas, lo que ha propiciado que la inmigración se convierta en un tema de carácter trascendental para los dirigentes de la UE en este último periodo, con medidas ya examinadas como la creación/modificación de cinco

¹⁰⁰ En el Gráfico 8 de esta tesis se expusieron las llegadas de inmigrantes a Europa en los años 2015 a 2023. Precisamente 2018 es el año en que mayor número de llegadas se produce en la Ruta Occidental, en comparación con el resto de los años incluidos, lo que explica también las elevadas cifras españolas.

¹⁰¹ RAMOS, Toñy. *Unos 500 inmigrantes entran en Melilla en el mayor salto de la frontera*. 18 de marzo de 2014. Disponible en: https://elpais.com/politica/2014/03/18/actualidad/1395129173_038641.html (fecha de consulta: 2 de enero de 2024).

Reglamentos para una mejor redistribución entre los Estados miembro de peticiones de asilo y reubicación de inmigrantes.

4. Por último, el incentivo de los últimos años para los inmigrantes a fin de utilizar la Ruta Occidental a través de Marruecos, parece ser el resultado de varios elementos, según GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: “el anuncio reciente de la reimplantación del servicio militar obligatorio en tal país, la fuerte sequía de 2017, la represión de las protestas en la zona del Rif y la creciente frustración de las expectativas de la juventud. Por otra parte, el hecho de que gran parte de la inmigración irregular llegada por mar proceda de Marruecos y Argelia facilita la gestión de España gracias a los acuerdos de devolución con ambos países (aunque no siempre funcionen perfectamente). No ocurre lo mismo con los que proceden de países subsaharianos”¹⁰².

2. Mafias en Europa

Una de las mayores preocupaciones que comprometen a los dirigentes de la Unión Europea en la lucha contra el tráfico de inmigrantes es la relacionada con la existencia de redes o mafias criminales que se lucran con la ayuda que prestan al inmigrante para conseguir su objetivo, que no es otro que llegar a Europa huyendo así de sus propios países. Tal es la importancia actual de estos intermediarios en el viaje del inmigrante, que como veremos más adelante, se ha procedido al agravamiento de la pena en la legislación española en caso de que la ayuda a la entrada o permanencia de la persona no nacional del Estado miembro se produzca “en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades” con pena incluso mayor que la anterior en caso de que se trate de los “jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones”¹⁰³.

De acuerdo con las investigaciones efectuadas por Frontex (Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas) así como la información aportada por Interpol (Organización Internacional de Policía Criminal), se puede llegar a la conclusión de que las mafias operan en las tres rutas de entrada a Europa mencionadas en el apartado anterior, con especial insistencia en la Oriental y la Central, esto es, a través de Turquía y a través de Libia¹⁰⁴.

¹⁰² GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen. “Inmigración en España: una nueva fase de llegadas”. *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 28, 2019, págs. 7 y 8. Disponible en: <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/ari28-2019-gonzalez-enriquez-inmigracion-espana-nueva-fase-llegadas.pdf> (fecha de consulta: 11 de enero de 2024).

¹⁰³ Así dispone el artículo 318 bis CP, apartado 3a), que será posteriormente analizado en profundidad.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Informe ... cit.* (2020), págs. 72 y 73. Se señala que “las importantes rutas de tráfico de migrantes desde, hacia y dentro de África del Norte están cada vez más concentradas en manos de unas pocas redes de la delincuencia organizada. Ayudados por traficantes, los migrantes de países como los del África Subsahariana se embarcan con frecuencia en viajes muy peligrosos hacia África del Norte, que incluyen el cruce del desierto del Sahara. Una de las principales rutas de tráfico de migrantes lleva de Somalia, el Sudán y Etiopía a Egipto e Israel. Pero, ante el deterioro de las condiciones socioeconómicas en Egipto, en los últimos años los traficantes han recurrido cada vez más a países como Libia, que antes de 2011 era un importante destino de trabajadores migrantes y más recientemente se ha convertido en un gran nodo d que intentan llegar a Europa por la ruta del Mediterráneo central. La subregión sigue teniendo graves problemas de violaciones de los derechos humanos y falta de protección;

Concluye la agencia mencionada que, la primera de esas redes de tráfico de inmigrantes, la turca, actúa mediante el reclutamiento de los inmigrantes en las ciudades, dirigiéndolos después a los diferentes puntos de partida, en los que se organiza la forma de transporte hacia la costa. Estas redes de tráfico de personas suelen tratar con inmigrantes de la misma nacionalidad que los interlocutores de las propias mafias. Y además, promocionan sus servicios mediante la utilización de las redes sociales, al modo de una agencia de viajes. A través de las mismas, ofrecen distintos productos a diferentes precios. Así, por ejemplo, la oferta consta de plazas en lanchas, estas mismas lanchas, pero más grandes o incluso billetes de avión. Igualmente, las organizaciones proporcionan a los inmigrantes documentos falsos (documentos de identidad, pasaportes) que facilitan que el inmigrante pueda hacer uso normal de un medio de transporte (avión o barco), aunque lo usual es que las mafias empaqueten a los inmigrantes en botes pequeños para cruzar el Mar Egeo y de esta forma poder llegar desde Turquía a las islas griegas. No obstante, a pesar de que el viaje es corto, resulta especialmente peligroso ya que dichas lanchas pueden hundirse antes de llegar a la orilla.

Respecto a la ruta central, cabe destacar el uso que de ellas hacen las mafias asentadas en África con el fin de que el inmigrante llegue a Europa a través de la costa italiana. Asimismo, dentro de África hay diferentes itinerarios en función del lugar de procedencia de los inmigrantes: el primero de ellos, el conocido como Sudán-Libia, es aquél empleado por los inmigrantes que proceden de los países del llamado cuerno de África, como Somalia, Eritrea o Etiopía; el segundo de ellos, el conocido como Níger-Libia, es aquél empleado por los inmigrantes que proceden de países como Nigeria, Mali, Ghana, o Costa de Marfil entre otros.

En la primera de las rutas mencionadas (Sudán-Libia), los inmigrantes pagan un precio elevado a grupos criminales que les facilitan el viaje completo desde Sudán. De esta forma, su capital Khartoum, es el punto estratégico a donde llegan los inmigrantes de los países arriba enumerados y desde donde parten hasta Libia, en los que serán embarcados en lanchas o pateras hasta alcanzar la costa de Italia. Cabe destacar el papel que en este recorrido juegan mercenarios sudaneses que se dedican al tráfico ilegal de personas desde el Sahel hasta Europa.

En la segunda (Níger-Libia) los inmigrantes subsaharianos hacen el pago en función de las etapas que van recorriendo para una vez llegados a Libia, embarcarse igualmente para cruzar el Mediterráneo. El centro operativo de las mafias en Níger es Agadez, a donde llegan los inmigrantes de países como Mali, Ghana o Costa de Marfil.

Además de las organizaciones mencionadas, existen otros grupos criminales especializados sólo en determinados tramos del recorrido total del inmigrante: mafias dedicadas exclusivamente a cruzar a la persona por el Mar Mediterráneo y otras asentadas ya en Europa que les facilitan el viaje desde dentro del continente al país final de destino del inmigrante.

muchos migrantes en tránsito están expuestos a la violencia sexual y de género, el trabajo forzoso, las detenciones arbitrarias, la extorsión, la explotación y otros abusos. Esto es especialmente marcado en Libia, donde el tráfico de migrantes se convierte con frecuencia en trata de personas. En 2018, la OIM ayudó a más de 16.000 migrantes a regresar a sus países después de haber sido detenidos o dejados abandonados en Libia, a veces por los traficantes o tratantes. El prolongado conflicto civil de Libia ha creado un clima de anarquía, además de debilitar considerablemente las instituciones del país y paralizar su economía”.

Es necesario destacar el peligro que implica la totalidad del recorrido efectuado por el inmigrante por los siguientes motivos:

a. En primer lugar, peligro a través de África, puesto que cruzan el desierto en la parte trasera de camiones que van a gran velocidad, lo que acarrea duras caídas desde los mismos que suponen, en muchas ocasiones, la muerte del inmigrante. Además, en sus rutas los inmigrantes son golpeados, torturados y amenazados. Incluso son secuestrados con el fin de que paguen su propio rescate o son obligados a trabajar como esclavos para pagar su viaje. Una vez en Libia, las mafias trabajan con milicias locales que frecuentemente secuestran y violan a las mujeres.

b. En segundo lugar, peligro en el Mar Mediterráneo, ya que las mafias fuerzan a los inmigrantes a subirse en lanchas hacinadas a punta de pistola. Muchos inmigrantes mueren porque sus botes vuelcan, o bien porque se sofocan bajo la cubierta o se asfixian en aquellos casos en los que la ubicación del inmigrante se sitúa cerca del motor, donde no hay circulación de aire. El precio por cruzar el mar varía entre 800 y 2000 euros por persona. Según los datos existentes, en 2015 las mafias ganaron 4 billones de euros que destinan en la mayoría de los casos a sufragar otras actividades ilegales como el tráfico de drogas o armamento.

Con relación a las tarifas, éstas vienen determinadas por la distancia del trayecto, el número de cruces fronterizos, las condiciones geográficas, los medios de transporte empleados, el uso de documentos de identidad o de viaje falsos o fraudulentos, el riesgo valorado de detección... Las tarifas no son fijas, y puede cambiar de acuerdo con los perfiles de los migrantes. Por ejemplo, a los ciudadanos sirios a menudo les cobraron más que a otros muchos migrantes por tráfico a lo largo de las rutas del Mediterráneo (un cargo adicional que puede o puede no conducir a un viaje más seguro o cómodo)¹⁰⁵.

3. Especial problemática de los MENA

El punto de partida en este análisis es el concepto de Menor de Edad No Acompañado, ya proporcionado en el apartado primero de este capítulo y que de conformidad con la Convención se definía como “el menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; se incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros”. No obstante, ha de apuntarse que los datos obrantes sobre los MENA incluyen también otras franjas de edad cercanas a los dieciocho años, por lo que a menudo se habla de una “migración juvenil” en las estadísticas aportadas¹⁰⁶.

¹⁰⁵ En línea con este epígrafe, traducción propia efectuada del vídeo de FRONTEx. *Profiting from misery-how smugglers bring people to Europe*. Disponible en <https://frontex.europa.eu/media-centre/multimedia/videos/profitting-from-misery-how-smugglers-bring-people-to-europe-qlvPXH> 13.04.17. (fecha de consulta: 2 de enero de 2024).

¹⁰⁶ En estos términos, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Informe...cit.* (2020), pág. 249.

3.1 Causas

Las causas de los movimientos migratorios de los menores de edad no difieren especialmente de las causas ya analizadas que suponen los desplazamientos de personas mayores de edad. De este modo, los conflictos políticos, persecuciones o guerras de sus países de origen, la búsqueda de oportunidades en el país de destino, o los desastres medioambientales, entre otros, son también el origen de la emigración de los MENA.

Las particularidades distintivas de la migración de un menor de edad devienen de los propios límites legales impuestos a este grupo de edad con relación a sus derechos y obligaciones como persona. De esta forma, en condiciones normales en cualquier país desarrollado, un menor de edad goza de una protección específica ampliada, precisamente para que tales derechos no se vean vulnerados. Derivado de lo anterior y en el tema que nos ocupa, no se les permite viajar sin la compañía o autorización de su representante legal, por lo que se puede hacer una clasificación de los motivos migratorios de los menores de edad que se correspondería con la siguiente¹⁰⁷:

a. Solo/acompañado: en función de si la salida de su país se produce de forma individual o colectiva junto con su familia. No obstante, las circunstancias de partida de su país de procedencia pueden provocar que, si bien lo inicie en compañía de algún miembro de su familia, lo finalice solo. Esto se debe a que, bien cuando alcance el país de destino, bien durante alguna de las etapas que configuran su travesía pueda quedar solo como consecuencia de las vicisitudes habidas durante el desplazamiento.

b. Migración autorizada/no autorizada (por un visado u otra disposición legal): es ésta una clasificación hecha desde el punto de vista del país de destino y en virtud de la normativa que regule la situación de los menores de edad. En principio, toda llegada de un niño solo a un determinado país será una entrada irregular, habida cuenta de que no existirá una situación de base de regularidad (como pueda ser un permiso de trabajo) que justifique tal llegada. En este sentido, el niño se hallará en una situación irregular y, por tanto, no autorizada en el lugar de destino, si bien puede modificarse cuando se regularice la estadia del niño indocumentado, pasando a tener una situación legal.

c. Migración consentida/no consentida (familiarmente): en función de si el niño está migrando por decisión familiar o sin el conocimiento o apoyo de la familia. Muchos migrantes de países en que se asumen las responsabilidades del adulto a una edad temprana toman sus propias decisiones en relación con las salidas de sus respectivos países.

d. Migración “repentina” para huir de un concreto escenario: un matrimonio, maltrato infantil, reclutamiento militar o para alguna otra organización, etc.

¹⁰⁷ Clasificación hecha en línea con la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Informe...cit.* (2020), págs. 251-253.

e. Migración en función del género (masculino o femenino): Por ejemplo, en el caso de las niñas, muchas migran con fines de explotación sexual y trata de seres humanos en el país de destino. Es muestra de ello el supuesto de niñas nigerianas. Asimismo, también en otros países los varones tienen autonomía suficiente como para tomar sus propias decisiones en su minoría de edad, sin la necesidad de contar con el consentimiento familiar. Paradigma de ello, es el caso de los niños afganos o eritreos.

3.2 *Medidas en Europa*

La especial vulnerabilidad de los menores de edad no acompañados que arriban a los países europeos ha llevado a la Unión Europea a tratar de garantizar y blindar la protección otorgada a los mismos a través de sus organismos, instituciones, así como por los Estados miembro que la componen. Siempre ha existido una preocupación máxima con respecto a este tema, habida cuenta del riesgo para ellos de abuso y explotación, la imposibilidad en numerosos casos del acceso a la educación y la asistencia sanitaria, así como la fragilidad a causa de la separación de la familia. Producto de esa preocupación son las medidas que han tratado de implementarse.

En esta línea, destacó la actuación conocida como Plan de Acción de la Unión Europea sobre los Menores de Edad No acompañados (2010-2014) en el que la Comisión Europea incluía una serie de programas de prevención, protección en terceros países, garantías procesales en la Unión Europea y búsqueda de soluciones duraderas, tales como el retorno y reintegración en el país de origen en los casos en los que la situación lo permitiese o la creación de estatutos jurídicos de protección internacional e integración de los menores acompañados en los supuestos de imposibilidad de retorno del menor¹⁰⁸.

Más adelante, concretamente en el año 2017 se aprobó en abril por la Comisión la “Comunicación sobre la protección de los menores migrantes”, en que articuló un programa completo de medidas protectoras de los niños migrantes en todas las etapas de su migración. No obstante, la evaluación hoy en día de dicho programa no ha sido especialmente positiva puesto que las respuestas otorgadas por los Estados miembro de la Unión Europea en lo relativo a sus obligaciones de protección de menores no ha sido eficaz¹⁰⁹.

Más recientemente es reseñable el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa” aprobado en el pleno del 18 de septiembre de 2020 y que recoge una serie de recomendaciones y observaciones

¹⁰⁸ En tal línea, COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)* (s.f.). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0213:FIN:es:PDF> (fecha de consulta: 30 de abril de 2024).

¹⁰⁹ En este sentido, COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Protección de los menores migrantes* (s.f.). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0211> (fecha de consulta: 30 de abril de 2024).

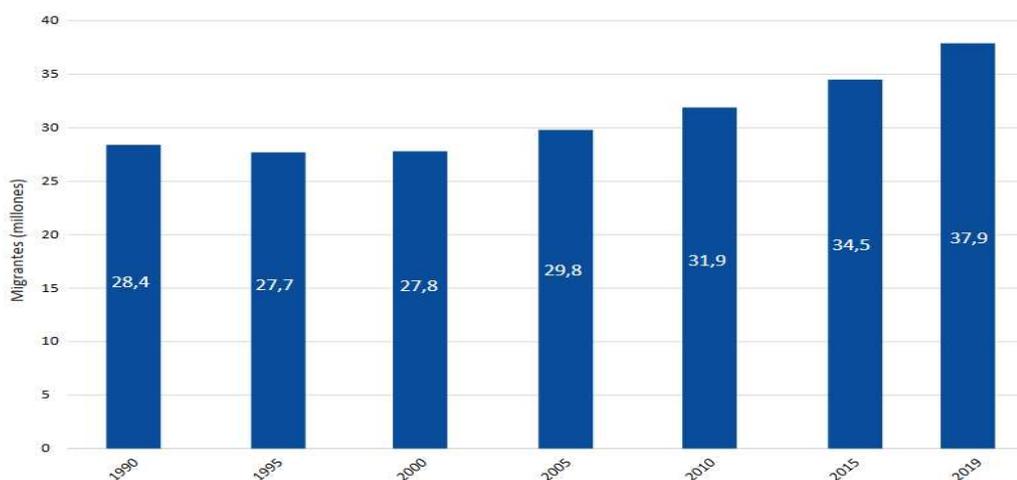
generales y específicas dirigidas a la Unión Europea a fin de actuar de forma adecuada y con prontitud en la protección de los menores de edad no acompañados.

Por último, hay que destacar el papel fundamental desempeñado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como garante último en el amparo a los menores de edad. De este modo, ha prohibido la colocación de menores solicitantes de asilo (incluidos los acompañados por los padres) en entornos de recepción que puedan generar “una situación de estrés y ansiedad, con consecuencias particularmente traumáticas”, lo que ocurre con enorme frecuencia, sobre todo en Europa Meridional; ha fallado en contra de la detención de menores migrantes, incluso por períodos breves, cuando deberían haberse considerado otras opciones y estrategias menos restrictivas, o cuando las condiciones de detención infligidas a los niños, por la duración de la custodia o por las condiciones dentro de la institución, equivalían a un trato inhumano o degradante; y aunque de forma limitada, ha impedido expulsiones familiares que habrían tenido consecuencias profundas en el cuidado o el bienestar de los niños¹¹⁰.

3.3 Datos en Europa

Se incluyen, seguidamente, dos gráficos que muestran las cifras totales de migrantes menores de veinte años y el porcentaje respecto a la totalidad de los migrantes.

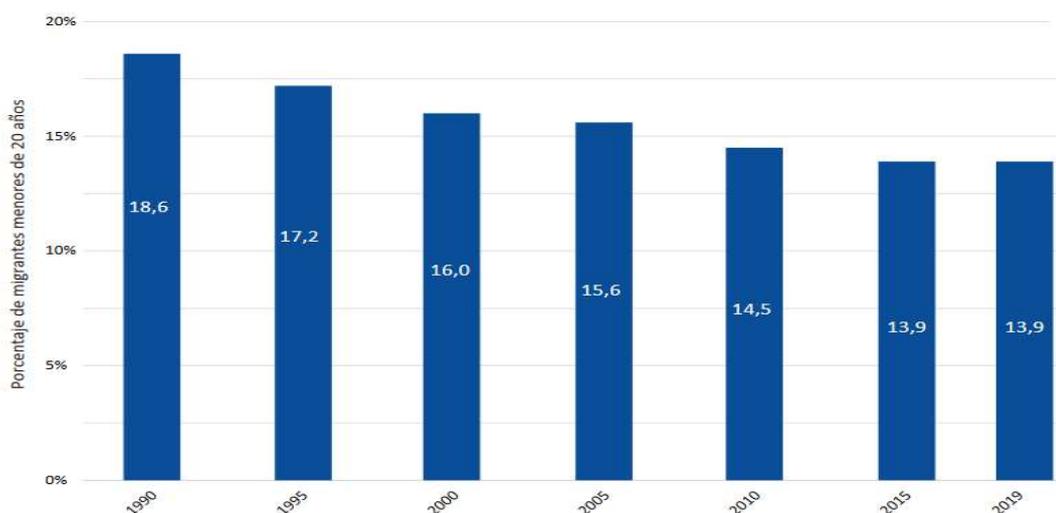
Gráfico II. Total mundial de migrantes menores de 20 años



Fuente: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Informe...cit.* (2020), pág. 255.

¹¹⁰ En la línea de este epígrafe 3.2, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Informe...cit.* (2020), págs. 249-253.

Gráfico 12. Porcentaje mundial de menores migrantes de 20 años



Fuente: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Informe...* cit. (2020), pág. 255.

Del análisis de los gráficos se desprende cómo, en un periodo de treinta años (desde 1990 a 2019), el número de inmigrantes menores de edad se ha incrementado en casi diez millones, aunque en términos porcentuales respecto a la población total del mundo, ha disminuido un 4.5 %. Estos datos están en consonancia con los ya analizados respecto a la evolución global de la inmigración, en términos que afectan tanto a personas mayores como menores de edad. En el año 2019, fecha del último dato disponible, un 14 % del total de la población migrante en el mundo era menor de edad. Se observa una evolución al alza en los últimos años que viene a corroborar la tendencia imparable del fenómeno migratorio en los últimos tiempos.

3.4 Datos en España

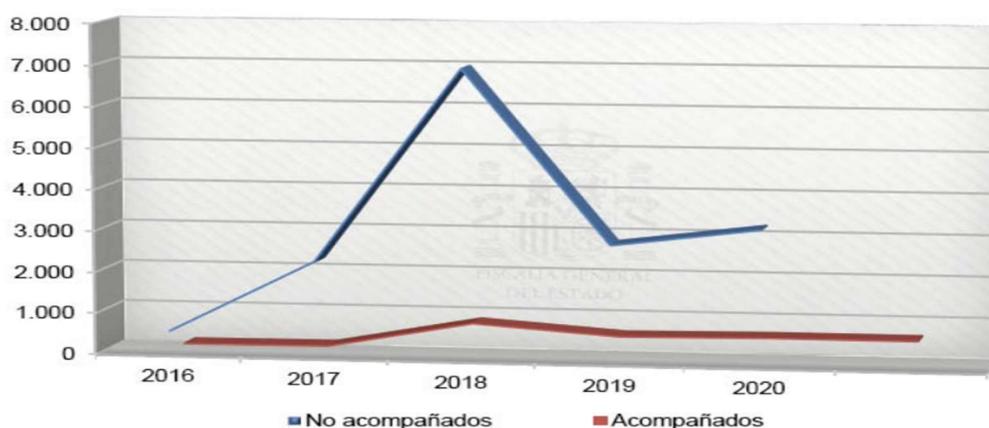
Los datos disponibles en nuestro país respecto a la llegada de menores inmigrantes se refieren a las llegadas en pateras desde el año 2014 en adelante y hasta 2022, el último disponible. Se incluye a continuación una tabla en cifras y un gráfico que demuestra dicha evolución:

Tabla 6. Número de menores inmigrantes llegados a España, 2014-2022

AÑO	NO ACOMPAÑADOS	ACOMPAÑADOS
2014	223	146
2015	414	59
2016	588	107
2017	2345	126
2018	7026	755
2019	2873	509
2020	3307	550
2021	3048	986
2022	2375	741

Fuente: elaboración propia

Gráfico 13. Menores extranjeros llegados en patera a España, 2016-2020



Fuente: FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. MINISTERIO DE JUSTICIA. Memoria... cit. (2022), pág. 870.

Del análisis de ambos gráficos se puede extraer el fuerte incremento en la población menor de edad migrante llegada a España en el año 2017 respecto a 2016 y en el 2018 respecto a 2017, con una estabilización en la cifra aproximada de 3000 hasta el año 2021. Si bien se ha mantenido una evolución al alza en dichos datos desde el año 2014, los incrementos de 2017 y 2018 son particularmente significativos. Hay que poner este hecho en relación con la tabla 3 ya examinada en este capítulo en el que en el año 2017 arribaron a las costas un total de 22103 personas (cuando en el año 2016 lo hicieron 8162 migrantes) y la espectacular cifra del año

2018 (57498 llegadas por vía marítima). De esta manera, puede afirmarse que la cifra de 7778 menores acompañados y no acompañados que en dicho año 2018 llegaron a España es paralela a la cifra de mayores, lo que lleva a la misma explicación utilizada para estos últimos, es decir, que en 2018 se reactivó la Ruta Occidental en detrimento de las Rutas Oriental y Central, con el consecuente incremento en tal vía.

Igualmente, según manifiesta la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2022, el 95.36 % (2265) de los menores no acompañados son niños y el 4.63 % restante (110) niñas. En lo que se refiere al país de procedencia, mayoritariamente son originarios de Marruecos (1235 = 52 %) seguidos de argelinos (402=16.92 %), guineanos (216 = 9'09 %) y senegalenses (126= 5.3%)¹¹¹.

En el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, a fecha de 31 de diciembre 2022 figuraban inscritos un total de 11417 menores bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección. De ellos 9514 son niños y 1903 niñas, apreciándose un incremento respecto a los años anteriores.¹¹²A título de ejemplo y en cuanto a la tutela por Comunidades Autónomas en el año 2021, Canarias acogía a 2399 menores; Andalucía a 1980; 1192 Cataluña y 921 Ceuta¹¹³.

Por último, resulta importante establecer las pruebas practicadas para la determinación de la edad. Así, “durante el año 2022 se han incoado un total de 4.805 diligencias preprocesales de determinación de la edad lo que supone una disminución frente a las 6.677 tramitadas durante el 2021 (art. 35 LOEX). De ellas, 1.264 han resultado ser mayores, 2.163 eran menores o existían posibilidades de que lo fueran y 1.378 han concluido sin determinación de la edad por abandono de los centros antes de poder practicarse diligencias”¹¹⁴.

¹¹¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz*. Madrid, 2023, pág. 733. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf (fecha de consulta: 1 de mayo de 2024).

¹¹² *Ibidem*, págs. 733-734.

¹¹³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO MINISTERIO DE JUSTICIA. *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz*, Madrid, 2022, pág. 728. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/0/MEMFIS22+%281%29.pdf/6573e7b3-f1e6-d3e6-2b0b-f07123e41c0a?t=1662544190402> (fecha de consulta: 1 de mayo de 2024).

¹¹⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Memoria...cit.* (2023), pág. 734.

CAPÍTULO SEGUNDO

**GENÉISIS DE LA LO 4/2000, DE 11 DE ENERO, DE DERECHOS Y LIBERTADES DE
LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL Y SUS
REFORMAS. ESTADÍSTICA JUDICIAL.**

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Con carácter previo a la etapa democrática abierta en nuestro país en 1975, culminada con la Constitución de 1978, existió un atisbo de preocupación por los ciudadanos extranjeros en España, habida cuenta de que ya durante el Reinado de Isabel II se promulgó el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, conocido como el Real Decreto de Extranjería, cuya Exposición de Motivos se inicia de la forma que sigue: “entre las reformas o aclaraciones que requiere el estado de nuestra legislación, pocas habrá tan convenientes y aun tan perentorias como las que comprendan nuestras leyes sobre extranjeros”. Dicho Real Decreto constaba de cuatro capítulos, a saber: “Capítulo I de los extranjeros y su clasificación en España; Capítulo II de las disposiciones que han de observarse para el ingreso y residencia en España e los extranjeros; Capítulo III De la condición civil de los extranjeros domiciliados y transeúntes, sus derechos y obligaciones; Capítulo IV De los buques extranjeros”¹¹⁵. Como puede observarse, aspectos tales como las condiciones de estancia en España o los derechos y obligaciones de los extranjeros - que se reproducirán en las futuras leyes de extranjería- ya son incluidas en este Real Decreto de mitad del siglo XIX, en un contexto histórico en el cual los extranjeros eran ajenos al derecho interno de cada Estado, que se destinaba en exclusiva a regular las relaciones jurídicas de sus nacionales¹¹⁶.

Con posterioridad, hasta llegar a la Ley 7/1985, de 1 de julio, primera Ley Orgánica de derechos y libertades de extranjeros en España en la incipiente democracia, se aprecia en esos siguientes cien años una regulación heterogénea e inconcreta en la materia, por lo que puede hablarse de “un importante grado de inseguridad jurídica, no sólo por la dispersión normativa y por la descoordinación entre las diferentes normas, sino también por el elevado número de Circulares e Instrucciones del Gobierno que, por no publicarse en los diarios oficiales, resultaban en muchos casos desconocidas”¹¹⁷. Y producto de tal dispersión normativa, que redundaba en la ausencia de una regla única a la que acogerse, es el hecho de que previo a la Ley 7/1985, de 1 de julio y al comienzo de la etapa democrática en España, siguió aplicándose el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España. Tal y como manifiesta SOLANES CORELLA, “la subsistencia de normas y prácticas propias del anterior régimen obligó a que los tribunales actuaran como garantes de los derechos de los extranjeros. La jurisprudencia consiguió amortiguar la aplicación de la normativa preconstitucional incidiendo en la aplicación de principios como el de legalidad y tipicidad, así como la protección frente a la arbitrariedad”¹¹⁸. Y esto es así porque, según manifiesta la autora “a pesar del desfase existente entre el Decreto

¹¹⁵ El Real Decreto de Extranjería se publicó en la GACETA DE MADRID el jueves 25 de noviembre de 1852. Nº 6730.

¹¹⁶ En dicho sentido se pronuncia FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael. *La nueva ley de extranjería. Una visión crítica general*. Centro de Estudios Jurídicos, 2001, pág. 286. Disponible en <https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/2118> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2024).

Establece que “en la antigüedad los extranjeros eran considerados como extraños al orden jurídico interno, estando excluidos de toda participación en la vida pública y sin tener reconocidos derechos subjetivos privados”.

¹¹⁷ VIDAL FUEYO, Camino. “La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 62, 2001, pág. 180.

¹¹⁸ SOLANES CORELLA, Ángeles. “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 90, 2010, pág. 78.

522/1974 y la Constitución, el primero estuvo formalmente en vigor hasta 1985”¹¹⁹. Por consiguiente, son los tribunales los que tienen que subsanar la falta de atino del legislador de los siglos XIX y XX.

Antes de la Ley 7/1985, de 1 de julio, hubo ya un intento de Ley Orgánica. Concretamente, el Proyecto de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España de 1981, no completado por disolución de las Cámaras en julio de 1982. Como declara VIDAL FUEYO, “aunque existe una gran similitud entre este primer Proyecto con la que sería la redacción final de la Ley 7/1985, se puede decir que el Proyecto de 1981 resultaba menos conflictivo y más conforme con la Constitución en cuestiones tan importantes como el internamiento de extranjeros sujetos a un procedimiento de expulsión, o la suspensión, en caso de interposición de recurso, de la ejecución de resoluciones expulsión”¹²⁰.

No obstante, el punto de partida de la primera regulación sobre extranjería se visualiza en la propia Constitución de 1978. Así lo recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 7/1985, de 1 de julio, al sostener que el germen de dicha norma es el artículo 13 de la entonces joven Constitución vigente, que establece que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su Título I, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”. Producto del mencionado artículo 13 de la Constitución son las interpretaciones constitucionales que del mismo se efectúan por el Tribunal Constitucional. Téngase en cuenta que, con la primera frase del precepto, el constituyente parece extender sin limitación el conjunto de derechos y libertades públicas a todos los extranjeros, para matizar con el siguiente enunciado que, tal reconocimiento se acondicionará a lo que así dispongan los Tratados y la Ley, es decir, a los ajustes legales que se produzcan tanto por el Derecho interno como por el Derecho internacional. En este sentido, cabe destacar dos sentencias fundamentales para el reconocimiento de derechos de los extranjeros en España con carácter anterior a la primera norma reguladora de éstos, es decir, la Ley 7/1985, de 1 de julio, y que son la STC 11/1983, de 21 de febrero y 107/1984, de 23 de noviembre. Respecto a la primera, tal y como destaca VIDAL FUEYO, “el Tribunal no hace ningún comentario general en relación con el régimen jurídico-constitucional de los no nacionales. Tampoco se refiere en ningún momento al art. 13.1 CE, ni a los posibles tratados internacionales que pudieran tener relación con la cuestión objeto del recurso, sino que se limita a resolver el fondo del asunto partiendo de la consideración de que los derechos recogidos en el art. 24 CE se atribuyen a <<todos>>”¹²¹.

La segunda de ellas atañe más a la forma en que se garantizarán esos derechos, acudiendo tanto al derecho interno como al internacional, es decir, “se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley”¹²². Igualmente, esta última

¹¹⁹ MOYA MALAPEIRA, David. “Capítulo 2. La evolución del sistema de control migratorio de entrada en España”. *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1895-2005)*. Aja Fernández-Arango Vila Belda (Eds.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, pág. 53.

¹²⁰ VIDAL FUEYO, Camino. *La nueva Ley de Extranjería...* cit., pág. 179 (nota a pie de página nº 2)

¹²¹ *Ibidem*, pág. 187.

¹²² STC 107/1984, de 23 de noviembre.

sentencia recoge, como manifiesta SOLANES CORELLA “la denominada por la doctrina teoría tripartita de los derechos reconduciéndolos a tres grupos, en función del derecho afectado. De tal modo, podemos distinguir: derechos que por su relación directa con la dignidad de la persona corresponden a todos por igual; derechos que, no estando vinculados directamente con la dignidad de la persona, son objeto de modulación por la ley; derechos de los que no son titulares los extranjeros”¹²³. Y añade la autora que “uno de los principales inconvenientes de la aplicación práctica de esta teoría tripartita, es su carácter marcadamente ambiguo. De la Constitución no puede extraerse directamente el catálogo a incluir en cada uno de los grupos, sino que debe desprenderse de la interpretación sistemática y progresiva que se haga acudiendo a la jurisprudencia constitucional”¹²⁴. Precisamente, la propia STC 107/1984, de 23 de noviembre, recoge alguno de tales derechos. A título de ejemplo, dentro del primer grupo incluye el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, libertad ideológica, tutela judicial efectiva o a la educación no obligatoria. Otros derechos, sin embargo, son aunados por la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional. De esta forma, como derechos objeto de modulación por la ley pueden reseñarse la libertad de residencia y circulación o el derecho al trabajo y finalmente, dentro de la última categoría -derechos de los que no son titulares los extranjeros- se concretan derechos como el de sufragio del artículo 13.2 CE, con reserva de ley específica para las elecciones municipales y el derecho de participación y acceso a la función pública del artículo 23 CE.

En consecuencia, a base de intentos legislativos no fructíferos, interpretaciones constitucionales y las mencionadas Circulares e Instrucciones gubernamentales se fueron solventando las lagunas que en esta materia existían en España, hasta la promulgación definitiva de la LO 7/1985, de 1 de julio.

Esta norma fue desarrollada con posterioridad por el RD 1119/1986, de 26 de mayo y se crea con un gobierno del PSOE, como requisito indispensable para la entrada de España en la entonces Comunidad Económica, que se hace efectiva el 1 de enero de 1986. Es una ley formada por 36 artículos, dos Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias y dos Disposiciones Finales. El contexto en el que se aprueba supone que no exista aún en España una cultura de la permanencia del extranjero en nuestro país, como sí se producirá en los años venideros, sino que la estancia de los foráneos se fundamenta en la temporalidad, con estadias breves para retornar al país de origen. No es necesario, todavía, una política de integración que se plasme en un estatuto jurídico propio para los extranjeros¹²⁵.

Destaca de esta LO, el reconocimiento a los extranjeros de los derechos de reunión, asociación, educación, libertad de enseñanza y sindicación en los que van a ser los primeros artículos de la ley y que conforman la base de lo que será la futura Ley de Extranjería promulgada en el año 2000. Igualmente, se puede considerar la primera norma española que adopta entre sus preceptos los conceptos de entrada, expulsión y devolución. Así, para la entrada

¹²³ SOLANES CORELLA, Ángeles. *Un balance tras 25 años...* cit., pág. 78.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Así lo manifiesta RELAÑO PASTOR, Eugenia. “Los continuos cambios de la política de inmigración en España”. *Revista Migraciones Internacionales*, vol. 2, nº3, 2004, pág. 111 al establecer que “(...) la inmigración desde países no comunitarios se abordaba como un fenómeno temporal, se limitaba el tiempo de estancia de los inmigrantes a periodos cortos, con carácter funcional y no se garantizaba el derecho de permanencia definitiva en nuestro territorio”.

de inmigrantes se exigió el visado en el país de origen, que junto a la supervisión de documentación en los puestos fronterizos constituían las dos principales exigencias a tener en cuenta para el acceso del inmigrante a nuestro país, previéndose igualmente, los rechazos en frontera. El desarrollo reglamentario de la ley mediante el RD 1119/1986, de 26 de mayo, añadió el control por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la documentación personal del extranjero, así como un régimen de infracciones y sanciones muy amplio que contemplaba medidas que se extendían desde la devolución hasta la expulsión¹²⁶. Es decir, se aprecia que una de las pretensiones principales a las que se aspira con la ley y su reglamento de desarrollo es la consecución de la regularidad de la situación del extranjero en España, con independencia de la duración de la estancia¹²⁷.

Precisamente es la residencia efectiva del extranjero en España uno de los rasgos característicos a los que se vinculaba el reconocimiento de determinados derechos, como, por ejemplo, el derecho de asociación o reunión. Y ello fue precisamente lo que motivó la interposición por el Defensor del Pueblo de un recurso de inconstitucionalidad frente a la ley, que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio, -que declara nulos, entre otros los artículos 7 y 8.2- resolución pionera con la que puede entenderse iniciado el reconocimiento constitucional de los derechos de los extranjeros sin ningún tipo de restricción. Pone énfasis dicha sentencia en la supresión de tales reservas en los indicados derechos de reunión y asociación y añade también la previsión de un plazo máximo de cuarenta días de internamiento previo a la expulsión, controlado en todo caso por el juez. Como veremos con posterioridad en otros epígrafes de este capítulo, el camino que el Tribunal Constitucional comenzó con la sentencia reseñada se repetirá con otras que vienen a reproducir lo ya manifestado en ésta y que serán de suma trascendencia para que se proceda a futuras reformas de la Ley de Extranjería en el sentido ya visto de la creación de un auténtico estatuto de derechos de los extranjeros sin ninguna limitación.

En 1996, se aprueba el RD 155/1996, de 2 de febrero que derogó el RD 1119/1986, de 26 de mayo. En esos diez años previos se suceden diversos acontecimientos que desembocan en este nuevo reglamento de ejecución. Así, se comienza a vislumbrar un incremento del volumen de ciudadanos extranjeros residentes en España, circunstancia que, entre otras, ya se advierte en el “informe sobre situación de los extranjeros en España: líneas básicas de la política española de extranjería” que el Gobierno envió al Congreso de los Diputados en 1990 y con el que se inició el camino que desembocó en el nuevo Reglamento de 1996. Entre las novedades de este reglamento destaca la graduación en el régimen sancionador que da lugar a una clasificación de infracciones y sanciones en muy graves, graves y leves; un nuevo sistema de visados y regulación de los permisos de trabajo; creación de un contingente de mano de obra; un nuevo sistema de control de entradas de extranjeros -se suaviza el control en la

¹²⁶ En esta línea, SOLANES, Ángeles. *Un balance tras 25 años...* cit., pág. 79.

¹²⁷ En dichos términos, el propio apartado tercero de la Exposición de Motivos del RD 119/1986, de 26 de mayo, establece que “los preceptos del Reglamento se dirigen principalmente a garantizar la regularidad de la presencia de los extranjeros en España, ordenando el proceso de entrada, permanencia, trabajo y establecimiento, toda vez que dicha regularidad constituye la base esencial que permite el ejercicio normal, por parte de los extranjeros, de los derechos y libertades que tienen reconocidos”.

documentación del inmigrante a la hora de entrar en nuestro país- y de permisos de residencia, entre otros.

Sin embargo, el RD 155/1996, de 2 de febrero, pronto se queda corto, dado que es precisamente a mediados de los años noventa cuando el aumento de la inmigración en España es más evidente, achacándose tal incremento a varios factores: en primer lugar, por las políticas restrictivas que se adoptan en otros Estados miembros de la Unión Europea, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país; en segundo, porque determinados sectores económicos son proclives a la inserción laboral del inmigrante, como por ejemplo la construcción o la agricultura. En consecuencia, es este clima de subida en los flujos migratorios y otras circunstancias concurrentes, las que propician el fin del periodo marcado por esta Ley de Extranjería y el inicio de la nueva, que será objeto de estudio en el siguiente epígrafe. A modo de ejemplo, un nuevo informe de junio de 1998 -Informe de la Comisión de Política Social y ocupación del Congreso sobre la situación de los españoles que viven fuera y de los inmigrantes y refugiados que han llegado a España” evidencian el deseo del Congreso de los Diputados por la modificación de la LO 7/1985, de 1 de julio, que culminará con la aprobación de la vigente Ley de Extranjería, LO 4/2000, de 11 de enero.

II. LO 4/2000, DE 11 DE ENERO, DE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

1. La LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Esta ley tiene la entrada en vigor el 1 de febrero del año 2000. Su creación está marcada por las Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo que se celebró en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999. Como ya analizamos en el Capítulo I de esta tesis doctoral, en dichas Conclusiones se adopta en su punto A (Una política de asilo y migración común de la Unión Europea) cuatro objetivos a desarrollar por la Unión Europea: *la colaboración con los países de origen; un sistema europeo común de asilo; el trato justo de los nacionales de terceros países con derechos y obligaciones equiparables a los ciudadanos europeos, fomentando asimismo, la eliminación de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia; y la gestión de los flujos migratorios.* Se trata, en definitiva, de superar la concepción que entonces se tenía del extranjero en relación con el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, cuyo objeto era regular materias en las que éste se veía involucrado, como el trabajo o la seguridad, en la línea que establece CANO BUESO al manifestar que “el tratamiento que recibe actualmente el Derecho de Extranjería se suele situar lejos del constitucionalismo social y más en conexión con la denominada <<razón

de Estado>>, con el problema de la seguridad interior, la evolución del empleo o las diferencias culturales o ideológicas”¹²⁸.

Con el fin de llevar a cabo los objetivos marcados por Tampere, en especial la asimilación en derechos y obligaciones a los ciudadanos europeos y la eliminación de la discriminación en la vida económica, social y cultural de los ciudadanos extranjeros, se crea esta Ley formada por un total de 63 artículos, una Disposición Adicional única, tres Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y nueve Disposiciones Finales. No obstante, hay que atender también a la realidad existente en España a finales de los años noventa, marcada por el volumen de población extranjera en situación irregular, de forma que esta norma también se configura como una “vía de regularización ordinaria que suponía una excepción a la expulsión para los extranjeros que se podían acoger a ella”¹²⁹ o como también manifiesta SORIANO-MIRAS, “La Ley nace con el objetivo de regular el volumen de población extranjera que reside en España con intención de quedarse por motivos laborales, lo que convierte a la misma en un pilar básico en materia de gestión de las migraciones”¹³⁰. Y es que, como ya se dijo en el Capítulo I de este trabajo, el punto álgido del fenómeno migratorio en España del siglo XX se presenta la década de los noventa, periodo de explosión de la inmigración en nuestro país, con los países de África y Latinoamérica como principales Estados de origen de los extranjeros.

Tampoco es nada desdeñable el contexto político en que se produce su promulgación. De esta manera, cabe recordar que se aprueba en la legislatura 1996-2000, con el Partido Popular en el gobierno, si bien no con mayoría absoluta. Es significativo este dato, puesto que la ley sale adelante con la oposición del partido de gobierno y gracias al respaldo del resto de partidos políticos integrantes del Congreso de los Diputados. La falta de consenso puede hallarse en la regulación bifronte que puede apreciarse acercándose al articulado de la norma. Por regulación bifronte, puede entenderse aquella que se centra no sólo en la ordenación de los flujos migratorios, sino también en la consecución de un verdadero estatuto jurídico para el extranjero, facilitando de esta forma la integración social del mismo en nuestro país¹³¹. De hecho, la nomenclatura de la Ley- sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social-no deja lugar a dudas sobre ello. Así, el Partido Popular desde su reciente aprobación alertó del “efecto llamada” que estaba generando la norma debido a esa cuasi

¹²⁸ CANO BUESO, Juan. “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional” *Revista de Derecho Político*, nº 57, 2003, pág. 18. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8830/8423> (fecha de consulta: 11 de enero de 2024).

¹²⁹ SOLANES CORELLA, Ángeles. *Un balance tras 25 años... cit.*, pág. 83. La autora hace también referencia a los procesos extraordinarios de regularización de extranjeros que marcaron estos años en España. Se contemplan un total de seis (1986, 1996, 2000, 2001 y 2005) y se recurría a ellos para hacer frente al crecimiento de extranjeros en situación irregular. En todos los casos se ha exigido la estancia en España en una determinada fecha anterior a la puesta en marcha de dicho proceso, la existencia de una oferta de trabajo y la ausencia de antecedentes penales.

¹³⁰ SORIANO-MIRAS, Rosa M. “Análisis sociológico de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sus reformas (8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009) y su implicación social”. *Papers*, vol. 96, nº3, 2011, pág. 685. Disponible en <https://papers.uab.cat/article/view/v96-n3-soriano> (fecha de consulta: 12 de enero de 2024).

¹³¹ En tal sentido, FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael. *La nueva ley... cit.*, pág. 294.

asimilación en derechos y obligaciones del extranjero al nacional, mientras que el resto de partidos la calificaban como la más progresista de la Unión Europea.

Entre los aspectos destacables de la ley hay que subrayar la ausencia de una Exposición de Motivos que justifique el fin para el que se crea, la falta de reglamento de desarrollo, la brevedad de la vigencia de la Ley, habida cuenta de que transcurre menos de un año desde su entrada en vigor -1 de febrero de 2000- hasta la entrada en vigor de la LO 8/2000, en fecha 23 de enero de 2001 y, en particular, su carácter social, es decir, la equiparación de derechos y obligaciones entre españoles y extranjeros, así como la asimilación del inmigrante regular al irregular en lo referente a tales derechos y obligaciones, a diferencia de lo que ocurría con la Ley 7/1985, de 1 de julio, derogada por la presente.

En relación con su contenido, algunos aspectos resultan significativos. Así, por ejemplo, en el ámbito del reconocimiento de derechos, destaca la equiparación con los españoles de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, es decir, para todos los extranjeros que se hallen en España, con independencia de la regularidad de su situación, comprendiendo por situación regular aquélla en la que existe un permiso de residencia. Asimismo, se consagra el derecho a la educación obligatoria de los extranjeros menores de 18 años y a la educación no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. También ostentan los extranjeros el derecho al trabajo y a la Seguridad Social, exigiéndose para este último caso la residencia legal. Igualmente, el derecho de participación pública se consagra con el derecho de sufragio en las elecciones municipales y se posibilita la reagrupación familiar vinculado a la residencia legal y acreditación de medios económicos suficientes. Por último, todos los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva y asistencia jurídica gratuita en procedimientos administrativos o judiciales relacionados con materia de extranjería, ampliándose la justicia gratuita para cualquier jurisdicción para los residentes.

En cuanto a las condiciones de entrada, se exige el visado, además de efectuarse por puestos habilitados, con pasaporte y acreditación de medios de vida suficientes, prohibiéndose la entrada para los que han sido expulsados previamente. Respecto a la estancia, se recogen las condiciones de ésta (no superior a 90 días), así como los requisitos de la residencia temporal, permanente, de menores, apátridas y refugiados. También se dedica un capítulo de la ley a los permisos de trabajo y regímenes especiales -estudiantes, trabajadores de temporada y transfronterizos-, destacando la creación de un contingente de mano de obra con ofertas de empleo para trabajadores extranjeros no residentes en España¹³².

Por último, hay que mencionar el régimen sancionador, que mantiene la gradación de las infracciones y sanciones -leves, graves y muy graves- ya establecida por el reglamento de desarrollo de la LO 7/1985, de 1 de julio. En lo que se refiere a la expulsión, retorno e internamiento, también previstos en la norma, sin perjuicio de que se tratará con detención

¹³² En este aspecto de los contingentes de mano de obra, hay que retornar a los procesos extraordinarios de regularización de extranjeros, origen del concepto de "contingente anual", entendido como un mecanismo a través del que regular los flujos migratorios de entrada mediante el establecimiento de cuotas a las que pudieran acogerse los extranjeros que deseaban venir a España a trabajar. No obstante, para autores como SOLANES CORELLA, en los años 90 tales contingentes funcionaron como regularizaciones encubiertas, al acogerse a dicho programa no los extranjeros que deseaban venir a España a trabajar sino los extranjeros que ya se encontraban en nuestro país con el fin de regularizar su situación. SOLANES CORELLA, Ángeles. *Un balance tras 25 años...cit.*, pág. 80.

en un epígrafe posterior, no puede despacharse éste sin reseñar que la expulsión fue eliminada como sanción para los que se hallaban en situación irregular de forma sobrevenida¹³³.

En conclusión, si bien es cierto que la LO 4/2000, de 11 de enero, es el punto de partida para la consecución de la integración social real de los extranjeros en España, no hay que obviar el ingente volumen de inmigrantes que en la década de los noventa arribaron a nuestro país, lo que también exigía de una regulación de los flujos migratorios. A modo de solución, en muchos casos la regulación de la inmigración se vinculó a las necesidades de nuestro mercado laboral, especialmente para la disposición de mano de obra barata en sectores como la agricultura y la construcción. No se reproducirá de nuevo lo que ya se ha apuntado sobre los procesos extraordinarios de regularización de extranjeros, pero, al respecto, no hay que olvidar que se supeditaban a la existencia de una oferta de trabajo y que, a posteriori, dieron pie al surgimiento de los contingentes anuales. En este sentido se pronuncia SORIANO-MIRAS, al advertir que “dicha ley se ha utilizado como punto de partida en la elaboración de una política migratoria que pretende ser seria y rigurosa, a través de una concepción utilitarista de la inmigración reducida a su papel de suministrador, más o menos eventual, de mano de obra en función de las necesidades inmediatas del mercado laboral”¹³⁴.

2. Reformas

La primera, la más inmediata como anteriormente se ha dicho, es la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Su razón de ser, según la explicación que algunos analistas de la materia ofrecen sobre dicha prematura reforma es el contexto político en que tiene lugar su promulgación. Desde esta perspectiva, como ya se apuntó en el epígrafe anterior, si bien la LO 4/2000, de 11 de enero, es aprobada con el Partido Popular en el Gobierno, no obtuvo el apoyo de este grupo político en el Parlamento y la Ley salió adelante con el respaldo de otros grupos parlamentarios. Incluso, ante la inminencia de las Elecciones Generales del año 2000, el programa electoral de dicho partido incluía entre sus propuestas la modificación de la Ley de Extranjería. Reforma que, en principio, estaba prevista como una modificación parcial de la LO 4/2000, de 11 de enero, y que, finalmente dio pie a la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Es necesario recordar en este punto que las Leyes orgánicas, en virtud del artículo 81.2 de la Constitución Española, requieren de la mayoría absoluta para su aprobación, mayoría de la que carecía el Partido Popular en el Congreso de los Diputados. Con la celebración de las Elecciones Generales el 12 de marzo de 2000, el Partido Popular consiguió 183 escaños en el Congreso, es decir, mayoría absoluta, que ahora sí le permitía modificar la Ley previamente aprobada sin su anuencia,

¹³³ En tal línea, AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. “Capítulo 1. La evolución de la normativa sobre inmigración”. *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1895-2005)*. Aja Fernández-Arango Vila Belda (Eds.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, pág. 27, quien añade que “el cambio de la expulsión por la regularización como mecanismo de tratamiento de la irregularidad sobrevenida constituía la columna vertebral del nuevo tratamiento de las infracciones y las sanciones”.

¹³⁴ SORIANO-MIRAS, Rosa M. *Análisis sociológico de la Ley 4/2000...cit.*, pág. 690.

llevando a cabo la reforma por sí mismo y sin ser secundada por el resto de grupos parlamentarios que sí habían apoyado la LO 4/2000¹³⁵.

La ley está formada por tan solo tres artículos. El primero de ellos se dedica a la reforma del articulado de la LO 4/2000, de 11 de enero y consta de 63 apartados; el segundo, reforma la Disposición Adicional única de la LO 4/2000; y el tercero se circunscribe a la adecuación de los títulos, capítulos y artículos de la LO 4/2000. Igualmente, se acompaña de dos Disposiciones Adicionales, cuatro Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y cinco Disposiciones Finales. En este caso, a diferencia de lo que ocurría con la LO 4/2000, de 11 de enero, sí se introduce Exposición de Motivos y también se contempla el reglamento de ejecución, aprobado con posterioridad por el RD 864/2001, de 20 de julio y que va a desarrollar el Título II (Régimen jurídico de los extranjeros), Título III (De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador) y Título IV (Coordinación de los poderes públicos).

Precisamente es la Exposición de Motivos la que contempla la justificación del fin para el cual se crea la norma, coincidente con las dos razones proporcionadas por el Gobierno. Tales motivos son que “la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma” y que “nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”. Como puede observarse, suele ser frecuente incluir entre los motivos de reforma de las leyes de extranjería la adaptación a la normativa europea, ya que en la previa LO 4/2000, de 11 de enero, también se proclamó como razón para la modificación.

En lo que se refiere al contenido, el aspecto más controvertido se suscita por el regreso a la LO 7/1985, de 1 de julio, en lo que se refiere a la vinculación de determinados derechos a la exigencia de residencia legal en España. Así, derechos tales como reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga sólo se reconocían a los extranjeros con autorización de estancia o residencia. A sensu contrario, se excluían para los extranjeros en situación irregular. Llegados a este punto no cabe olvidar que a través de la STC 115/1987, de 7 de julio, el Tribunal Constitucional con ocasión del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo frente a los artículos 7 y 8.2 de la Ley de Extranjería de 1985 relativos al derecho de reunión y asociación, declaró que no cabe subordinar el disfrute de estos derechos a una situación de regularidad del extranjero en España. Por tanto, se traslada al articulado de la norma aquello que trece años atrás ya se había declarado nulo. Tampoco hay que pasar por alto que el artículo 3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, se refería a los “derechos y libertades de los extranjeros”, mientras que con la reforma operada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, pasa a denominarse “derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, lo que ya hacía presagiar el carácter exegético al que se sometían determinados derechos.

Las críticas llegaron desde diversos sectores de la sociedad. De este modo, no se redujo exclusivamente a los aspectos jurídicos o políticos de la norma, sino que se extendió al contenido social de ésta y muchos ámbitos de la sociedad se posicionaron en contra, al entender

¹³⁵ Las vicisitudes en la tramitación parlamentaria de esta Ley son también recogidas por SORIANO MIRAS, Rosa M. *Análisis sociológico de la Ley 4/2000...* cit., págs. 692-694.

que se había roto con el consenso que se logró alcanzar con la LO 4/2000, de 11 de enero. De esta forma, partidos políticos, Comunidades Autónomas, grupos de juristas, sindicatos, ONG e incluso la propia Iglesia católica tomaron partido frente a la norma que se acababa de aprobar. Pero no sólo hubo quejas por el contenido de la Ley, sino que el reglamento de ejecución aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio también fue objeto de represalias. De esta forma, ley y reglamento se vieron sometidos a varios recursos: La ley a través de recursos de inconstitucionalidad interpuestos por un grupo de diputados y varios gobiernos de CC.AA del PSOE; el reglamento, mediante dos recursos contenciosos-administrativos interpuestos por Andalucía Acoge y Red Acoge, el primero de ellos y por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, el segundo.

Los pronunciamientos de los tribunales frente a los recursos interpuestos son estimatorios. En el caso del Tribunal Constitucional, se manifiesta por medio de la STC 95/2003, de 22 de mayo, sobre los recursos de inconstitucionalidad planteados y en el caso del Tribunal Supremo, a través de la STS de 20 de marzo de 2003, en los supuestos de los recursos contenciosos-administrativos. Esta última estima en parte el recurso y anula 13 apartados del reglamento. El Tribunal Constitucional, por su parte, recuerda que la “residencia” en nuestro país “habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallen en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el artículo 13.1.b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el artículo 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad que debemos realizar”¹³⁶.

En lo que nos atañe, se incluyen sanciones a los transportistas que trasladasen a extranjeros sin verificarse los requisitos de entrada y el castigo a las mafias dedicadas al tráfico de personas. Igualmente, en el periodo de aplicación de la nueva norma se presentó el plan GRECO (Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España) cuyo objetivo era desarrollar las políticas de acción social dirigidas a los inmigrantes¹³⁷.

En materia penal, destaca la introducción a través de esta LO y mediante la Disposición Adicional Primera de un compromiso para el estudio de la reforma del sistema de penas en los delitos de tráfico ilegal de personas, en especial cuando se produzca la intervención de organización criminal. Esta Disposición rezaba del siguiente modo: “los Ministerios de Justicia y del Interior adoptarán las medidas necesarias para que la Comisión Técnica, constituida en el seno del Ministerio de Justicia para el estudio de la reforma del sistema de penas del Código Penal, examine las modificaciones necesarias en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas, en particular en los casos en los que intervengan organizaciones que, con ánimo de lucro, favorezcan dicho tráfico”. Se comienza a vislumbrar, por consiguiente, una preocupación del legislador por la rápida expansión que estaba teniendo el fenómeno de la inmigración

¹³⁶ STC 95/2003, de 22 de mayo.

¹³⁷ En la línea de este apartado, SOLANES, Ángeles. *Un balance tras 25 años...* cit., págs. 82-85.

irregular, con una gran afectación a nuestro país, así como la proliferación de mafias encargadas de gestionar las condiciones del viaje del inmigrante.

Como veremos en el epígrafe dedicado al análisis del artículo 318 bis CP, este compromiso se materializará con la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que supone una elevación pronunciada de las penas recogidas en la totalidad del artículo 318 bis CP, incluido el caso de intervención de organización criminal.

El inicial contenido de la LO 4/2000, de 11 de enero y su modificadora citada de 8/2000, de 22 de diciembre, antes detallada, sufre dos reformas cercanas en el tiempo, entre ellas, la LO 11/2003, de 29 de septiembre y la LO 14/2003, de 20 de noviembre. Como motivación de la primera, los analistas sugieren el incremento de la delincuencia asociado a la inmigración, dentro de un contexto político en el que el Partido Popular continuaba gobernando con mayoría absoluta¹³⁸.

Con dicha LO se produce la segunda reforma de la Ley de Extranjería, si bien es cierto que esta LO no es una norma exclusiva para el tema objeto de estudio. De hecho, con su nombre (LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros), ya se advierte que apunta a otras materias que, aunque pudieran estar relacionadas, no afectan de forma única a la Ley 4/2000, de 11 de enero. Asimismo, se trata de una reforma muy breve, que atañe a un sector en particular del articulado, operada a través de tres artículos y dos disposiciones finales que modifican, mediante el artículo segundo, la LO 4/2000, de 11 de enero. Con el artículo primero se procede a la modificación del Código Penal y mediante el segundo se modifica el Código Civil.

En lo que nos ocupa este epígrafe, la Exposición de Motivos de dicha norma señala como fin que justifica la reforma el de “mejorar la regulación actual en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal”.

Y parece tener sentido tal justificación por la modificación de tan sólo cuatro artículos de la LO 4/2000, de 11 de enero, todos relacionados como se señala en el Preámbulo, con la sanción de expulsión. Cabe puntualizar que no debe confundirse la expulsión como sanción administrativa de la expulsión como sanción penal, sin perjuicio de que ambas estén íntimamente relacionadas y que son sanciones que, bien en el ámbito administrativo, bien en el ámbito penal, operan exclusivamente sobre el ciudadano extranjero.

Tal figura será analizada detenidamente en el siguiente epígrafe de este capítulo, pero a fin de introducir las modificaciones operadas por la LO 11/2003, de 20 de noviembre hay que destacar que en aquellos casos en los que se adopte la sanción de expulsión del ciudadano extranjero, se pondría fin a la situación en que se haya autorizado administrativamente la permanencia de éste, así como el procedimiento administrativo encaminado a la obtención de un permiso de trabajo o residencia. Además, se incluye el internamiento preventivo como medida cautelar no sólo para los casos en los que un expediente administrativo haya finalizado

¹³⁸ En dichos términos, AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. *Capítulo 1. La evolución de la normativa...* cit., pág. 34.

con la sanción de expulsión sino también para los supuestos en los que se produzca la mera incoación del expediente administrativo sancionador. Igualmente, se incardina en el artículo 61.1, la posibilidad de adopción de cinco medidas cautelares en caso de incoación de expediente sancionador, como son, la presentación periódica ante las autoridades competentes, la residencia obligatoria en un determinado lugar, la retirada del pasaporte, la detención por plazo no superior a 72 horas previa a la solicitud de internamiento el internamiento preventivo en centro de internamiento¹³⁹.

Pero no sólo hay una afectación de la medida de expulsión desde el punto de vista administrativo, sino que también opera la reforma sobre el artículo 89 del Código Penal en sus apartados 1º, 2º y 3º, que acoge en su articulado la expulsión como sanción penal. El fin que justifica tal modificación radica en que el juez pueda sustituir por expulsión la pena impuesta al extranjero que cometiera un delito castigado con pena privativa de libertad inferior a seis años. Igualmente, se reformó el artículo 108, para establecer la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España en sustitución de las medidas de seguridad aplicadas por el juez o tribunal a consecuencia de la comisión de un delito. Y finalmente se incrementó la pena del tráfico ilegal de personas con la reforma de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal. Como expone SOLANES CORELLA, con la elevación de la penalidad se “intentaban satisfacer los objetivos de armonización que contenía la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular”¹⁴⁰.

Aunque la medida de expulsión administrativa se estudiará con posterioridad, en este punto hay que poner de manifiesto el paralelismo evidente entre el procedimiento administrativo y el procedimiento penal, al poner en manos del juez penal la posibilidad de expulsión del ciudadano extranjero incurso en un procedimiento administrativo. Expulsión que, aunque se incluye en el Código Penal, nace en su origen como una medida de carácter administrativo. De hecho, no existe otra sanción en el Código Penal de similares características aplicable en caso de comisión de un delito, sino que opera exclusivamente en los delitos cometidos por ciudadanos extranjeros. Sería conveniente preguntarse si el legislador español ha abandonado en este aspecto el “derecho penal del hecho” para asumir los postulados del “derecho penal de autor”.

La valoración que de la reforma se hace por la doctrina no dista mucho de los reproches efectuados sobre las anteriores. Así, por ejemplo, AJA FERNÁNDEZ, manifiesta que “es una ley heterogénea y oportunista, en el peor de los sentidos, por relacionar los diferentes ámbitos que enuncia su título (inmigrantes, violencia doméstica y seguridad ciudadana) y porque su proyecto fue aprobado y divulgado por el gobierno una semana antes de las elecciones locales y autonómicas, vinculando el aumento de la inmigración con el incremento de la delincuencia”¹⁴¹.

¹³⁹ El contenido de la modificación producida como consecuencia de la LO 11/2003, afecta a los artículos 57.4, 57.7, 61.1 y 62.1 de la Ley de Extranjería.

¹⁴⁰ SOLANES CORELLA, Ángeles. *Un balance tras 25 años...* cit., pág. 86.

¹⁴¹ AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. *Capítulo 1. La evolución de la normativa...* cit., pág. 34.

Tan sólo dos meses después de la anterior reforma, se produce una nueva a través de esta LO 14/2003, de 20 de noviembre. Ley Orgánica, que como la anterior, no opera exclusivamente sobre la Ley de Extranjería, sino que también incide en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal.

La razón fundamental de la modificación se fundamenta en la adaptación del reglamento tras la STS de 20 de marzo de 2003, que había determinado la ilegalidad de bastantes de sus preceptos. Pero lo que sorprende a los juristas es que, en lugar de renovar dicho reglamento, se previese la modificación de la ley de la que dimana. Así, la Exposición de Motivos del anteproyecto recogía las motivaciones de cambio establecidas por el Consejo de Ministros, que suponía acoger una serie de medidas para favorecer la inmigración legal y erradicar la ilegal, mejorar la burocracia administrativa en pro de esa inmigración legal o evitar la comisión de actos delictivos o fraudulentos por las mafias de la inmigración, entre otras. En este apartado, critica la doctrina la ausencia de relación del articulado con la STS mencionada, así como la falta de coherencia entre el objeto pretendido por la ley y lo que realmente se consigue. Además, se reprocha también el hecho de que el anuncio del anteproyecto se produjo en la campaña electoral de las elecciones municipales y autonómicas de 2003¹⁴². Finalmente, se aprobó esta Ley Orgánica en virtud del acuerdo entre PP, PSOE y Coalición Canaria.

En lo que nos concierne, la Exposición de Motivos justifica su promulgación en idénticas razones que han motivado el resto de reformas ya analizadas, en concreto, en “el considerable incremento del número de residentes extranjeros en España en los últimos años y en las formas en las que se produce el hecho migratorio del que nuestro país es receptor, lo que ha generado un mayor conocimiento de este fenómeno a fin de incorporar instrumentos normativos que posibiliten una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios y reforzando los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal, cada vez más organizada y con mayores recursos para la consecución de sus objetivos”. Prosigue incidiendo en la necesidad de adaptar la normativa interna a la Unión Europea y la incorporación de consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo. En cuanto a la normativa de la Unión Europea, la Exposición de Motivos indica tres directivas que se trasponen con esta norma, que son la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países y Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.¹⁴³

¹⁴² En este sentido, RELAÑO PASTOR, Eugenia. *Los continuos cambios...* cit., pág. 130 y ss.

¹⁴³ En SOLANES, Ángeles. *Un balance tras 25 años...* cit., pág. 90, critica la autora la ausencia de mención a dos directivas de vital importancia como son la Directiva 2000/43 del Consejo de 29 junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y a la Directiva 2000/78 del Consejo de 27 noviembre 2000 relativa al establecimiento de un nuevo marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Dicha Ley Orgánica contiene cuatro artículos una Disposición Adicional única, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria única y tres Disposiciones Finales, interesando para este trabajo el primer artículo, que es el que modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

De nuevo esta reforma se plantea con el Partido Popular en el Gobierno y algunos de los cambios más importantes que se observan con esta norma son la modificación del régimen de reagrupación, permitiendo a los extranjeros que hayan adquirido la residencia por reagrupación ejercer el derecho de reagrupación de sus familiares. Igualmente, se faculta al cónyuge víctima de violencia de género a obtener autorización de residencia desde el momento en que se dicte orden de protección a su favor; en materia de visados, se introduce el artículo 25 bis, que si bien no varía en exceso el régimen previo a la modificación, sí introduce por vez primera una clasificación de las clases de visado en función de los motivos de entrada en España. Así, hay visados de tránsito, estancia, residencia, trabajo y residencia y estudios; se modifica el ámbito sancionador, incluyéndose como infracción muy grave no sólo la inducción, promoción, o favorecimiento de la inmigración clandestina de personas con destino a España, sino también la permanencia. Y por lo que respecta al internamiento de extranjeros, se añaden cinco artículos dedicados a los derechos y deberes de los extranjeros internados, la información y posibilidad de reclamaciones de que dispondrá una vez se produzca el ingreso en el centro de internamiento, las medidas de seguridad que podrán adoptarse en los centros de internamiento y el funcionamiento y régimen éstos. Además, se añade la obligación de las compañías de transporte de remitir a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información relativa a los pasajeros trasladados, así como la obligación de informar de los billetes de vuelta no utilizados por pasajeros que previamente hubiesen transportado a España. Por último, se crea el Consejo Superior de política de inmigración integrado por miembros del Estado, Comunidades Autónomas y municipios, así como el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia.

Autoras como RELAÑO PASTOR hacen una evaluación negativa de esta ley al disponer que “la finalidad de la redacción del anteproyecto, proyecto y texto definitivo de la ley es la misma: el control policial. Durante el proceso de reforma se obvió un bloque de enmiendas destinadas al régimen de derechos y libertades públicas que hubiesen restaurado la situación anterior a la reforma operada mediante la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. No ha entrado en los propósitos de reforma del gobierno revisar el capítulo de los derechos fundamentales y libertades públicas (...)”¹⁴⁴. Y es que, efectivamente, a pesar de la oportunidad que tuvo el gobierno de equiparar nuevamente a los extranjeros con los españoles en derechos y libertades, en previsión del futuro pronunciamiento del Tribunal Constitucional ante el recurso presentado por este motivo frente a la LO 8/2000, de 22 de diciembre, se mantuvo la redacción introducida por esta última.

Previo a la siguiente reforma de la Ley de Extranjería, se impulsó el nuevo reglamento de ejecución a través del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, elaborado ya con un gobierno socialista tras vencer en las Elecciones Generales de 2004. Éste supuso modificaciones

¹⁴⁴ RELAÑO PASTOR, Eugenia. *Los continuos cambios ...* cit., pág. 135.

importantes en el régimen de extranjería, además de estar caracterizado por su carácter laboral¹⁴⁵ y tratar de incorporar propuestas de carácter social. No obstante, tal y como manifiesta IGLESIAS DE USSEL, “el Reglamento, aun así, se encontraba limitado por una Ley (Ley 4/2000 y sus reformas) que aparentemente era contraria a las tradicionales posturas del PSOE, ya que la imagen transmitida en la opinión pública era la de un PP demasiado preocupado por el control (Ley 8/2000, Ley 11/2003 y Ley 14/2003) frente a los restantes partidos que defendían una política centrada en la integración social de los inmigrantes”¹⁴⁶.

En esta etapa posterior a la promulgación de la Ley 14/2003, de 20 de noviembre y hasta la nueva reforma que se produce en 2009, comienza a vislumbrarse de manera más notoria el inicio de la crisis migratoria que dura hasta nuestros días. Por ejemplo, la crisis de los cayucos que asoló Canarias a partir del año 2006 propició, entre otras actuaciones, el Plan de Inmigración para Canarias y el programa “Sea Horse” de lucha contra la inmigración clandestina y las redes de tráfico de personas procedentes de África¹⁴⁷.

La siguiente reforma, LO 2/2009, de 11 de diciembre, responde a tres causas, según el apartado IV del Preámbulo: “a) La necesidad de incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos de la misma que se han declarado inconstitucionales. b) La necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de transposición o que no se han transpuesto plenamente. c) La necesidad de adaptar la referida Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España, que presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la ley”.

Como puede observarse, nada diferente a las razones que justificaron reformas anteriores, salvo la novedad generada por la necesidad de incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consagrada a través de la STC 236/2007, de 7 de noviembre y siguientes, que declaran la inconstitucionalidad de la exigencia de residencia para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga de los inmigrantes extranjeros, extendiendo sus efectos a todos los extranjeros con independencia de la situación en la que se hallen en España. Por tanto, se vuelve al sistema de reconocimiento de derechos y libertades de los extranjeros habido en el año 2000 y se pone fin al sistema operado por la LO 8/2000, de 22 de diciembre tan reprobado por estudiosos, juristas y todo tipo de organizaciones en defensa de los derechos humanos. En relación con la adaptación del derecho europeo a la normativa nacional, se incluye el hecho de tener que trasponer otras nueve directivas aprobadas por el Consejo Europeo con posterioridad a la Ley 4/2000, de 11 de enero, así como la firma del Pacto Europeo sobre la inmigración y el asilo.

Se promulga en un contexto político de gobierno del PSOE y en este caso es una ley de reforma exclusiva de la Ley de Extranjería, sin afectación de otras leyes. Reforma profunda, que incide en la mayor parte del articulado, al dejar la vigente Ley de Extranjería con un total

¹⁴⁵ En tal línea, SOLANES, Ángeles. *Un balance tras 25 años...cit.*, pág. 89.

¹⁴⁶ IGLESIAS DE USSEL, Julio (Ed.) et al. *Las políticas de integración social de los inmigrantes en las comunidades autónomas españolas*. 1ª edición Fundación BBVA, Bilbao, 2010, pág. 83. Disponible en https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2010_politicas_integracion.pdf. (fecha de consulta: 12 de enero de 2024).

¹⁴⁷ En estos términos, SOLANES CORELLA, Ángeles. *Un balance tras 25 años...cit.*, pág. 89.

de 72 preceptos, diez Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y nueve Disposiciones Finales.

Persigue como objetivos primordiales la ordenación de los flujos migratorios, la lucha contra la inmigración irregular, la integración del inmigrante, así como la coordinación de las Administraciones Públicas con competencias en la materia. En este sentido, ha de destacarse la delimitación del marco competencial entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Municipios. A título de ejemplo, reseñar que las competencias en materia de autorización inicial del trabajo de los extranjeros corresponden a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que es la autoridad estatal la que decide sobre la residencia de los extranjeros en España al amparo de la solicitud conjunta de autorización de residencia y trabajo¹⁴⁸. Asimismo, en cuanto al contenido y en lo que se refiere a los cambios más significativos que se originan con la nueva reforma pueden reseñarse los siguientes: el otorgamiento de los derechos del Título I a todos los extranjeros, con independencia de la situación de regularidad o irregularidad en que se encuentren en España; la concesión automática de la autorización de trabajo para las personas reagrupadas (cónyuge e hijos) sin necesidad de más trámites; la necesidad de ofrecer razones que motiven la reagrupación de los mayores de 65 años; medidas de protección para las víctimas extranjeras de violencia de género y trata de seres humanos; la ampliación del plazo de internamiento de 40 a 60 días, vinculado a la Directiva de Retorno, que ajusta los supuestos de expulsión; o el endurecimiento del sistema de infracciones y sanciones, con la inclusión de dos nuevas infracciones graves¹⁴⁹. Por otro lado, se recoge por primera vez en el artículo 2 ter un concepto de integración social y se desarrolla un nuevo sistema informático de control de entradas y salidas.

Reprocha una parte de la doctrina que no se ha producido la transposición de determinadas Directivas que la ley dice transponer, o al menos, se transponen formalmente, pero sin eficacia material. Sería el caso, de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar. Y respecto a otras, se critica el hecho de que se haya llevado a cabo la transposición de manera muy deficiente, como la Directiva 2003/109/CE relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, la Directiva 2009/50/CE relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificados o la Directiva 2008/115/CEE, más conocida como la “Directiva de retorno”¹⁵⁰.

Entre las críticas vertidas sobre la ley, autores como BOZA MARTÍNEZ, DONAIRE VILLA y MOYA MALAPEIRA disponen que “la reforma constituye más un “reajuste” de la regulación existente que una reforma en profundidad del sistema de gestión migratoria actual. (...) Sería prudente iniciar un debate en el que se planteen las bases para transitar hacia otro

¹⁴⁸ SOLANES CORELLA, Ángeles. *Un balance tras 25 años...* cit., pág. 90 señala la importancia del traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas incidiendo en que “el traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas es, sin duda, uno de los puntos cruciales de esta reforma que ya había comenzado a gestarse incluso antes de la LO 2/2009 con el RD 1162/2009 (de 10 de julio, por el que se modifica el reglamento aprobado por el mencionado Real Decreto 2393/2004). Su principal finalidad era adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo que se regulan en el mismo a los requerimientos derivados del traspaso a las Comunidades Autónomas de la competencia ejecutiva que, en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, reconocen determinados Estatutos de Autonomía”.

¹⁴⁹ En la línea indicada, *ibidem*, págs. 94-95.

¹⁵⁰ En tal sentido, *ibidem*, pág. 91.

modelo migratorio en el que, sin desconocer nuestra realidad económico-laboral, la política migratoria fuera más proactiva en la cobertura de puestos de trabajo en sectores laborales con mayor valor añadido o de mayor cualificación, potenciadores de la actividad económica y estimuladores del tejido productivo, todo ello sin perjudicar el desarrollo de terceros países. Un modelo que enlace con otras políticas clave (ciencia e innovación, industria, cooperación al desarrollo, etc) pero que a la vez sea flexible y muy consciente de la realidad (y las limitaciones) del mercado laboral español sin renunciar no obstante a su transformación”¹⁵¹. A mayor abundamiento, MOYA MALAPEIRA, insiste en entender la norma como un ajuste o adaptación a la nueva realidad al establecer que “la reforma tiene un alcance materialmente limitado y no ambiciona cambiar las bases del actual modelo de gestión migratoria, más bien se limita a efectuar una serie de ajustes al mismo”¹⁵². En igual sentido, AJA, ARANGO Y ALONSO cuando establecen que “los cambios que introduce la reforma no pueden calificarse de drásticos sin incurrir en exageración (...) no obstante lo que antecede, el alcance de la reforma legislativa puede calificarse de limitado. Asuntos de notable calado han quedado al margen de la misma”¹⁵³.

Finalmente, cabe hacer una breve referencia al RD 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la LO 4/2000, esto es, el RD 557/2011, de 20 de abril. Con esta reforma, se sustituye el anterior ROEX por éste, cuyos objetivos perseguidos son, según la Exposición de Motivos, la actualización de la normativa migratoria en el aspecto laboral, la trasposición de la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, la reforma del régimen de actividades por cuenta propia y la mejora en la tramitación de expedientes.

A modo de conclusión sobre la evolución de la Ley de Extranjería hasta la redacción vigente, puede afirmarse que, siendo esta materia de máxima importancia para el desarrollo, estabilidad y convivencia de un país, se han producido la mayor parte de las modificaciones analizadas, sin un consenso político amplio que englobara todos los pareceres de la sociedad. Especialmente significativa fue la reforma del año 2000, que salió adelante con el voto en contra del partido de gobierno. Puede darse por sentado que se trata de una materia muy ideologizada, en la que cada partido trata de imponer su política en materia migratoria según su particular visión y concepción de la inmigración y sus circunstancias y que ha fluctuado en una dicotomía consistente en el control de los flujos migratorios, por un lado y la integración social del inmigrante, por otro.

Es reseñable, además, la deficiente técnica jurídica empleada. De esta forma, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han tenido que jugar su papel de órganos

¹⁵¹ BOZA MARTÍNEZ, Diego/DONAIRE VILLA, F. Javier/MOYA MALAPEIRA, David. “Introducción. Valoración general de la reforma” *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*. Boza Martínez-Donaire Villa-Moya Malapeira (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 21.

¹⁵² MOYA MALAPEIRA, David. “La reforma de la Ley de Extranjería”. *Documento de Trabajo 20/2009, Real Instituto Elcano*, 2009, pág. 20. Disponible en: <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/dt20-2009-moya-reforma-ley-extranjeria.pdf> (fecha de consulta: 14 de enero de 2024).

¹⁵³ AJA, Eliseo/ARANGO, Joaquín/OLIVER, Josep. “La inmigración en tiempos de crisis”. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2010, págs. 14 y 15.

fiscalizadores para contrarrestar o complementar los excesos y desviaciones del legislador, que tiene su punto álgido, en particular, en la interpretación constitucional del concepto de residencia, a fin de garantizar el disfrute de determinados derechos fundamentales como el de asociación o reunión a todos los extranjeros sin distinción.

No se puede obviar el papel que ha jugado la Unión Europea con su ingente normativa migratoria en todas las reformas operadas sobre la Ley de Extranjería. Así, la necesidad de trasponer las Directivas y demás normas que emanan de las instituciones comunitarias ha facilitado la ingente actividad legislativa en nuestro país. Merece mención especial la Directiva de Retorno, por la polémica que generó en la ampliación del plazo del internamiento y el ajuste producido en los supuestos de expulsión.

Por último, hay que destacar el oportunismo y utilitarismo de la Ley de Extranjería para los procesos de regularización de extranjeros, que evidencian que, aun mencionándose la integración social como el objetivo de la norma, en la práctica la intención se traduce en tratar de reducir la irregularidad de los extranjeros en España y la problemática a lo que ello conduce. Se ha convertido lo irregular en regular sin necesidad de emplear ningún tipo de medida sancionadora, con el pretexto de la consecución de la plena integración social del extranjero.

3. Especial consideración de la expulsión, devolución y denegación de entrada o retorno

3.1 Expulsión

Cuando se hace referencia a los términos objeto de este epígrafe nos situamos dentro del régimen sancionador previsto por la Ley de Extranjería, que se halla regulado en el Título III -De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador-, en concreto en los artículos 50 y siguientes de la misma.

Comenzando por la expulsión, ésta se regula en un amplio artículo 57 que contiene once apartados¹⁵⁴. Y es necesario matizar previo a su análisis, la diferenciación que existe con la expulsión judicial, recogida en el artículo 89 del Código Penal, que se mantiene inalterable con la última reforma de la Ley de Extranjería producida por la LO 2/2009, de 11 de diciembre y que será estudiada en próximos capítulos.

¹⁵⁴ La expulsión puede producirse en tres supuestos: la realización de infracciones muy graves previstas en el artículo 53.1 a), b), c), d) y f); la condena por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año; y el procesamiento o imputación en procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea pena privativa de libertad inferior a seis años. Igualmente, las infracciones del artículo 53.1 son: a) encontrarse irregularmente en territorio español por no tener autorización de residencia, tener caducada más de tres meses dicha autorización o no haber obtenido la prórroga de estancia. b) trabajar en España sin autorización de trabajo cuando tampoco existe autorización de residencia. c) ocultar o no poner en conocimiento los cambios de nacionalidad, estado civil o domicilio o falsear datos para el alta en el padrón municipal. d) incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente. f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Desde el punto de vista administrativo, puede hablarse de tres procedimientos de expulsión: el ordinario, el preferente y el simplificado (para infracciones de carácter leve previstas en el artículo 52 LOEX), siendo que con la LO 2/2009, de 11 de diciembre, se crea el procedimiento ordinario con el fin de adaptar a nuestro derecho la Directiva de Retorno. Hasta entonces, regía el procedimiento preferente, caracterizado por la brevedad de la tramitación, otorgándose un plazo de 48 horas para alegaciones desde el acuerdo de iniciación del expediente, dictándose una pronta resolución y siendo también inmediata la ejecución. Por el contrario, el procedimiento ordinario prevé un plazo de 15 días para alegaciones, con otros 15 días de audiencia posteriores a la propuesta de resolución, que se llevará a cabo en plazo de 10 días. Aparte de las vicisitudes en los tiempos de tramitación, los dos cambios esenciales observables en el procedimiento ordinario respecto al preferente son los siguientes: en primer lugar, se prohíbe el internamiento para los extranjeros en este tipo de expedientes. La razón radica en que existe un plazo de cumplimiento voluntario de salida del territorio español. Plazo que oscila entre siete y treinta días y que deriva de la adaptación de la mencionada Directiva de Retorno; en segundo, si el extranjero sale voluntariamente se revoca la prohibición de entrada, que queda limitada a un periodo máximo de cinco años. Es decir, que los beneficios se supeditan a esa salida voluntaria porque, de lo contrario, sí se puede proceder al internamiento.

Respecto a las infracciones, se mantienen con la reforma de 2009 en leves, graves y muy graves, sin perjuicio de que se incluyen nuevas infracciones con la LO 4/2009, a saber, dos leves (apartados “d” y e” del artículo 52), cuatro graves (en el artículo 53.2) y dos muy graves.

En cuanto a las sanciones, tampoco varían, siendo que la multa es la sanción general, incrementándose su cuantía como modificación a destacar. Además, la competencia corresponderá, en algunos casos, al Subdelegado o Delegado del Gobierno. En aquellas sanciones competencia del Estado al Secretario de Estado de Seguridad y en otras en las que resulte competente la Comunidad Autónoma, a quien ésta determine.

La cuestión más controvertida dentro del régimen sancionador, al hilo del estudio de la expulsión, radica en determinar si para esas infracciones se aplica la sanción de multa, que es la base del Derecho Administrativo sancionador o la de expulsión. Analizaremos seguidamente cuáles son los criterios de elección entre una u otra, así como la crítica efectuada por la mayor parte de la doctrina por entender que, a efectos prácticos, imponer la sanción de expulsión derivada de una infracción administrativa resulta más gravoso que la “pena” que puede aplicarse por la comisión de un hecho delictivo en el que incurran los extranjeros.

Para decantarse por multa o expulsión, de conformidad con el artículo 57.1 de la Ley de Extranjería, habrá que atender al principio de proporcionalidad. Esta situación dio lugar a la divergencia en la aplicación de una u otra sanción en función del órgano administrativo y posteriormente Juzgado de lo Contencioso Administrativo que conociera del asunto, de forma que fue el Tribunal Supremo el que determinó los criterios para la elección entre ambas. Por ejemplo, varias sentencias del TS de los años 2006, 2007 y 2008, establecen que, en los casos de expulsión por causa de permanencia ilegal, la Administración debe motivar la razón de la expulsión, habida cuenta de que la sanción principal en la Ley de Extranjería es la multa y que dicha motivación debe realizarse siempre, con independencia de que en el expediente consten otros datos negativos que justifiquen la elección de la expulsión. Al respecto, establece el TS

que “en cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. (...) la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa”¹⁵⁵. Es decir, apuesta por la aplicación de la multa en situación de estancia irregular, siempre y cuando no concurren otras circunstancias que puedan agravar esa conducta, exigiéndose una motivación adicional para poder optar por la expulsión, que justifique así que existen otras circunstancias negativas a mayores que hacen merecedora la estancia irregular de la expulsión del territorio nacional.

En una segunda etapa, destaca el pronunciamiento de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015 en una resolución muy polémica en la que dispuso que la regulación española, que facultaba para la elección entre la pena principal de multa o la expulsión en los casos de permanencia irregular, era contraria a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, la conocida como Directiva de Retorno, ya que ésta, en sus artículos 6.1 y 6.8, obliga a adoptar una decisión de retorno del extranjero, que si éste no cumple de forma voluntaria, implica la expulsión del mismo. Así pues y desde entonces, las decisiones de los juzgados de lo contencioso administrativo son favorables a la utilización de la figura de la expulsión en caso de estancia irregular del extranjero en España, si bien algunas salas de lo contencioso administrativo han sido todavía reacias a la aplicación de esta sanción. No obstante, la jurisprudencia definitiva sobre la materia, parte de la Sentencia del Tribunal Supremo 980/2018, de 12 de junio, en la que tras el examen de los argumentos de las partes, se fijó la siguiente interpretación: “lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución”¹⁵⁶.

Sin embargo, se advierte una tercera y reciente etapa en la que nuevamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 8 de octubre de 2020, dispone que la Directiva de Retorno “debe interpretarse en el sentido de que cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes”. Por consiguiente, se retornaba de nuevo a la primera etapa en la que la multa prevalecía sobre la

¹⁵⁵ SSTs de 10 de febrero de 2006; 22 de febrero de 2007; 27 de mayo de 2008.

¹⁵⁶ Este criterio ha sido recogido en otras resoluciones posteriores del Tribunal Supremo que han sentado jurisprudencia, como pueden ser la STS 1716/2018, de 4 de diciembre, STS 1817/2018, de 19 de diciembre y STS 1818/2018, de 19 de diciembre.

expulsión, siendo esta última aplicada atendiendo al principio de proporcionalidad y cuando existiesen circunstancias gravosas adicionales que propiciaran su aplicación. De esta forma, y hasta la STS 366/2021, de 17 de marzo, que de nuevo vuelve a sentar jurisprudencia, se había observado soluciones dispares entre las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia.

Como cierre de la polémica hay que resaltar la mencionada STS 366/2021, de 17 de marzo, que ha sentado la jurisprudencia vigente aplicable a día de la fecha y que extrae tres conclusiones a utilizar:

- a. “Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa.
- b. Segundo, que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria
- c. Tercero, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación con la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación”.

En la misma línea se pronuncian otras más recientes resoluciones del Tribunal Supremo, como son la STS 1119/2022, de 7 de septiembre y STS 1334/2022, 20 de octubre.

En definitiva, la regla general continúa siendo la expulsión, pero con la implementación de una serie de garantías que determinen que las circunstancias agravantes concurrentes en el caso concreto posibilitan la adopción de esta sanción.

3.2. Devolución

La devolución se regula en el artículo 58.3 y contempla dos supuestos¹⁵⁷: en primer lugar, aquél que se da cuando haya un intento de entrada por los que previamente ya habían sido expulsados, contraviniendo esa prohibición de entrada. Es decir, cuando se pretende entrar en España sin haber transcurrido el plazo establecido en la previa orden de expulsión. En este punto, es necesario aclarar, como se dijo con anterioridad, que la orden de expulsión lleva aparejado una prohibición de entrada que en ningún caso puede ser superior a los cinco años, según establece el artículo 58.1 LOEX. Así, en el caso de que no haya transcurrido el tiempo marcado en la orden de expulsión, se producirá el primero de los casos de devolución y la

¹⁵⁷ La dicción literal del artículo 58.3 LOEX dispone que “no es necesario expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país”. Añade, el artículo 23.1 del RD 557/2011, de 20 de abril que la devolución se acordará mediante resolución del Subdelegado del Gobierno o Delegado de Gobierno de las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

consecuencia inmediata será la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada¹⁵⁸. Se iniciará, por consiguiente, un expediente administrativo que finalizará con la resolución de devolución que, en caso de no ejecutarse en el plazo de 72 horas, permitirá aplicar la medida de internamiento establecida para los procedimientos de expulsión, según dispone el artículo 23 del RD 557/2011, de 20 de abril. El segundo supuesto se produce cuando por parte de un extranjero se pretende entrar ilegalmente en el país. Aquí se debe acudir, de nuevo, al artículo 25 LOEX que regula la forma legal o los requisitos para la entrada en territorio español. De tal manera que, en caso de que no se verifiquen tales condiciones, se estará produciendo un intento de entrada ilegal, lo que dará pie a este apartado “b” del artículo 58.3 que regula la devolución¹⁵⁹.

Critica la doctrina la indeterminación del concepto “pretender entrar ilegalmente”, en el sentido de no poder discernir cuándo finaliza la acción de “entrar” que daría pie a la devolución respecto a la situación de “estancia ilegal”, una vez ya asentado el extranjero y que daría lugar a la expulsión. En tal sentido se pronuncia la Fiscalía General del Estado, a través de la Consulta 1/2001, de 9 de mayo, que dispone que bajo la expresión legal “los que pretendan entrar ilegalmente en el país”, que utiliza el art. 54.2 b), lo que se recoge no es un momento cronológico o espacio temporal (retorno para los que no han llegado a entrar en el país y expulsión para los que sí lo han logrado), sino que se acota la figura del retorno para aquéllos que sean sorprendidos de un modo patente o in fraganti en su acción de entrada ilícita en España. Dicha flagrancia en la comisión de la infracción administrativa es lo que justifica la respuesta más contundente e inmediata del retorno frente a la de la expulsión”¹⁶⁰.

Cuestión que también merece ser analizada es la naturaleza jurídica de la devolución, que ha causado mucha controversia entre la doctrina, en particular el primero de los supuestos relativos a la contravención de la prohibición de entrada. De esta forma, hay opiniones divergentes sobre si nos encontramos ante una medida sancionadora, una coacción administrativa directa o una ejecución forzosa de un acto administrativo previo, a diferencia de

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. *Derecho de Extranjería*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 213. Muy crítica con la reiniciación del cómputo de prohibición de entrada es esta autora, quien entiende que nos encontramos ante una nueva sanción que se adopta sin que exista el correspondiente expediente administrativo sancionador, con una conculcación implícita de las garantías aparejadas a tal expediente (derecho de defensa, etc.), por lo que concluye que “esta opción resulta inaceptable desde cualquier interpretación”.

¹⁵⁹ En este supuesto, el artículo 23.2 del RD 557/2011, de 20 de abril, dispone que “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución”.

¹⁶⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Documentación. Consulta 1/2001, de 9 de mayo, retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites*. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/109407/Consulta+1+2001%2C+9+de+mayo+de+2001%2C+sobre+el+retorno+de+extranjeros+que+pretenden+entrar+ilegalmente+en+España%2C+alcance+y+limites.pdf/0f3ec34a-79c5-beab-7939-7a9900835d80?t=1531396218926> (fecha de consulta: 1 de mayo de 2024).

Además, HERNÁNDEZ CALERO, Daniel. “Denegación de entrada, retorno y devolución”. *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*. Boza Martínez- Donaire Villa-Moya Malapería (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 303, dispone que aunque el Reglamento en el artículo 157 ha tratado de acotar el ámbito de aplicación de la Ley se mantiene “una zona de penumbra entre ambas figuras sobre las que ni el Reglamento ni la jurisprudencia arrojan luz suficiente para aclararla definitiva y satisfactoriamente” para a continuación preguntarse qué pasaría con los extranjeros que, irregularmente, se encuentran en España de forma estable y no en tránsito.

la expulsión, cuyo rasgo de sanción administrativa no se discute. Tal y como expone FERNÁNDEZ PÉREZ, el caso de la devolución es “una medida de restablecimiento del orden jurídico perturbador, que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente administrativo sancionador, por resolución administrativa de la autoridad gubernativa competente para la expulsión y que lleva aparejada, en algunos supuestos, el reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada, que sí tiene carácter sancionador”¹⁶¹. Por otro lado, la jurisprudencia del TS ha determinado que es “una medida que se limita a ejecutar en sus propios términos un acto administrativo previo y aún vigente, aquel que impedía a su destinatario entrar en España”¹⁶².

Para finalizar este epígrafe, se inserta un cuadro resumen de los requisitos, procedimiento y consecuencias de la figura de la devolución:

Gráfico 14. Cuadro resumen del expediente administrativo de devolución

6. DEVOLUCIÓN

DEVOLUCIÓN: (Art. 58.3 LOEX/Art. 23 RELOEX)
<ul style="list-style-type: none"> • Conforme al art. 58.2 de la LOEX, no será necesario expediente de expulsión para la devolución, en virtud de orden del subdelegado del gobierno, o del delegado del gobierno en las CCAA uniprovinciales, si el extranjero: <ul style="list-style-type: none"> – Ha sido expulsado y contraviene la prohibición de entrada en España. – Pretenda entrar ilegalmente en el país. • En ambos supuestos, se tendrá derecho a asistencia jurídica (gratuita si carece de medios económicos) y a intérprete. Si la devolución no se puede efectuar en 72 horas, se solicita a la autoridad judicial el internamiento previsto para la expulsión. • La devolución conlleva el nuevo inicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada contravenida, cuando se hubiese adoptado en virtud de una orden de expulsión dictada por las autoridades españolas. • Aunque se haya adoptado una orden de devolución, esta no se podrá llevar a cabo, quedando en suspenso su ejecución cuando: <ul style="list-style-type: none"> – Se trate de mujeres embarazadas y pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre; – Se formalice una solicitud de protección internacional, hasta que ésta se resuelva o bien no sea admitida conforme con lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. La admisión a trámite de la solicitud de protección internacional llevará aparejada la autorización de entrada y la permanencia provisional del solicitante. • El plazo de prescripción (aplicable de oficio por los órganos competentes) de la resolución de devolución será de 5 años si se hubiera acordado para extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España, y no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada reiniciado. Por contra, será de 2 años si fuera para aquellos que pretendan entrar ilegalmente en el país, y no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución. • Cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, se comprobare que consta contra el solicitante una resolución de devolución no ejecutada, ésta será revocada, siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

Fuente: MUÑOZ AMORÓS, Helena. “Entrada, salida y tránsito”. *Tomo XVIII. Esquemas de Extranjería*. 2ª edición. Ramón Fuentes I Gasó-Gifreu I Font -Marín Consarnau (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 68.

3.3 Denegación de entrada o retorno

Se produce en los casos recogidos en el artículo 15 el RD 557/2011, de 20 de abril, es decir, respecto de los extranjeros que intenten entrar en España por los puestos fronterizos habilitados, pero sin reunir los requisitos necesarios para el acceso a nuestro territorio. Recordamos en este apartado los requisitos de entrada ya recogidos en epígrafes anteriores y que son los dispuestos en el artículo 25 de la Ley de Extranjería y 4 del RD 557/2011, de 20 de abril. A saber, por puestos habilitados, con pasaporte, acreditación de medios de vida

¹⁶¹ FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. *Derecho...* cit., pág. 211.

¹⁶² STS de 12 de marzo de 2013.

suficientes, visado (salvo que exista autorización de residencia) y documentación que justifique la estancia en España. Estos requisitos no son necesarios en los casos en que se solicite asilo y por razones humanitarias.

Se encuentra regulada en los artículos 26.2 LOEX y 13.1 ROEX y es necesario subrayar que no se trata de un acto sancionador, sino que la entrada del extranjero en España no reúne los requisitos y se le deniega. Así, mientras al extranjero se le deniegue la entrada debe permanecer en el lugar destinado al efecto del puesto fronterizo hasta que regrese a su lugar de procedencia. La resolución la suelen hacer los jefes de servicio de los puestos fronterizos y si no se va a cumplir en menos de 72 horas, la autoridad que deniega la entrada debe dirigirse al juez de instrucción para internarlo hasta que se dé el regreso.

La denegación de entrada debe realizarse mediante resolución motivada que contendrá los motivos de la denegación, los recursos a los que ha lugar y el derecho a la asistencia letrada. El retorno debe producirse en el plazo máximo de 72 horas, transcurrido el cual, se acordará el internamiento por el juez de instrucción.

Igualmente, y al igual que se hizo con la devolución, se añade un cuadro resumen de requisitos, procedimiento y consecuencias de la figura de la devolución:

Gráfico 15. Cuadro resumen del expediente administrativo de denegación de entrada

5. DENEGACIÓN DE ENTRADA

DENEGACIÓN DE ENTRADA: Art. 60 LOEX / Art. 15 RELOEX
<ul style="list-style-type: none"> • Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de LOEX, estarán obligados a regresar a su punto de origen. • La resolución de la denegación de entrada, motivada y notificada al interesado, conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de 72 horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento. • Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio. • El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados. • La detención de un extranjero a efectos de proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

Entrada, salida y tránsito

67

DENEGACIÓN DE ENTRADA: Art. 60 LOEX / Art. 15 RELOEX
<ul style="list-style-type: none"> • Los extranjeros a los que no se les permita la entrada en la frontera del país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve. Se efectuará de forma inmediata. Si el retorno se retrasara más de 72 horas la autoridad gubernativa se dirigirá al juez de instrucción para que determine el lugar donde hayan de internarse hasta que llegue el momento del retorno. Los lugares de internamiento no tienen carácter penitenciario, sino que tienen servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Únicamente se privará del derecho ambulatorio. • La detención de un extranjero a efectos del retorno, deberá comunicarse al Ministerio de Asuntos exteriores y a la embajada o consulado de su país. • Procedimiento para el retorno: • La resolución de la denegación de entrada dictada por los funcionarios policiales responsables del control de entrada, mediante el procedimiento que constará: <ul style="list-style-type: none"> – Información al interesado de su derecho de asistencia jurídica (puede ser gratuita si se carece de recursos económicos), y de intérprete. – Información al interesado de que el efecto que puede suponer la denegación de entrada es el regreso a su punto de origen. – Determinación expresa de la causa por la que se deniega la entrada. • La resolución del retorno no agota la vía administrativa y será recurrible. Si el extranjero no está en España, podrá interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales correspondientes a través de las representaciones diplomáticas o consulares, quienes los remitirán al órgano correspondiente.

Fuente: MUÑOZ AMORÓS, Helena. “Entrada, salida y tránsito”. *Tomo XVIII. Esquemas de Extranjería*. 2ª edición. Ramón Fuentes I Gasó-Gifreu I Font -Marín Consarnau (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 67-68.

Por último y a modo de resumen, incluyo dos gráficos ilustrativos sobre las circunstancias que diferencian las figuras estudiadas en cuanto al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 25 LOEX y sobre el número de expulsiones y devoluciones que se han producido en España a lo largo de los últimos años. El primero de ellos es el siguiente:

Tabla 7. Requisitos de aplicación de los expedientes administrativos sancionadores

	¿Estancia en España?	¿Intento de entrada?	¿Por puestos fronterizos habilitados?	¿Con la documentación requerida?
Expulsión	Sí	No	----- -	-----
Devolución	No	Sí	No	No
Denegación de entrada/Retorno	No	Sí	Sí	No

Fuente: elaboración propia

El segundo, recoge en cifras la evolución de las repatriaciones ejecutadas en los años 2016 a 2021:

Gráfico 16. Evolución interanual de las repatriaciones ejecutadas

Repatriaciones ejecutadas	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Expulsiones	5.051	4.054	4.181	4.677	1.834	1.569
Devoluciones	4.190	5.272	7.203	6.476	1.904	2.025
TOTAL	9.241	9.326	11.384	11.153	3.738	3.594

Fuente: DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe anual 2021. Mecanismo Nacional de Prevención (MNP). Anexos. Anexo B. Datos estadísticos sobre la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros (CIE), pág. 3. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2022/05/ANEXO-B_MEDIA-DURACION.pdf (fecha de consulta: 16 de enero de 2023)

Quizá el dato más significativo se aprecia en la cifra alcanzada en los años 2018 y 2019 con un total de 11385 y 11153 repatriaciones, respectivamente. Este dato hay que relacionarlo con las entradas irregulares producidas por la Ruta Occidental, a la que pertenece nuestro país, en los años inmediatamente anteriores, dado que ésta fue la travesía principal elegida por las mafias para la llegada de inmigrantes. La segunda circunstancia reseñable se relaciona con el profundo descenso que se produce en los años 2020 y 2021. En este contexto, la razón puede radicar en la pandemia COVID-19, que hizo disminuir notablemente el número de entradas

irregulares, con la consiguiente reducción de los expedientes de expulsión y devolución de extranjeros.

3.4. Situación de excepcionalidad en Ceuta y Melilla (de las “devoluciones en caliente” al “rechazo en frontera”)

Como continuación de los anteriores epígrafes, procede seguidamente analizar la figura aplicable a los inmigrantes que frecuentemente saltan la valla de las dos Ciudades Autónomas para llegar a España, es decir, determinar si corresponde la expulsión, devolución o denegación de entrada de ese ciudadano extranjero.

De esta forma, en correspondencia con lo estudiado, nos encontraríamos ante un individuo que entra de forma ilegal sin la documentación que lo habilite para ello, ni por los puestos fronterizos dispuestos para el caso, por lo que el encaje legal vendría dado por el artículo 58.3 b) LOEX, es decir, la devolución del extranjero. Como también fue examinado, el procedimiento de devolución exige, según el artículo 23 ROEX, de resolución del Subdelegado o Delegado de Gobierno correspondiente, previa identificación del inmigrante por el Cuerpo Nacional de Policía y con derechos de asistencia jurídica e intérprete para el extranjero.

Sin embargo, todos tenemos en mente la imagen de las devoluciones in situ, en la misma valla, del inmigrante a Marruecos. Por consiguiente y llegados a este punto, la cuestión que se plantea es determinar los motivos por los que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado proceden de esta manera. Y es que resulta obvio que la inmediatez de esa actuación impide pensar en el cumplimiento de las exigencias anteriormente esgrimidas, esto es, ni existe resolución de devolución, ni hay identificación del extranjero devuelto a Marruecos, menos si cabe, asistencia jurídica e intérprete para el inmigrante.

La respuesta se halla en la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, lo que viene a ser la Disposición Adicional Décima de la Ley de Extranjería, que se introduce para salvar la alegalidad de las prácticas llevadas a cabo en las vallas de Ceuta y Melilla por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y así poner fin al vacío legislativo existente con las devoluciones producidas en dichas vallas¹⁶³. De esta forma, se puede ahora entender el título de este epígrafe (de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera) porque frente a esas prácticas habituales que infringían el procedimiento ordinario de devolución de la Ley de Extranjería, conocidas como “devoluciones en caliente”, se respondió con esta Disposición Adicional que previó un procedimiento sumario específico para las Ciudades Autónomas, acuñándose el término para éste de “rechazo en frontera”.

¹⁶³ La dicción literal de dicha Disposición reza de la siguiente manera: Disposición Adicional Décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

La inclusión de esta Disposición responde a las denuncias de Naciones Unidas, Unión Europea, y demás organismos internacionales, además del Defensor del Pueblo Español. Este último, por ejemplo, en la Recomendación 200/2013, de 27 de noviembre, formulada al Ministerio del Interior, insta a *impartir instrucciones a la Dirección General de la Guardia Civil con el fin de que se recuerde a todos los efectivos que prestan servicio en la frontera de la Ciudad Autónoma de Melilla que cuando se intercepte a un extranjero cuyo propósito sea entrar irregularmente en España, la respuesta debe ser por parte de los agentes de la Guardia Civil la puesta a disposición del Cuerpo Nacional de Policía, para que se incoe el oportuno expediente administrativo previsto en la legislación de extranjería.*

Igualmente, contribuyó a la reforma, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014, en el que se imputa al Coronel Jefe de la Guardia Civil de Melilla por prevaricación administrativa y que en su fundamentación jurídica determina la ilegalidad de las prácticas de devoluciones en frontera llevadas a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuestión ésta también respaldada por la Audiencia Provincial de Málaga con sede en Melilla con ocasión del recurso frente a dicho auto, que si bien lo revoca en cuanto al delito penal de prevaricación administrativa, sí lo mantiene en cuanto a considerar dichas prácticas como ilícitas desde el punto de vista administrativo¹⁶⁴.

De este modo, con esta Disposición Adicional se pone fin a esta situación excepcional y se da cobertura legal a las prácticas de rechazo de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla, avanzando, como ya se ha señalado, hacia el concepto de “rechazo en frontera” frente al de “devolución en caliente”. Se “salva” con esta reforma la necesidad de tramitar procedimiento administrativo alguno para la devolución del extranjero a su país de origen, que es rechazado en la propia valla por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españolas con la colaboración de las autoridades marroquíes. No obstante, la regulación no ha estado exenta de polémica, ya que a pesar de recoger en el apartado segundo la necesidad de respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional, muchos colectivos sociales, grupos de juristas e instituciones estiman que ninguna de las praxis observadas en las fronteras puede ser conforme con las legislaciones existentes sobre derechos humanos y protección de la persona¹⁶⁵.

¹⁶⁴En lo que se refiere al delito de prevaricación administrativa MARTÍNEZ ESCAMILLA y otros autores sostienen firmemente el encaje de tales “devoluciones en caliente” en el este tipo penal. Así, éstos señalan que “el caso del delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP), tutela un bien de suma importancia: el correcto desempeño de la función pública, con sometimiento de la actuación de la Administración a la Constitución, a las leyes y al derecho (arts. 9, 103 y 106 CE), que es justamente lo que marca la diferencia entre el poder arbitrario y el Estado de derecho. La obstinación en mantener la práctica de estas devoluciones sumarias en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla sólo puede ser interpretada como la contumaz voluntad de no querer aplicar lo establecido en la legislación de extranjería y desobedecer la normativa internacional”. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y otros. “Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”. *Informe Proyecto I+D+i Iusmigrante*, 2015, pág. 3.

¹⁶⁵ Un análisis muy exhaustivo y crítico con la legalidad de los rechazos en frontera en consonancia con la protección de los derechos humanos es realizado por profesores de Derecho Internacional Público, como ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel. “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, 2016, Madrid, págs. 321-328. Disponible en: <https://www.revista-redi.es/redic/article/view/751/743> (fecha de consulta: 8 de mayo de 2024); MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y otros. *Expulsiones en caliente...* cit., págs.1-34 y GIL BLANCO-RAJOY, Juan Jonás.

Esta Disposición de la Ley de Seguridad Ciudadana ha sido avalada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por el Tribunal Constitucional español. En este sentido, destaca la postura del Alto Tribunal de Estrasburgo, que en el Asunto N.D. y N.T. contra España, sobre la devolución de estos dos ciudadanos, maliense y marfileño respectivamente -que fueron retornados de inmediato a Marruecos al saltar la valla de Melilla (Demandas nº 8675/15 y 8697/15)- ha dictado Sentencia de 13 de febrero de 2020 respaldando la aplicación de la Disposición Adicional, lo que contradice su postura inicial, marcada por la condena a España en octubre de 2017 por tales prácticas. El cambio de postura se fundamenta en el argumento de que existe la posibilidad de entrada por la vía regular, ya que las personas devueltas “podrían haber solicitado un visado o protección internacional, en particular en el puesto fronterizo, pero también en las representaciones diplomáticas y consulares de España en sus respectivos países de origen o tránsito o bien en Marruecos” y justifican tal decisión en que “en ningún momento los demandantes habían alegado que los obstáculos encontrados fueron responsabilidad de las autoridades españolas”¹⁶⁶.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional español, en el mes de noviembre del año 2020 avaló la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Y dentro de ella, uno de los preceptos más controvertidos como es la Disposición Adicional Décima a la que hemos dedicado este epígrafe. El TC considera que esta Disposición “es constitucional condicionado a que se interprete de conformidad con una serie de consideraciones que se hacen en el fundamento jurídico 8 C), concretado en los siguientes puntos: I. Aplicación a las entradas individualizadas. II. Pleno control judicial; III. Cumplimiento de las obligaciones internacionales”¹⁶⁷. Igualmente, añade el TC que tal régimen especial para Ceuta y Melilla de rechazo en frontera de los extranjeros que intenten entrar ilegalmente “es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. Actuación material que lo será sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera”¹⁶⁸. Además, el rechazo ha de llevarse a cabo con las garantías que a las personas extranjeras reconocen la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. Y en todo caso, los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables (los menores de edad, las embarazadas o personas de edad avanzada)”¹⁶⁹.

4.El internamiento de extranjeros como medida cautelar

“Garantías procedimentales convertidas en papel mojado: legalidad de los rechazos en frontera a la luz del convenio europeo de derechos humanos”. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 110, 2020, págs.1-34.

¹⁶⁶ STEDH. Gran Sala. Asunto N.D. y N.T. contra España (Demandas nº 8675/15 y 8697/15), Estrasburgo, 13 de febrero de 2020.

¹⁶⁷ STC 172/2020, de 19 de noviembre.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ En tal sentido, *ibidem*.

El punto de partida del análisis que se efectuará a continuación debe ser el artículo 26.2 de la Ley 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España que acoge la figura del “internamiento en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario”. Figura que se reproduce en el reglamento de 2014 que lo regula, aprobado por RD 162/2014, de 14 de marzo, cuya Exposición de Motivos estipula “la posibilidad de que el juez de instrucción acuerde, como medida cautelar vinculada a la sustanciación o ejecución de un expediente de expulsión, el internamiento, a disposición judicial, de extranjeros en locales que no tengan carácter penitenciario”. Si hacemos un repaso de las reformas operadas en la Ley de Extranjería estudiadas con anterioridad, se observa cómo con la LO 4/2000, de 11 de enero, se asientan las bases de la nueva regulación del internamiento, partiendo de los postulados de la STC 115/1987, de 7 de julio¹⁷⁰; con la LO 8/2000, de 22 de diciembre, se determina que el internamiento preventivo es una medida cautelar para determinados supuestos y se amplía su ámbito de aplicación; la LO 11/2003, de 24 de septiembre, permite su adopción desde la incoación de un expediente sancionador; y con la LO 14/2003, de 20 de noviembre, se introdujo la posibilidad de internamiento en los casos en que la devolución (por cualquier causa) del extranjero no pudiera acometerse en el plazo de 72 horas y se incorporaron los artículos 62 bis, ter, quater, quinquis y sexies, ya vistos previamente¹⁷¹.

Fue la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, vigente Ley de Extranjería, la que otorgaba al Gobierno el plazo de seis meses para aprobar un Reglamento que desarrollara tal régimen. Si bien es cierto que no se cumplió con el plazo proporcionado por la Ley Orgánica, sí se cumplió con el mandato contenido en tal Disposición al crearse dicho Reglamento por el RD 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

El Reglamento recoge en un total de 59 artículos, cuatro Disposiciones Adicionales y una Disposición Transitoria una regulación centrada en las competencias, estructura y organización general de estos centros; derechos y deberes de los extranjeros internados; el procedimiento relativo a los ingresos, salidas, traslados y condiciones; así como, medidas de control, vigilancia inspección y seguridad en los centros.

Por lo que respecta al ingreso en los centros de internamiento, de conformidad con el artículo 62 LOEX, cabe destacar los siguientes aspectos: en primer lugar, el hecho de necesitar resolución de la autoridad judicial competente para la privación de libertad del extranjero interno. En segundo, que tal privación de libertad no se produce como consecuencia de una condena penal, sino que es una medida cautelar impuesta al extranjero que se encuentra en situación de irregularidad mientras se resuelve el expediente administrativo de expulsión, devolución o retorno en el que están inmersos. En tercero y último, que la privación de libertad no puede ser superior a sesenta días, transcurridos los cuales deberá estar finalizado el

¹⁷⁰ Esta Sentencia declaraba la plena constitucionalidad del internamiento ante el recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo, que entendía que el carácter administrativo del procedimiento de expulsión derivaba en la imposibilidad de la Administración de imponer sanciones privativas de libertad.

¹⁷¹ En esta línea, SANTACRUZ DESCARTÍN, Diego. “Capítulo XIII. El internamiento preventivo de extranjeros”. *Extranjería*. Lafont Nicuesa (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 457.

expediente administrativo que decida sobre su situación en España, ya que de lo contrario permanecerán en nuestro país en situación de alegalidad.

Como ya hemos visto en anteriores apartados, los procedimientos administrativos que pueden tramitarse en relación con un extranjero en los que tenga cabida la medida cautelar de internamiento son los expedientes de expulsión, devolución y denegación de entrada. En estos dos últimos casos, cuando no pueda procederse a la ejecución de la devolución o bien la denegación de entrada no pueda efectuarse en el plazo de las 72 horas siguientes a la resolución que así lo acuerde, se acordará la medida cautelar de internamiento¹⁷².

Continuando con las causas de internamiento, las contempla el ya examinado artículo 62 de la Ley de Extranjería, que dispone lo siguiente: “Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador”. Es decir, la comisión de las infracciones muy graves y graves previstas en los artículos 53.1 a), d) y f), 54.1 a) y b) y artículo 57.2 (que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año) son las ocasiones en que puede acordarse el ingreso del extranjero en un centro de internamiento. Igualmente, y en lo que respecta a las razones que suelen justificar la medida cautelar de internamiento, se encuentran el riesgo de incomparecencia por ausencia de domicilio, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes¹⁷³.

Pasando al estudio de la naturaleza jurídica del internamiento, el artículo 61 e) de la Ley de Extranjería se refiere a la misma como “medida cautelar”. Autores como NÚÑEZ HERRERA entienden que es una medida cautelar plena porque “cumplen los presupuestos, características y requisitos de las medidas cautelares al ser un acto originario, independiente que cumple las características de accesoriedad, provisionalidad, funcionabilidad y urgencia (...) además de la variabilidad, por cuanto la medida cautelar de internamiento puede ser modificada, sustituida o levantada, si cambiaran las circunstancias que conforman los presupuestos”¹⁷⁴. Sin

¹⁷²En relación con el expediente de expulsión, el artículo 61.1 e) de la Ley de Extranjería dispone que “desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento”. Igualmente, y relacionado con el expediente de devolución, el artículo 58.6 de la Ley de Extranjería establece que “cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión”. Por último y en lo que respecta a la denegación de entrada, el artículo 60.1.2º de la Ley de Extranjería señala que “la resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento”.

¹⁷³ Se recogen las motivaciones del internamiento en el artículo 62.1. 2º LOEX.

¹⁷⁴ NÚÑEZ HERRERA, Vladimir E. *Las medidas cautelares en los procedimientos de extranjería*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 333-334.

embargo, otro sector doctrinal, niega la naturaleza jurídica cautelar del internamiento. En esta línea, por ejemplo, MARTÍNEZ PARDO, que expone que “consideramos que el internamiento, aun cuando la LO 4/2000 lo regula dentro de las medidas cautelares, no lo es, a pesar de que intervenga el Juez en la autorización del mismo. Por el contrario, sí que se puede considerar como medida preventiva o provisional, adoptada con la finalidad de asegurar la eficacia de la ejecución del acuerdo de expulsión”¹⁷⁵. Y otros autores, como MARTÍNEZ ESCAMILLA, expresan “el temor fundado de que el internamiento de extranjeros pueda utilizarse, incluso se esté utilizando, no como una medida cautelar sino como una sanción encubierta destinada a castigar la irregularidad administrativa u hostigar al inmigrante para que regrese a su país y disuadir a los que aun estén pensando en emprender la aventura migratoria”¹⁷⁶. Como puede apreciarse, la situación del internamiento ha generado mucha controversia en la doctrina, habida cuenta de que el hecho de ingresar a un extranjero en uno de los centros habilitados para ello ante la comisión de una infracción administrativa, que no un delito, implica un régimen de privación de libertad. Controversia, en mi opinión, bien fundada, habida cuenta de que el artículo 25.3 de la Constitución Española prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que impliquen privación de libertad. Y ello, aun cuando la interpretación constitucional posterior llevada a cabo por la STC 115/1987, de 7 de julio, estimó que no se vulneraba la Constitución siempre y cuando se interprete que “la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión”¹⁷⁷. Es decir, se salva la pérdida de libertad a la que conlleva el internamiento por la obligatoriedad de la intervención de un juez para adoptar tal medida cautelar en un procedimiento administrativo. Juez que como dispone el artículo 62 de la Ley de Extranjería es el juez de instrucción, que dictará el oportuno auto de internamiento tras el correspondiente procedimiento que implica la adopción de la medida y que veremos a continuación¹⁷⁸.

Seguidamente y en cuanto al procedimiento de adopción de la medida cautelar de internamiento, se analizarán las actuaciones efectuadas por el Juzgado de Instrucción, teniendo como referencia los autos de internamiento adoptados por el Juzgado de Guardia de Melilla,

¹⁷⁵ MARTÍNEZ PARDO, Vicente. J. *La detención y el internamiento de extranjeros*. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2005, pág. 463.

¹⁷⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE. Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, 2009, pág. 258.

¹⁷⁷ *Ibidem*, págs. 256 y 257.

¹⁷⁸ Corresponde al juez de instrucción en virtud del artículo 62 LOEX el conocimiento de la medida de internamiento. No obstante, muchos autores como, por ejemplo, NÚÑEZ HERRERA, Vladimir E. *Las medidas cautelares ... cit.*, pág. 330, critican que no sea el Juez de lo Contencioso Administrativo, quien está especializado en materia administrativa, al mismo tiempo que propone una reforma de la LOPJ para añadir a su artículo 9.4 esta competencia para la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo expone al establecer que “el juez de lo contencioso puede controlar los derechos y libertades, así como la actuación administrativa respecto de la solicitud de internamiento de los extranjeros (...). Es el juez de lo contencioso-administrativo el que controla jurisdiccionalmente el acto administrativo y la actuación de la administración como juez de garantías, por tanto, puede controlar perfectamente el resto de las circunstancias legales que rodean a un internamiento. Por ello, entiendo que el más apto para adoptar la decisión de un internamiento, su control, mantenimiento, levantamiento y seguimiento de una medida de internamiento y su relación con el asunto principal es el juez de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, juzgados especializados en la materia administrativa de extranjería en sentido general”.

que es el Juzgado de Instrucción al que por normas de reparto le corresponde el conocimiento de estos asuntos:

a. En primer lugar, se inicia el procedimiento con la remisión del atestado de la Brigada de Extranjería y Fronteras de la Policía Nacional al Juzgado de Guardia (Juzgado de Instrucción) en el que solicitan el internamiento preventivo como medida cautelar de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 apartado E) de la vigente Ley de Extranjería. La petición suele fundamentarse en la imposibilidad de materializar la devolución en el plazo de setenta y dos horas por motivos operativos, al ser necesaria la documentación del extranjero por las Autoridades diplomáticas de su país, así como reservar billete para el traslado hasta su país de origen, trámites que se efectuarían en los siguientes días. Asimismo, en dicha solicitud también se incluye la localidad y dirección del Centro de Internamiento de Extranjeros en el que sería ingresado el extranjero¹⁷⁹.

b. Posteriormente, se toma declaración al extranjero, efectuándose las siguientes preguntas:

i. Cómo entró en España: a lo que suele alegarse alguna de las formas ya vistas de entrada en Ceuta y Melilla, como son los coches kamikazes, coches con doble fondo, uso de documentación falsa, salto de valla, etc.

ii. Si ha solicitado asilo político: la respuesta es “NO”

iii. Si tiene alguna vinculación con España (familia o medios económicos): la contestación suele ser que carece de domicilio fijo, que no tiene trabajo ni ingresos estables, ni tampoco familia en España.

iv. Si está de acuerdo con el internamiento: la respuesta es “SÍ” (aunque no con la devolución/expulsión), poniendo de manifiesto un deseo notable de ir a la Península, aun privado de libertad¹⁸⁰.

c. Seguidamente, se recaba informe del Ministerio Fiscal, en que se manifiesta no tener nada que oponer al internamiento. Así, se expone que el interesado ha sido interceptado por Agentes de la Autoridad careciendo de la documentación necesaria para su entrada y

¹⁷⁹ Resumen de un atestado de la Brigada de Extranjería y Fronteras de la Policía Nacional de Melilla remitido al Juzgado de Guardia de esta ciudad.

¹⁸⁰ En este punto, en que puede causar sorpresa que el extranjero esté conforme con el internamiento, hay que poner de manifiesto las llamadas devoluciones o expulsiones “inejecutables”, es decir, aquéllas que derivan de un procedimiento sancionador que finaliza con tal medida de expulsión pero que es imposible de llevar a la práctica, fundamentalmente por tres motivos: 1. España no logra conocer el país de origen del inmigrante. 2. España logra saber el país de origen, pero no existe convenio de devolución con el mismo. 3. España sabe cuál es el país de origen, pero no dispone de recursos para devolverlo a ese país (billete de avión). La consecuencia final es que después de toda la tramitación del procedimiento administrativo sancionador con la adopción de la medida cautelar de internamiento o acordada la devolución, el extranjero queda en libertad en España. Siendo sabedores de que su caso pueda ser el de una expulsión o devolución “inejecutable”, por las razones ya expuestas, la adopción de la medida de internamiento supone el desplazamiento del inmigrante desde Ceuta o Melilla a alguno de los siete Centros de Internamiento de Extranjeros que existen en España, ninguno de ellos en las Ciudades Autónomas (Madrid -Aluche, Barcelona-Zona Franca, Valencia-Zapadores, Murcia-Sangonera la Verde, Las Palmas-Barranco Seco, Fuerteventura- Barranco Seco y Algeciras-Tarifa). Así pues, la motivación para aceptar el internamiento radica en el hecho de que si finalmente y durante esos dos meses de internamiento, España no logra ser capaz de ejecutar la expulsión o devolución, el inmigrante queda en libertad. Pero va a quedar en libertad no en Ceuta y Melilla, donde realmente no le interesa estar, sino en la Península, con mayor libertad ambulatoria por la misma que incluye la posibilidad de trasladarse a Francia y otros países de la Unión Europea.

permanencia en nuestro país, sin que se le conozcan medios de vida ni lugar en el que ser hallado, por lo que entre tanto se instruye su expediente de devolución y de acuerdo con el art. 58.6 de LOEX, se hace preciso restringir su libertad de deambulaci3n, a fin de que a trav3s de la autoridad judicial, permanezca a disposici3n de la Administraci3n actuante hasta la finalizaci3n de su expediente, y en su caso, su devoluci3n¹⁸¹.

d. Finalmente, se adopta por el Juez Instructor el auto que acuerda el internamiento, cuya fundamentaci3n jur3dica principia con la invocaci3n del art3culo 17 de la Constituci3n Espa1ola, relativo a la libertad personal, que se reconoce igualmente a los espa1oles y a los extranjeros, precisando, no obstante, “que no es un derecho absoluto (...)”¹⁸². Adem3s, se hace referencia a la exigencia de motivaci3n de la resoluci3n, con respeto del derecho de defensa y valorando las circunstancias concurrentes en el caso, tales como la situaci3n legal o personal del extranjero o la probabilidad de su huida, entre otras. Igualmente, se invoca la excepcionalidad de la medida que exige de la aplicaci3n del criterio *favor libertatis*, que supone respetar la libertad del extranjero salvo razones de cautela o prevenci3n. Por 3ltimo, se expresa la justificaci3n de la medida desde el punto de vista constitucional, lo que implica cumplir tres requisitos: el primero, si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse m3s beneficios o ventajas para el inter3s general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto; en segundo, si la medida puede conseguir el objeto propuesto, lo que exige de un juicio de idoneidad; y por 3ltimo, que la medida sea necesaria, en el sentido de que no exista otra medida m3s moderada para conseguir el fin propuesto con igual eficacia. De esta forma, la primera de las exigencias se da por cumplida por la importancia de la ejecuci3n de la potestad sancionadora de la Administraci3n; la segunda, porque se preserva la presencia del detenido en Espa1a para asegurar, en su caso, la sanci3n de expulsi3n; y la 3ltima, por el escaso arraigo del extranjero que puede provocar el riesgo de fuga, adem3s de la voluntad clara de acceder a la Pen3nsula¹⁸³.

Por 3ltimo, es necesario poner de manifiesto la valoraci3n que por parte de la doctrina se efect3a de la medida de internamiento. As3, existen no pocas voces que entienden que el sistema espa1ol no tiene medidas alternativas a la privaci3n de libertad del inmigrante, con un absoluto protagonismo del internamiento, no habi3ndose establecido una estructura alternativa que responda a la l3gica de la proporcionalidad y la excepcionalidad en el respeto al derecho a la libertad¹⁸⁴. Pero no s3lo se afecta a la libertad sino tambi3n a la seguridad. Ambos, son derechos contenidos en el art3culo 3 de la Declaraci3n Universal de Derechos Humanos y el art3culo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Pol3ticos, derechos que se ven tensionados cuando no se ha cometido ning3n delito. Adem3s, la desproporci3n de la medida

¹⁸¹ Informes del Ministerio Fiscal extra3do de los procedimientos de Diligencias Indeterminadas/Previas incoados en el Juzgado de Guardia de Melilla como motivo del internamiento de extranjeros.

¹⁸² A mayor abundamiento y para este caso determina el Tribunal Constitucional (SSTC 94/1993, 22 de marzo y 242/1994, de 20 de julio) que existen una serie de garant3as para los extranjeros basadas en los art3culos 13, 19 y 24 CE y que se interpretan a la luz del Pacto Internacional de derechos Civiles y Pol3ticos, lo que supone que su expuls3n s3lo puede producirse en virtud de una decisi3n conforme a la ley y con derecho a oponer las razones que le asistan contra esta medida.

¹⁸³ El apartado d) “fundamentaci3n jur3dica” ha sido obtenido de los autos resolutorios de los procedimientos de adopci3n de la medida cautelar de internamiento habidos en el Juzgado de Guardia de Melilla.

¹⁸⁴ En dicha l3nea S3NCHEZ TOM3S, J. Miguel. “Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares”. *Eun3mia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n3 5, septiembre 2013-febrero 2014, p3gs. 84-85.

hace que ésta sea discriminatoria y, por ende, incompatible con el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁸⁵.

III. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE EXTRANJERÍA Y OTROS

1. Población extranjera empadronada en España

A fin de ofrecer una visión general de la población extranjera habida en España, en este primer apartado, se ofrece la estadística de empadronamiento de los años 2018-2022 (último disponible) en nuestro país. Por consiguiente, ha de entenderse que estamos hablando de población residente y, por ende, extranjeros en situación de regularidad:

Gráfico 17. Población extranjera empadronada en España, 2018-2022.

	2018	2019	2020	2021	2022
Población Extranjera empadronada a 1 de enero	4.731.691	5.036.878	5.434.153	5.440.148	5.434.153

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La justicia dato a dato. Año 2022. Estadística judicial*, Madrid, 2023. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/> (fecha de consulta: 2 de mayo de 2024).

Como puede observarse, en apenas cinco años se ha producido un incremento de casi un millón de extranjeros empadronados en España, pasando de los 4731691 millones del año 2018 a la cifra de 5434153 millones en el año 2022. Un dato significativo es la paralización de la tendencia ascendente en los años 2020, 2021 y 2022. De nuevo, como ya hemos apuntado en otros apartados de esta tesis, la razón puede estar en la pandemia COVID-19, que supuso una paralización mundial en los movimientos de personas en el mundo, no sólo desde el punto de vista migratorio, en la que también la fluctuación de estos flujos se vio enormemente afectada, tal y como puede comprobarse.

Seguidamente, se añade un gráfico que indica la población residente en España a 1 de julio de 2023 (último dato disponible):

¹⁸⁵ En dicho sentido, SOLANES CORELLA, Ángeles. “Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 19, 2016, págs. 70-71. Disponible en: <https://www.rtd.es/numero19/02-19.pdf> (fecha de consulta: 15 de enero de 2024).

Gráfico 18. Población residente en España a 1 de julio de 2023.

Población residente en España ECP		
	Valor	Variación anual
Población total	1 48.446.594 	1,10 
Hombres	1 23.726.731 	1,05 
Mujeres	1 24.719.863 	1,14 
Extranjeros	1 6.373.463 	7,59 

1. Datos de 1 de octubre de 2023 (Provisional)

Fuente: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Estadística continua de población. Últimos datos* (s.f.). Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177095&menu=ultiDatos&idp=1254735572981 (fecha de consulta: 16 de enero de 2024).

Del mismo se puede extraer el porcentaje de población extranjera en España en relación con el total. Así, de acuerdo con los datos provisionales del INE, si a fecha 1 de octubre de 2023 había un total de 48446594 millones de personas empadronadas en España, el 13,15 % (6373463 millones) correspondía a población extranjera. Estas cifras proporcionadas en este apartado serán de utilidad a fin de entender la estadística que se desarrollará en los siguientes epígrafes.

2. Asuntos de extranjería ingresados en los juzgados de instrucción

A continuación, se ofrecen los datos estadísticos de los asuntos relacionados con la Ley de Extranjería ingresados en los juzgados de instrucción. La cuestión que se plantea, en principio, es determinar qué asuntos administrativos (derivados de la aplicación de la Ley de Extranjería) puedan ser tratados en un juzgado de instrucción, que como sabemos, tiene entre sus competencias la fase de investigación de un delito en aplicación del Código Penal. Como vimos en apartados anteriores, la explicación radica en los autos de internamiento adoptados por el juez de instrucción en cumplimiento del RD 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Es decir, el internamiento como medida cautelar en los casos en los que se esté tramitando el expediente de expulsión, devolución o denegación de entrada/retorno de dicho extranjero que se encuentra en situación ilegal en nuestro país. Sin ánimo de reproducir lo ya manifestado en este capítulo, el internamiento del extranjero en un CIE por un máximo de sesenta días supone para dicho extranjero una privación de libertad. Privación de libertad que en nuestro país sólo puede ser acordada por un juez, recayendo en el presente caso, en el juez de instrucción, según lo acordado por el artículo del ya mencionado RD 162/2014, de 14 de marzo. La razón por la que el legislador optó por el juez de instrucción para la adopción de la medida cautelar de internamiento se desconoce, pero quizá el hecho de que tales jueces sean los encargados de decretar la prisión provisional en la fase de instrucción de un hecho delictivo,

ha derivado en que se haya pensado en ellos para la adopción del internamiento, en una posible analogía entre éste y la mencionada medida cautelar penal. Otra posibilidad es la relativa inmediatez que exige el internamiento, habida cuenta de que debe decretarse si no es posible resolver sobre el expediente de expulsión, devolución o denegación de entrada en el plazo de 72 horas. Y precisamente si hay un juez que puede actuar de manera ágil e inminente ante un asunto, es el juez de instrucción en funciones de guardia. No obstante, son éstas, disquisiciones que no muestran una verdad absoluta sobre la intención del legislador.

Los datos son los que siguen:

Gráfico 19. Asuntos de la Ley de Extranjería ingresados en los juzgados de instrucción, 2018-2022

	2018	2019	2020	2021	2022
Asuntos Ley Extranjería ingresados Jdos. de Instrucción	9.776	10.403	4.178	3.643	3.632

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La justicia dato a dato. Año 2022. Estadística judicial*, Madrid, 2023, pág. 75.

Según el gráfico indicado, se observa una tendencia al alza entre los años 2018 y 2019, en que se alcanza la cifra de 10403 asuntos de extranjería, principalmente órdenes de internamiento, tratados en los juzgados de instrucción. Tales cifras están en consonancia con la entrada irregular de extranjeros en España. En este sentido, hay que recordar que en el año 2017 se produce la entrada de 27834 extranjeros tanto de forma terrestre como por nuestras costas, alcanzando la cifra récord de 64298 entradas de extranjeros en el año 2018 y reduciéndose a la mitad las entradas en 2019. Justamente, parece existir un paralelismo evidente con los plazos en la tramitación de los diversos expedientes administrativos (se reflejarían las cifras de llegadas de un concreto año, p. e. 2018, en la tramitación de asuntos del año siguiente, esto es 2019).

El dato llamativo, por romper con la tendencia aludida, es el de los años venideros, con una reducción drástica y progresiva en órdenes de internamiento. Y esto es así, por la razón antedicha (relación entre llegadas ilegales y tramitación de expedientes en el año siguiente a tal llegada). No obstante, aun habiendo una disminución del número de inmigrantes llegados a nuestro país, pareciera que no en número suficiente con tal descenso, de conformidad con la evolución observada. Una posible explicación podría radicar, otra vez, en la pandemia COVID-19 que asoló nuestro país y el resto del mundo. Consecuencia de ésta, fue la paralización casi total durante los meses del confinamiento del desempeño laboral en toda la Administración. Dicha razón, explicaría esa notable reducción en los autos de internamiento acordados por los jueces de instrucción en España.

3. Asuntos de extranjería ingresados en los juzgados de lo contencioso administrativo

Finalmente, se introducen en este epígrafe las estadísticas de los asuntos habidos en los juzgados de lo contencioso administrativo como consecuencia de la aplicación de la Ley de Extranjería. Son los siguientes:

Gráfico 20. Asuntos de la Ley de Extranjería ingresados en los juzgados de lo contencioso administrativo, 2013-2022.

	2013	2014	2015	2016	2017
Asuntos de Extranjería ingresados Jdos. de lo Cont. Administrativo	23.637	23.930	22.177	21.662	22.181

	2018	2019	2020	2021	2022
Asuntos de Extranjería ingresados Jdos. de lo Cont. Administrativo	31.940	47.398	24.536	25.726	25.484

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La justicia dato a dato. Año 2022. Estadística judicial*, Madrid, 2023, pág. 75 y *La justicia dato a dato. Año 2017. Estadística judicial*, Madrid, 2018, pág. 72.

Como puede comprobarse, al igual que en el apartado anterior en que se estudiaban los asuntos ingresados en los juzgados de instrucción como consecuencia de la aplicación de la Ley de Extranjería, en este apartado que se dedica al análisis de los datos de extranjería en los juzgados de lo contencioso administrativo, se observa la misma tendencia. Esto es, el incremento progresivo desde en los años 2018 y 2019 con una disminución considerable en el año 2020, a casi la mitad de los asuntos. Las posibles motivaciones que llevan a tales cifras son las mismas invocadas en el apartado anterior, habida cuenta del paralelismo entre los asuntos estudiados en los juzgados de lo contencioso administrativo (recursos contra las resoluciones de devolución, expulsión, denegación de entrada) con los tratados en el juzgado de instrucción (fundamentalmente, internamientos en los CIE como medida cautelar en los procedimientos antedichos). La disminución del año 2020 puede deberse, aparte de la reducción de llegadas a la mitad en el año 2019 respecto a 2018, también a la pandemia COVID-19, que igualmente conllevó a la interrupción, en este caso, de la Administración de Justicia y por ende de los juzgados de lo contencioso administrativo, con una cuasi paralización de la actividad judicial entre los meses de marzo y mayo.

Seguidamente, se añaden por años (2018 a 2022) y Comunidades Autónomas las estadísticas existentes en relación con el porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados del año de referencia en los juzgados de lo contencioso administrativo. Se incluyen dichas tablas a fin de obtener una radiografía del volumen de asuntos de extranjería existente en estos órganos judiciales en los años señalados.

Gráfico 21. Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2018.

Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2018		
	Juzgado de lo Contencioso Administrativo	T.S.J.
Andalucía	43,6%	0,1%
Aragón	17,4%	0,0%
Asturias, Principado de	7,6%	0,0%
Balears, Illes	22,6%	0,3%
Canarias	18,4%	0,6%
Cantabria	27,4%	0,0%
Castilla y León	12,8%	0,0%
Castilla - La Mancha	11,6%	0,0%
Cataluña	27,0%	0,0%
Comunitat Valenciana	12,4%	0,0%
Extremadura	5,8%	0,0%
Galicia	7,7%	0,0%
Madrid, Comunidad de	19,4%	14,2%
Murcia, Región de	28,3%	0,0%
Navarra, Com. Foral de	9,8%	0,5%
País Vasco	38,9%	0,1%
Rioja, La	17,4%	0,0%
ESPAÑA	25,6%	3,6%

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La justicia dato a dato. Año 2018. Estadística judicial*, Madrid, 2019, pág. 72.

Como se puede comprobar en este primer gráfico relativo a 2018, casi un 26% del total de asuntos de los juzgados de lo contencioso administrativo fueron de extranjería, lo que supone afirmar que, uno de cada cuatro asuntos tratados en estos órganos se refería a la aplicación de la LOEX. Por Comunidades Autónomas destaca Andalucía, con casi un 44% de asuntos respecto al total, seguido del País Vasco con un 38.9% y Murcia con un 28,3%.

Gráfico 22. Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2019.

Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2019		
	Juzgado de lo Contencioso Administrativo	T.S.J.
Andalucía	63,7%	0,2%
Aragón	14,2%	0,0%
Asturias, Principado de	6,7%	0,0%
Balears, Illes	21,2%	0,2%
Canarias	14,6%	0,7%
Cantabria	19,1%	0,0%
Castilla y León	12,8%	0,0%
Castilla - La Mancha	12,9%	0,0%
Cataluña	30,5%	0,0%
Comunitat Valenciana	14,6%	0,0%
Extremadura	5,7%	0,0%
Galicia	7,7%	0,0%
Madrid, Comunidad de	18,1%	10,1%
Murcia, Región de	32,2%	0,0%
Navarra, Com. Foral de	4,7%	0,4%
País Vasco	39,0%	0,1%
Rioja, La	21,2%	0,3%
ESPAÑA	34,4%	3,3%

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La justicia dato a dato. Año 2019. Estadística judicial*, Madrid, 2020, pág. 71.

En 2019 continúa al alza la tendencia iniciada en 2018, al situarse la tasa de asuntos de extranjería en el 34,4 % de la totalidad de asuntos de los juzgados de lo contencioso administrativo. Por regiones, nuevamente vuelve a despuntar Andalucía, con un 63,7%, seguido de País Vasco con un 39% y de la Región de Murcia con un 32,2 %. Seguidamente será estudiado con detenimiento el caso andaluz, con cifras escandalosas respecto al total de las materias a tratar en los órganos judiciales.

Gráfico 23. Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2020.

Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2020

	Juzgado de lo Contencioso Administrativo	T.S.J.
Andalucía	41,6%	0,0%
Aragón	15,3%	0,0%
Asturias, Principado de	6,2%	0,0%
Baleares, Illes	25,9%	0,0%
Canarias	15,6%	0,2%
Cantabria	16,2%	0,0%
Castilla y León	13,4%	0,0%
Castilla - La Mancha	11,3%	0,0%
Cataluña	28,6%	0,0%
Comunitat Valenciana	19,1%	0,0%
Extremadura	5,4%	0,0%
Galicia	6,0%	0,0%
Madrid, Comunidad de	17,1%	6,1%
Murcia, Región de	32,5%	0,0%
Navarra, Com. Foral de	6,4%	0,3%
País Vasco	29,0%	0,0%
Rioja, La	19,6%	0,0%
ESPAÑA	24,2%	1,7%

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La justicia dato a dato. Año 2020. Estadística judicial*, Madrid, 2021, pág. 71.

En el año 2020 se invierte la tendencia al alza de los últimos años, situándose nuevamente en las cifras del año 2018, rozando el 25%. Sobresalen los datos de Andalucía, con un 41,6% de asuntos de extranjería en sus juzgados, seguido de Murcia con el 32,5% y País Vasco con el 29%. Sin ánimo de reproducir lo ya argumentado, se insiste en la influencia de la pandemia COVID 19 a partir del año 2020 y en los venideros.

Gráfico 24. Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2021.

Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2021

	Juzgado de lo Contencioso Administrativo	T.S.J.
Andalucía	33,3%	0,1%
Aragón	17,3%	0,0%
Asturias, Principado de	8,1%	0,0%
Baleares, Illes	32,5%	0,0%
Canarias	25,5%	0,2%
Cantabria	16,5%	0,0%
Castilla y León	13,2%	0,0%
Castilla - La Mancha	11,4%	0,0%
Cataluña	23,2%	0,0%
Comunitat Valenciana	19,7%	0,0%
Extremadura	7,1%	0,0%
Galicia	5,5%	0,0%
Madrid, Comunidad de	14,7%	8,8%
Murcia, Región de	35,4%	0,0%
Navarra, Com. Foral de	7,6%	0,0%
País Vasco	24,0%	0,0%
Rioja, La	14,3%	10,0%
ESPAÑA	21,8%	2,5%

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La justicia dato a dato. Año 2021. Estadística judicial*, Madrid, 2022, pág. 74.

En el año 2021 se consagra el descenso iniciado en 2020 y destacan por Comunidades Autónomas los datos de Murcia, a la cabeza con un 35.4% de asuntos de extranjería, seguido de Andalucía con un 33,3 % e Islas Baleares con un 32.5%. Como puede apreciarse, todas ellas, zonas bañadas por el mar Mediterráneo.

Gráfico 25. Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2022.

Porcentaje de los asuntos de extranjería respecto al total de ingresados en 2022

	Juzgado de lo Contencioso Administrativo	T.S.J.
Andalucía	31,5%	0,1%
Aragón	17,5%	0,0%
Asturias, Principado de	9,8%	0,0%
Baleares, Illes	33,8%	0,0%
Canarias	11,5%	0,1%
Cantabria	13,2%	0,0%
Castilla y León	12,4%	0,0%
Castilla - La Mancha	11,8%	0,1%
Cataluña	28,6%	0,0%
Comunitat Valenciana	22,5%	0,0%
Extremadura	7,0%	0,0%
Galicia	6,2%	0,0%
Madrid, Comunidad de	12,1%	10,6%
Murcia, Región de	38,8%	0,1%
Navarra, Com. Foral de	10,9%	0,0%
País Vasco	38,8%	0,0%
Rioja, La	17,1%	0,0%
ESPAÑA	21,0%	3,4%

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La justicia dato a dato. Año 2022. Estadística judicial*, Madrid, 2023, pág. 75.

Finalmente, el año 2022 tiene unos datos muy similares a los del 2021, manteniéndose el porcentaje total de asuntos de extranjería respecto al total en el 21% y siendo las Comunidades Autónomas más destacadas, de nuevo, Murcia con 38.8%, Islas Baleares con un 33.8 % y Andalucía con un 31.5 %. Sobresale la subida del País Vasco, que se sitúa en el 38.8 %.

Para finalizar con la estadística reseñada en este apartado, incluyo a continuación las cifras obtenidas para Melilla en el año 2023, como reflejo de lo que ocurre no sólo en esta Ciudad, sino también en la Ciudad Autónoma de Ceuta. Quizá en este punto, cabe reprochar al CGPJ la ausencia de los datos de ambas Ciudades. Ténganse en cuenta, que uno de los mayores puntos de entrada irregular de inmigrantes en nuestro país se produce por ambas Ciudades Autónomas, no sólo a través de los saltos de las vallas respectivas sino también de forma ilegal por los puestos fronterizos habilitados y con la llegada a sus costas mediante el uso de pateras o cayucos. De hecho, ya fue abordado este tema en el Capítulo I de este trabajo.

Tabla 8. Asuntos ingresados en los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Melilla, 2023

AÑO 2023	TOTAL INGRESADOS	TOTAL EXTRANJERÍA	PORCENTAJE EXTRANJERÍA
Juzgado Cont. Advo. nº 1	108	43	39.81 %
Juzgado Cont. Advo. nº 2	110	43	39,09 %
Juzgado Cont. Advo. nº 3	115	45	39.13 %
TOTAL MELILLA	333	131	39.33 %

Fuente: elaboración propia

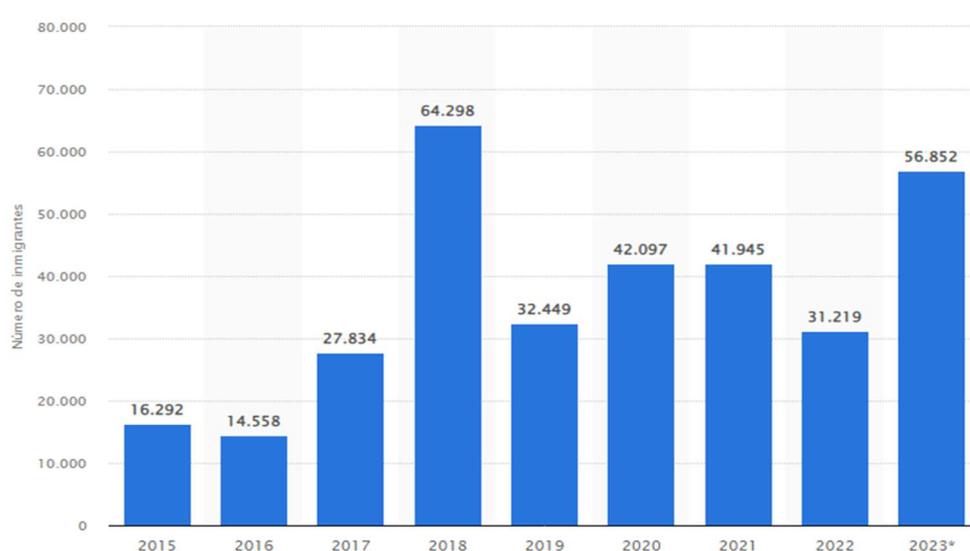
Como puede comprobarse, lo argumentado anteriormente para las Comunidades Autónomas examinadas es válido también para la Ciudad Autónoma de Melilla, donde se observa un amplio volumen de asuntos de extranjería (39.33 % de la totalidad de las materias tratadas), que viene a reflejar la cantidad de recursos interpuestos frente a los expedientes administrativos derivados de la Ley de Extranjería, fundamentalmente devolución de extranjeros. Tal circunstancia refrenda lo ya examinado en el primer capítulo, es decir, que las Ciudades Autónomas son dos de los puntos de entrada principales de la inmigración ilegal en España.

4. Análisis de los datos estadísticos

Para finalizar este epígrafe, se extraerán unas conclusiones respecto a la evolución observada con las estadísticas aportadas, tratando de precisar las causas por las que se produce esa progresión de datos. Tales conclusiones son las que siguen:

a. Se aprecian unas cifras particularmente altas en el volumen de asuntos de extranjería en los juzgados de lo contencioso administrativo en el año 2018, con una nueva subida significativa en el año 2019. Así pues, si en 2015 hay un total de 22177 asuntos de extranjería en los juzgados de lo contencioso administrativo, en 2019 alcanzan los 47398 asuntos. Esto supone un incremento del 114 % en tan sólo cinco años. Para valorar la posible explicación a ese incremento, podemos acudir al epígrafe 1.1 “Rutas de los inmigrantes hacia Europa” del apartado IV del Capítulo I de esta tesis, en la que también con datos estadísticos mostrábamos la evolución de la llegada de inmigrantes a Europa por las tres rutas que analizamos en su momento, esto es la ruta del Mediterráneo occidental, central y oriental. Para hacer una valoración comparativa correcta, se aporta un nuevo gráfico evolutivo.

Gráfico 26. Número total de inmigrantes irregulares llegados a España, 2015-2023



Fuente: FERNÁNDEZ, Rosa. “Número total de inmigrantes irregulares que llegaron a España entre 2015 y 2023”. *Statista*. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1039916/inmigrantes-irregulares-llegados-a-espana/> (fecha de consulta: 16 de enero de 2024)

Si nos centramos en la ruta occidental (España), apreciamos cómo especialmente el año 2018 fue un año complicado con la llegada de 64298 inmigrantes a nuestro país en comparación con los años 2015 y 2016, en los que las cifras oscilaban en torno a los 15000 inmigrantes con destino España. ¿Cómo pueden relacionarse los datos de llegada de inmigrantes con los números de los asuntos de extranjería en los juzgados de lo contencioso administrativo? Pues bien, este incremento en la llegada de inmigrantes en el año 2018, (64298 inmigrantes del año 2018 frente a los 16292 inmigrantes del año 2015) tiene su reflejo en el incremento producido en los números de los juzgados de lo contencioso administrativo del año 2019 (47398 asuntos de extranjería en 2019 frente a los 22177 del año 2015). Es decir, se acrecienta notablemente la tramitación de los recursos contenciosos administrativos contra las resoluciones de expulsión y devolución en el año 2019 de los inmigrantes que entraron en España en el año 2018.

b. Si examinamos los datos por regiones, vemos cómo Ceuta, Melilla y Andalucía son las zonas de España con un mayor porcentaje de asuntos de extranjería respecto a la totalidad de asuntos tratados en los juzgados de lo contencioso administrativo. La explicación está vinculada con la que apuntábamos anteriormente. Si acudimos de nuevo al Capítulo I de esta tesis, en este caso al epígrafe 1.2 “Rutas de inmigrantes hacia España” del apartado IV, observamos cómo son dos las rutas utilizadas por los inmigrantes para llegar a España.

- La primera, la terrestre, a través de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, mediante la utilización de coches kamikazes, coches con dobles fondos, entrada a pie a través de los pasos fronterizos mediante un documento de identidad falso o un documento auténtico utilizado por quien no es su titular y, por último, a través del salto de las vallas de ambas Ciudades Autónomas.

Esta situación explica los porcentajes elevadísimos de los asuntos de extranjería en sus juzgados de lo contencioso administrativo, que abarcan un 40 % del total de materias tratadas en ellos.

- La segunda, la marítima, que implicaba cruzar el Estrecho de Gibraltar en pateras. ¿Cuál es el destino de dichas pateras? Las costas andaluzas. Por eso el porcentaje de asuntos de extranjería respecto al total es de por sí elevado en dicha Comunidad Autónoma en relación con el resto de Comunidades Autónomas. Pero lo más significativo vuelve a ser de nuevo la relación entre la llegada de inmigrantes y el ingreso de recursos en los juzgados de lo contencioso administrativo. Así, se aprecia cómo en el año 2019 el volumen es del 63,7 %, lo que quiere decir que seis de cada diez casos que se tramitan en los juzgados de lo contencioso administrativo de Andalucía son de extranjería.

Para corroborar la relación existente entre la llegada de inmigrantes a Ceuta, Melilla y Andalucía con el incremento en el volumen de materia de extranjería en los juzgados de lo contencioso administrativo, hay que remitirse de nuevo al epígrafe 1.2 “Rutas de inmigrantes hacia España” del apartado IV del Capítulo I de esta tesis doctoral. De ella hay que reseñar que la llegada por mar en el año 2017 fue de 21971 inmigrantes y 57498 en el año 2018, frente a las oscilaciones en torno a los 5000 desde los años 2014 a 2016, lo que nuevamente vuelve a explicar la relación existente entre ese incremento en las llegadas por mar a las costas andaluzas con el aumento de recursos de extranjería interpuestas ante los juzgados de lo contencioso administrativo de la Comunidad Autónoma andaluza.

c. En la misma situación que Ceuta, Melilla y Andalucía, aunque no de manera tan considerable, se encuentran Murcia y las Islas Baleares, con un elevado porcentaje de asuntos de extranjería en relación con la totalidad de materias tratadas en sus juzgados de lo contencioso administrativo. La explicación radica en que son también Comunidades Autónomas con salida al Mar Mediterráneo y, por consiguiente, destino de los inmigrantes que entran a España a través de sus costas.

d. Finalmente, otras Comunidades con gran volumen de asuntos de extranjería son aquéllas con un gran volumen de población en general y de población inmigrante en particular, como pueden ser Madrid, Cataluña y País Vasco.

PARTE SEGUNDA
DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS
CIUDADANOS EXTRANJEROS

CAPÍTULO TERCERO

EVOLUCIÓN Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. DERECHO COMPARADO

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. La trascendencia de la política criminal en la evolución del delito

Las diferentes reformas legislativas que operan sobre un precepto a lo largo del tiempo dan lugar a la denominada “evolución del delito”, que responde a diversas motivaciones y circunstancias, en particular, políticas y sociales. La combinación de ambos contextos nos puede conducir a un concepto muy presente en el desarrollo del delito, cual es la política criminal.

Es la política criminal la que marca la transformación de un delito en el tiempo través de sus reformas. A su vez, influye en tal desarrollo las dos vertientes que configuran esta materia: la política criminal como manera de hacer política y la Política Criminal como disciplina. Desde el primer punto de vista, se manifiesta a través de la forma de gobierno del Estado y la gestión que como consecuencia de ello se hace de los asuntos públicos. Mediante esta posición, la política criminal “designa al planteamiento que desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal”¹⁸⁶. Sin embargo, la Política Criminal como disciplina es un concepto mucho más amplio y profundo, una auténtica teoría que “estudia la orientación y los valores que sigue o protege, o que debiera seguir o proteger, la legislación penal entendida de forma amplia (material y procesal), o el conjunto de medidas administrativas o sociales que inciden sobre la criminalidad. Así, mediante esta concepción, se persigue la búsqueda de ideas o criterios que permitan dar respuesta al fenómeno criminal, o como manifiesta BORJA JIMÉNEZ, “aportar criterios teóricos, de justicia, de eficacia o de utilidad que van dirigidos al legislador para que lleve a cabo las correspondientes reformas de las leyes penales de forma racional, satisfaciendo los objetivos de hacer frente al fenómeno criminal salvaguardando al máximo las libertades y garantías de los ciudadanos”¹⁸⁷.

De esta forma, en la evolución típica que ha mantenido el artículo 318 bis CP, han confluído aspectos de política criminal nacional, pero también de carácter internacional. A este respecto, no hay que olvidar el germen de la regulación del delito, que no es otro que el fenómeno migratorio. Problema éste, transnacional que trasciende, por ende, la solución dada por los países a título particular. Precisamente, España como Estado miembro integrante de la Unión Europea, va a estar influenciado en su política criminal por este ente supranacional. E incluso de manera más amplia, las resoluciones de Naciones Unidas sobre esta determinada materia van a resultar trascendentales en el fuero interno. En consecuencia, protocolos, tratados, directivas o decisiones marco, entre otras, marcan el futuro y contenido de las actividades delictivas que deben ser insertas en los códigos penales de cada país y animan al legislador nacional a efectuar las modificaciones pertinentes para adecuar una respuesta con base a tales directrices.

¹⁸⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, volumen LVI, 2003, pág. 130.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pág. 131.

De este modo, son distintas reformas articuladas por diversas leyes orgánicas las que han conducido a la redacción ahora vigente. Pero, en primer lugar, es imprescindible encontrar el sentido de su inserción en el Código Penal, lo que se pondrá de manifiesto con un epígrafe dedicado a estudiar los antecedentes legislativos del precepto, para así poder examinar las diferentes relaciones que el actual delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros ha tenido con otras situaciones asimiladas, como puede ser el tráfico ilegal de personas en su vertiente laboral o sexual. Por ello, apreciará el lector cómo frecuentemente se hace referencia a los delitos de los artículos 312 y 313 CP, así como el artículo 188.2 CP y la transformación - e incluso eliminación- que también éstos padecen, precisamente por causa de la evolución de nuestro artículo 318 bis CP. Igualmente, se recordarán y completarán las causas por las que en el Código Penal de 1995 no hay rastro de regulación alguna respecto a este delito. Nuevamente, como se ha hecho en muchas ocasiones a lo largo de esta tesis, se rememorará la importancia del Consejo de Tampere de 1999 y sus conclusiones.

A mayor abundamiento, en este concreto tema, no ha sido fácil aplaudir la labor del legislador del momento. De esta suerte, se ha utilizado a menudo una deficiente técnica que ha generado mucho desconcierto y especiales dificultades de delimitación del objeto del delito con otras materias afines. Así, la introducción en el año 2003 del término “inmigración clandestina” provocó una oleada de críticas doctrinales, habida cuenta de la confusión a la que podía conllevar su no asimilación al “tráfico ilegal” que ya constaba en el tipo. Se trató por muchos autores y Tribunales de efectuar una interpretación que satisficiera el sentido para el cual se había incluido, analizando si ambos términos eran o no equiparables y si, en definitiva, también se pretendía perseguir conductas de trata de seres humanos. La modificación del año 2010, que conduce a la creación del artículo 177 bis CP, así como la supresión del 313.1 y 188.2 CP, serán fundamentales para poner algo de orden en una materia que llegaba a ser excesivamente compleja en su acotación y con graves problemas concursales. La última de las reformas, 2015, es la vigente y ha facilitado una cierta estabilidad en este campo, puesto que ya ha transcurrido un largo periodo de tiempo sin atisbo de cambio. No obstante, no son pocas las voces que, ante el auge reciente de la inmigración irregular, tanto en España como en Europa, alientan reformas que proporcionen argumentos más pertinentes y adecuados a la nueva coyuntura. En resumen, razones de política criminal, con un marcado objetivo de búsqueda de estrategias y nuevas soluciones ante un contexto novedoso y desbordante.

2. La importancia del Derecho Comparado

Define SIRVENT GUTIÉRREZ el Derecho Comparado como “la disciplina que confronta las semejanzas y diferencias de los diversos sistemas jurídicos con la finalidad de comprender y mejorar el derecho de un Estado determinado. El Derecho Comparado obedece a que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro. Así, su estudio es necesario para apreciar tanto las diferencias y las similitudes como los defectos y los aciertos de ese orden, esto con el fin de perfeccionar las instituciones de un país y, por ende, su sistema jurídico”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo. “La importancia del Derecho Comparado en la elaboración de leyes”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2007, págs. 147-148.

Es decir, se acude al Derecho Comparado a fin de obtener una visión global de cómo otros países abordan en sus legislaciones una determinada materia. Asimismo, otros autores garantizan el éxito hoy en día de esta disciplina por la interrelación existente entre los distintos sistemas jurídicos con tendencia a la unificación del derecho. Así lo entiende, LERNER al disponer que “si tomamos como premisa que el derecho comparado se beneficia de la permeabilidad entre los sistemas, la etapa actual en la que hay una mayor comunicación entre los sistemas jurídicos, y en la que la idea de unificación del derecho cobra cada vez más vitalidad debería ser la mejor hora del derecho comparado”¹⁸⁹. Y esa trascendencia actual que va cobrando, hace que exista ya formación jurídica concreta en Derecho Comparado. En tales términos, MORÁN establece que “la creciente importancia del Derecho internacional y del Derecho comunitario han potenciado la actividad investigadora en el orden comparado en las últimas décadas, no sólo en el panorama español sino también en el extranjero. Y por ello hay un creciente interés en Europa y América -siguiendo la línea iniciada por los comparatistas del siglo XIX-en la creación de centros, institutos, seminarios y programas desde las propias Facultades de Derecho, que den respuesta a la necesidad de la formación jurídica de índole comparada”¹⁹⁰.

En lo que nos ocupa, se analizará la cuestión del tráfico ilegal de extranjeros o la inmigración clandestina en seis normativas extranjeras que se han elegido para la comparación, a saber, Alemania, Italia, Francia, México, Chile y Argentina. La razón de acudir a éstos y no otros países se justifica, en cuanto a los tres primeros, por ser naciones muy vinculadas a la nuestra. De este modo, no sólo compartimos un espacio común a través de la comunidad que juntos constituimos en la Unión Europea, sino que también coincidimos en el aspecto jurídico, al ser todos los mencionados, junto con España, países con legislaciones sustentadas en el Derecho Continental, cuyas raíces se encuentran en el Derecho Germano y en el Derecho Romano. No ocurre así, por ejemplo, con el Reino Unido, paradigma del Common Law o Derecho Anglosajón, profundamente opuesto a los antedichos. Por lo que se refiere a los países latinoamericanos, además de la relación que históricamente ha existido con nuestro país, hay que recordar también, que éstos mayoritariamente han optado por sistemas penales basados, igualmente, en el Derecho Romano. Analizar las acciones típicas integrantes de sus tipos penales, las circunstancias agravantes, atenuantes o despenalizadoras de las conductas que prevén, los castigos sostenidos por los preceptos, así como las características o situaciones particulares previstas en cada una de las normativas y que, sin embargo, no son compartidas por ninguna otra legislación, serán alguno de los objetivos perseguidos por este apartado. De esta forma, será especialmente productivo comparar la penalidad asociada al delito de estas

Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quorum/article/view/38283/35180> (fecha de consulta: 27 de enero de 2024).

¹⁸⁹ LERNER, Pablo. “Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 111, México, 2004, pág. 920. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3807/4730> (fecha de consulta: 27 de enero de 2024).

¹⁹⁰ MORÁN, Gloria M. “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, nº 6, 2002, pág. 501. Disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2179/AD-6-25.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (fecha de consulta: 27 de enero de 2024).

naciones respecto de España, para así poder determinar qué países de nuestro entorno son los más duros en la incriminación de tales conductas y ver el puesto en que nos situamos en la clasificación. Probablemente, no resultará indiferente a nadie la conclusión que pueda extraerse.

Particularmente a título introductorio es necesario llamar la atención sobre la nomenclatura utilizada para cada uno de los epígrafes que integran este capítulo. Y es que no se va a hacer referencia alguna al “delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en los diferentes países examinados, sino que se hablará de “conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas” en cada uno de tales territorios. Como puede apreciarse, existen dos diferencias fundamentales respecto a nuestro “delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”: la primera, que no titula el epígrafe “delito” sino “conductas ilícitas”; la segunda, que se prescinde de “los derechos de los ciudadanos extranjeros”, sustituyendo tal expresión por la de “tráfico ilegal de personas”. Veamos cómo la explicación es relativamente sencilla.

Se ha empleado uno de los seis capítulos que integran este estudio al análisis de la Ley de Extranjería, norma administrativa que, entre otras cuestiones, acoge un régimen sancionador que está formado por infracciones cometidas por el extranjero a las que se responde con su correspondiente reproche. Esa cercanía con el Derecho Administrativo explica cómo en las regulaciones de otros Estados miembros, así como países sudamericanos, no se emplee el Derecho Penal o una ley especial de carácter penal para tal cometido, sino que se hace uso de determinadas normas administrativas que nada tienen que ver con el Derecho Penal, con independencia de que en el articulado de ellas sí se acojan ilícitos de carácter penal. Mismamente, la Ley de Residencia, Empleo e Integración de Extranjeros en el Territorio Federal en Alemania, el *Testo Unico Sull'immigrazione* introducido por el Decreto Legislativo 286/1998, de 25 de julio, en Italia; el *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (Código de Entrada y Residencia de Extranjeros y del Derecho de Asilo), en Francia; o la Ley de Migración en México la Ley 25871 de Migraciones en Argentina, son normas no penales que acogen este tipo de conductas. Una de las salvedades la constituye Chile, que al igual que España, sí regula esas conductas en el Código Penal. Por este motivo, denominar “delito” a lo que no es delito, no es correcto y puede llevar a equívoco, por lo que creo conveniente que la expresión “conductas ilícitas” expresa mejor aquello en lo que se pretende profundizar.

Por otro lado, la razón de permutar la expresión “derechos de los ciudadanos extranjeros” por “tráfico ilegal de personas” se explica con otro de los capítulos de esta tesis, en concreto, el cuarto dedicado al examen del bien jurídico protegido. Como ya se ha adelantado, existe una gran controversia doctrinal y jurisprudencial sobre que, realmente, los derechos de los ciudadanos extranjeros sean el objeto de protección del delito. A mayor abundamiento, de la lectura íntegra del precepto se observa cómo se incriminan conductas conexas con el tráfico ilegal de extranjeros, por lo que ambas situaciones derivan en que sólo España, en relación con todos los países examinados, se refiere a esta figura como “delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. De este modo, por ejemplo, en Alemania es el § 96- *Einschleusen von Ausländern* (Tráfico de extranjeros) el que regula el *tipo básico*; en México, el Título Octavo “De los delitos en materia migratoria”; en Chile, “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas” o el Capítulo VI “Delitos al orden migratorio”, en Argentina. Como puede apreciarse, las referencias a tráfico de extranjeros, materia

migratoria, tráfico ilícito de migrantes u orden migratorio son las que marcan las normativas de estos Estados, sin que exista mención alguna a los “derechos de los ciudadanos extranjeros”. En conclusión, es el escenario exhibido el que ha conducido a ese cambio de nomenclatura, tal como se apreciará en el epígrafe III de este capítulo.

3. El alcance de la separación entre el tráfico ilegal y la trata en la evolución legislativa del artículo 318 bis CP

Como seguidamente se verá, es la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, la que propicia la separación entre el delito de tráfico ilegal de personas y trata de seres humanos¹⁹¹, habida cuenta de que, hasta entonces, el artículo 318 bis albergaba en su apartado

¹⁹¹ Recogido en el artículo 177 bis, tal precepto reza de la siguiente forma: “1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta. 2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. 3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo. 4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito; b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. c) la víctima sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria. Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior. 5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior. 6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. 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 inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo. 7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. 8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente. 9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se

segundo la explotación sexual de las personas como fin del tráfico ilegal o la inmigración clandestina, lo que condujo a ser ampliamente criticado tanto doctrinal como jurisprudencialmente. A partir de dicho momento, tal conducta que a la sazón integraba el precepto, se extrae del artículo 318 bis para configurar un nuevo artículo que engendró un novedoso Título, el VII bis, relativo a la trata de seres humanos.

No obstante, primitivamente, fue el apartado segundo del artículo 188 el que regulaba esa explotación sexual de personas. Así, la derogación de éste a través de la reforma emanada de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, propició su inclusión en el artículo 318 bis, por lo que fueron siete los años en los que tal precepto acogió modalidades conexas con la trata de seres humanos.

Finalmente, con la LO 1/2015, de 30 de marzo, se eliminan del 318 bis los conceptos de violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad y vulnerabilidad, que estaban asociados a la trata e impedían una diferenciación clara entre el artículo 177 bis y el artículo 318 bis, por lo que, a partir de entonces, se puede atestiguar, definitivamente, una incriminación separada, acertada y pertinente de los delitos de tráfico ilegal de inmigrantes y la trata de seres humanos¹⁹².

Es abundante la legislación internacional y europea que originariamente abogaron por una regulación independiente entre el delito de tráfico ilegal de personas y trata de seres humanos. En tales términos, por ejemplo, el artículo 3 a) del Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, prevé el concepto de trata de personas. E, igualmente, en el ámbito europeo, la Decisión marco 2002/629/JAI y la Directiva 2011/36/UE, se reservan en exclusiva a esta temática.

Sistemáticamente, el nuevo precepto se ubica entre el Título VII, relativo a los delitos contra la integridad moral y el Título VIII relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, lo que, en términos generales, ha tenido buena acogida por parte de la doctrina, no sólo en cuanto a la ubicación misma, sino también por su correlación con el bien jurídico protegido, apostando en este sentido PÉREZ FERRER por la libertad y la dignidad como el objeto de protección del delito¹⁹³.

impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. 10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español. 11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”.

¹⁹² PÉREZ FERRER, Fátima. “Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español tras la LO 1/2015, de 30 de marzo”. *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Suárez López y otros (Dir.), Dykinson, volumen II, Madrid, 2018, pág. 1476. Manifiesta esta autora que los vaivenes en la regulación del delito de trata de seres humanos son “una muestra de una Política Criminal errante y desorientada que ha manifestado una absoluta ineficacia respecto de los que realmente pretende tipificar (...)”.

¹⁹³ *Ibidem*, pág. 1477.

En lo que atañe al propio tipo delictivo, nos encontramos ante un delito doloso de consumación anticipada en que las modalidades comisivas deben tener como fin la explotación sexual (que incluye la pornografía), laboral, realización de actividades delictivas (por ejemplo, carterismos, hurtos en comercios o el tráfico de drogas) la extracción de órganos o los matrimonios forzados, sin que sea necesario que ninguna de estas finalidades llegue a ejecutarse.

Una de las cuestiones controvertidas ha sido la determinación del sujeto pasivo del delito, esto es, si es posible considerar tantos delitos como víctimas. Así, el Tribunal Supremo precisa que es un sujeto pasivo individual y que habrá de apreciarse tantos delitos de trata como víctimas haya¹⁹⁴.

En cuanto a los tipos agravados, cabe reseñar que se reformaron por la LO 1/2015, de 30 de marzo en consonancia con la Directiva 2011/36/UE, para considerar como circunstancias cualificantes el peligro grave para la vida o la integridad física psíquica de la víctima, la minoría de edad o especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal. Igualmente, también se prevé el prevalimiento de la condición de autoridad, funcionario, así como la comisión perpetrada por organización criminal y persona jurídica, por lo que todas estas últimas circunstancias agravantes son compartidas con el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Por último, hay que reseñar que jurisprudencialmente, el Tribunal Supremo en STS 188/2016, de 4 de marzo, diferenció entre inmigración clandestina y trata, lo que vino a clarificar más si cabe las semejanzas y diferencias entre ambos delitos. Así, señala al respecto que, lo que los asemeja es el movimiento de seres humanos, mientras que lo que los diferencia son dos elementos presentes en la trata, pero no en la inmigración ilegal, como son la forma de captación indebida empleando violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio y el propósito de explotación, que principalmente es sexual. Además, hace referencia el alto tribunal a otras circunstancias importantes para la delimitación de los delitos y que son las siguientes: la fuente de ingresos en la trata es el producto obtenido con la explotación de la víctima mientras que en la inmigración ilegal es el precio pagado por el inmigrante. Igualmente, la inmigración ilegal tiene carácter transnacional, a diferencia de la trata que puede o no tener tal condición. Y la última diferencia está en la naturaleza del delito de inmigración ilegal que exige de una heterointegración administrativa, esto es, la vulneración de la normativa de extranjería sobre entrada, tránsito o estancia, a diferencia de la trata en que los elementos fundamentales son la afectación al consentimiento y la explotación¹⁹⁵.

¹⁹⁴ En dicha línea, la STS 538/2016, de 17 de junio.

¹⁹⁵ Es el fundamento de derecho quinto de la STS 188/2016, de 4 de marzo, el que establece que “la diferenciación entre el tráfico ilícito de migrantes (art 318 bis CP) y la trata de personas (art 177 bis CP) ha sido confusa en nuestro derecho positivo. La gravedad de las penas establecidas para la inmigración ilegal ha generado errores y que en ocasiones se hayan sancionado a través del primer tipo conductas que tendrían mejor encaje en la trata. Ambas conductas entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a inmigración ilegal (antes llamado tráfico ilícito, lo que generó la confusión): una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual. En el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados, extracción de órganos u otras formas de abuso; mientras que en el caso de la inmigración ilegal, el precio pagado por el

II. EVOLUCIÓN Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL CÓDIGO PENAL

1. Antecedentes legislativos al artículo 318 bis CP y ubicación sistemática

Previo a la entrada en vigor del vigente Código Penal de 1995 no existió en España la preocupación por la protección jurídico penal de los derechos de los extranjeros, tal y como se concibe ahora. De hecho, ni siquiera con el Código Penal de 1995 se reguló el amparo normativo penal de los derechos de los extranjeros desde la misma perspectiva jurídica y social con la que se originó la normativa vigente. Y es que, precisamente, la influencia social pero también ideológica, económica etc. del fenómeno migratorio, tanto en un nivel nacional como supranacional, en particular europeo, han sido las que han marcado las reformas jurídicas procedentes en cada momento. Son estos los motivos por los que el actual 318 bis del Código Penal, objeto de esta tesis doctoral, no se reflejaba en la redacción primitiva del año 1995, si no que la introducción de tal artículo se debe a la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que aborda en un solo Título -el Título XV bis- y a través de dicho precepto único, el fenómeno delictivo del tráfico ilegal de personas.

Sí se advierte en el texto inicial del Código Penal de 1995 un incipiente cuidado por los extranjeros en relación con determinados aspectos, como el laboral, al castigar en los artículos 312 y 313, lo que se ha venido en denominar el tráfico ilegal de mano de obra y la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España, que eran delitos que se referían exclusivamente a los “trabajadores” extranjeros¹⁹⁶. Ilícitos que tienen en el Código Penal de 1973 su antecedente inmediato, en concreto, en el artículo 499 bis 3, incardinado dentro del capítulo dedicado a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo y que también castigaba el tráfico ilegal de mano de obra y la intervención en migraciones laborales

inmigrante irregular, cuando se realiza en el subtipo agravado de ánimo de lucro, es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino. La otra gran diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, aun cuando no exija necesariamente la cooperación en el traspaso de fronteras, mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter transnacional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos, o incluso españoles. Generalmente las víctimas de la trata de personas comienzan consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro exclusivamente para realizar un trabajo lícito (inmigración ilegal), para después ser forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas del delito de trata de personas. Y una tercera diferencia se encuentra en la naturaleza del delito de inmigración ilegal como delito necesitado en todo caso de una heterointegración administrativa. Conforme a lo dispuesto en el art 318 bis, este tipo delictivo, que en realidad tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral, requiere en todo caso la vulneración de la legislación sobre entrada, estancia o tránsito de los extranjeros. Mientras que en el delito de trata de seres humanos esta vulneración no se configura como elemento típico, siendo los elementos relevantes la afectación del consentimiento y la finalidad de explotación”.

¹⁹⁶ Se preveía en el apartado primero del artículo 312 CP 1995 una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses para los que traficaran de manera ilegal con mano de obra. Además, en el apartado segundo del mismo precepto se sancionaba con igual pena a los que reclutaran persona o conminaran a abandonar su puesto de trabajo a cambio de empleo o condiciones de trabajo falsas o engañosas y a los que empleen a sus súbditos extranjeros sin permiso de trabajo y en condiciones que perjudicaran, suprimieran o restringiesen derechos reconocidos por ley convenio colectivo o contrato individual. Por otro lado, el artículo 313 CP 1995 también castigaba con la pena del artículo anterior la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España, así como la determinación o favorecimiento de la inmigración de una persona a otro país simulando contrato, colocación u otro engaño semejante.

fraudulentas con la pena de arresto mayor y multa de 100000 a 2000000 de pesetas. Al respecto, CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ manifiestan que la principal diferencia entre el artículo 499 bis 3 CP 1973 y los artículos 312 y 313 CP 1995 radica en la ilegalidad de la propia actividad migratoria¹⁹⁷.

Quizá la protección de los extranjeros en el ámbito laboral en el momento señalado responde a las necesidades económicas del empresario en el mercado de trabajo, que facilitaba la contratación del inmigrante en condiciones ilegales a un coste menor de lo que suponía la contratación de un ciudadano español. Por este motivo, no se puede hablar de “derechos de los ciudadanos extranjeros” con carácter general, porque se estaba aún muy lejos de llegar a un concepto de integración social del extranjero, dado que se concebía a éste como un tercero o extraño que no se equiparaba en derechos y obligaciones con los nacionales y cuya estadía en España se reducía a estancias breves con el fin de ganarse la vida frente a las vicisitudes a las que se veía sometido en sus países de origen.

El otro plano en el que entonces se ofrecía amparo al extranjero es el sexual. Precisamente las dificultades económicas de los extranjeros que arribaban a España también están detrás de la reforma del Código Penal, que se produce en 1999, por la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aunque en este caso, el cambio no incide en el plano laboral, sino en el ámbito sexual, al reformarse el Capítulo V “De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”. De este modo, se introduce a través del apartado segundo del artículo 188, el tráfico de personas con fines de explotación sexual, castigado con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses¹⁹⁸. Reforma ésta que, como otras tantas, responde a la imposición europea de las revisiones legislativas nacionales, en este caso, para luchar contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de menores. Modificación, no obstante, que se produce cuatro años después de la resolución del Consejo de la Unión Europea -acción común de 29 de noviembre de 1996- que así lo prevé¹⁹⁹. Se aprecia, por consiguiente, una incipiente regulación contra la trata de seres humanos y si bien es cierto que hay que esperar hasta 2010 para la regulación autónoma de este delito, que incluye un amplio abanico de conductas, el artículo 188.2 CP es

¹⁹⁷ En lo relativo a “la ilegalidad de la propia actividad migratoria”, CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉ GÓMEZ, Mario. “El Derecho Penal Español ante la inmigración: un estudio político-criminal”. *Revista CENIPEC*, vol. 2, nº 25, 2006, pág. 41. Añaden que “en efecto, si bien en el art. 499 bis. 3 CP 1973 lo determinante era el carácter ilícito o fraudulento de la conducta favorecedora de la entrada o salida del trabajador, en el actual art. 313.1 CP 1995, al hacerse referencia a la inmigración clandestina, se centra la atención en si la entrada o la residencia del extranjero es ilegal. La diferencia es clara tanto con respecto al art. 499 bis. 3 CP 1973, como con respecto al art. 313.2 CP 1995, pues en este último lo característico sigue siendo la conducta fraudulenta mediante la que se determina o favorece la emigración y no la ilicitud de la propia emigración”.

¹⁹⁸ En concreto, se castigaba al que “directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”.

¹⁹⁹ La Exposición de Motivos de la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal justificaba la modificación en que “el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, ha adoptado, el día 29 de noviembre de 1996, una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como consecuencia de la cual los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad”

el primer paso en la persecución de ese “control” característico ejercido sobre las víctimas de estos delitos, en este supuesto penalizándose en exclusiva la captación de personas con fines de explotación sexual²⁰⁰.

En resumen y hasta la inserción del precepto objeto de este trabajo, la salvaguarda de los extranjeros en España se circunscribía a dos ámbitos concretos: primero, el laboral, con la regulación inicial en el Código Penal de 1995 del delito de tráfico ilegal de mano de obra y la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España, recogidos en los artículos 312 y 313 CP; segundo, el ámbito sexual, con la inclusión en 1999 del artículo 188.2 CP, que acogía una modalidad particular de trata al castigar la explotación sexual de personas extranjeras. En posteriores epígrafes, se estudiará cómo progresivamente y a través de las sucesivas reformas del Código Penal, se va incrementando el auxilio proporcionado al ciudadano extranjero, al considerarse punibles otras muchas conductas delictivas vinculadas con ellos, para así responder a las necesidades de protección que van surgiendo según las circunstancias y el momento en que acaecen.

Finalmente, por lo que respecta a la ubicación sistemática de este precepto, se halla inserto en la parte especial del Código Penal en un Título único, el XV bis, entre el título dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores y el título que acoge los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. En este aspecto, existen reproches y halagos de la doctrina en el siguiente sentido: determinados autores, como por ejemplo PALOMO DEL ARCO conciben que la naturaleza de la protección ofrecida por el artículo 318 bis debería haber llevado al legislador a situarlo entre los delitos contra las personas, dado que su ubicación actual entre los delitos contra los derechos de los trabajadores y los relativos al territorio y medio ambiente lleva a considerar que se encuentra incardinado dentro de los delitos contra la sociedad²⁰¹. Igualmente, VILLACAMPA ESTIARTE, entiende que debería situarse tras los delitos contra la integridad

²⁰⁰ En el mismo sentido, lo manifestado por GONZÁLEZ TASCÓN, Marta María. “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, págs. 9-10. Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-10.pdf> (fecha de consulta: 22 de enero de 2024). “Se reintrodujo en el por entonces artículo 188 una nueva modalidad típica dentro de los delitos relativos a la prostitución de adultos tendente a prevenir algunas manifestaciones de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. En aquel momento este fenómeno no se había aún deslindado jurídicamente del tráfico ilegal de personas, de ahí que el delito tipificado en el posteriormente derogado artículo 188.2 se conociera como el delito de tráfico sexual de personas y tomase como referencia básica en su configuración la legislación de extranjería. Los elementos típicos de este delito autónomo se conectarían al delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina ubicado sistemáticamente en el Título XV bis, dedicado a los “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” con la entrada en vigor de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, hasta la introducción del delito de trata de seres humanos en la reforma penal ejecutada por LO 5/2010, de 22 de junio. Esta ley significaría en este punto una nueva reconfiguración de las conductas de trata y tráfico que, en armonía con la estrategia internacional de erradicación de la trata de seres humanos, quedarían claramente delimitadas desde la perspectiva jurídica; satisfaciéndose además algunas de las principales demandas que la doctrina penal venía esgrimiendo con motivo de la regulación penal de estos delitos”.

²⁰¹ PALOMO DEL ARCO, A. “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal”. *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 172.

moral o entre éstos²⁰². A sensu contrario, otro sector doctrinal apuesta por la corrección de su ubicación sistemática, como por ejemplo CONDE-PUMPIDO TOURÓN que lo justifica debido a su “tipificación como norma complementadora y superadora de las lagunas derivadas de los límites de la tipificación contenida en los arts. 312 (tráfico ilegal de trabajadores) y 313 (inmigración clandestina). El paralelismo entre ambas conductas y la conveniencia de un análisis próximo y conjunto justifica la colocación de este nuevo título, inmediatamente a continuación de los tipos que sancionan los delitos contra los derechos de los trabajadores”²⁰³.

En mi opinión, como se percibirá cuando me posicione sobre el bien jurídico protegido en el capítulo reservado al respecto, no comparto ninguna de las teorías anteriormente expuestas en relación con la ubicación sistemática del precepto. Y es que, desde mi punto de vista, el artículo 318 bis no protege los derechos de los ciudadanos extranjeros. En consecuencia, ni se puede situar entre los delitos contra las personas, ni tampoco próximo a los delitos de los trabajadores, puesto que el individuo -bien en términos generales, bien en su faceta de trabajador-, no es el destinatario de la protección otorgada por el artículo. Habida cuenta de que es el interés del Estado en el control de los flujos migratorios el fin para el que se crea el 318 bis, tal y como señala la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, entiendo que, afectando la comisión del hecho delictivo al propio Estado que se ve, pues, desbordado por el fenómeno migratorio y su falta de control, la incardinación más apropiada supondría ubicarlo dentro del Título XIII, que recoge los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Obviamente, lo anterior exigiría de una modificación de la nomenclatura del precepto para que, de esta forma, el lector del Código Penal deje de llevarse a equívoco con dicha redacción, sustituyendo la actual por algo similar a “delitos contra el orden socioeconómico por causa de la inmigración irregular” o bien, dado que ya se halla en tal Título que menciona el orden socioeconómico, denominar el capítulo en que se inserte el precepto como “de la inmigración irregular”.

2. Introducción y evolución del artículo 318 bis del Código Penal a través de sus reformas

En este último sentido, se percibe un cierto vacío al respecto en el Código Penal de 1995 que según PÉREZ FERRER, no tenía respuestas directas al tráfico ilegal ni a la criminalización de los supuestos relacionados con la inmigración, como *supra* ha sido visto, por tanto insuficiente con su inicial redacción²⁰⁴. Es en el 2000, un año después de la inserción del artículo 188.2 CP cuando vuelve a legislarse en materia de protección del extranjero aprovechando la Ley de Extranjería, quizá porque desde el punto de vista penal, España se había quedado corta en sus medidas conforme a las directrices de la Unión Europea. Probablemente fuera éste el

²⁰² VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”. *Revista Penal La Ley*, nº 14, 2004, págs. 187-188.

²⁰³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. “Delitos contra los derechos de los extranjeros”. *Cuadernos de Derecho Judicial IV. Extranjeros y Derecho penal*. Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 7 y 8.

²⁰⁴ PÉREZ FERRER, Fátima. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Comentarios al Código Penal*. 2ª época. Cobo del Rosal (Dir.), Tomo X. (Vol. I), CESEJ, Madrid, 2006, pág. 467.

motivo que llevó al legislador español a introducir el artículo 318 bis del CP a través de una Disposición Final de una ley administrativa, precepto que en su arranque “acogía una regulación conjunta”, no sólo del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, sino también del delito de trata de seres humanos. Esto supone que, con la inclusión del 318 bis CP y a pesar de la deficiente técnica legislativa que después será examinada, podía darse por cumplimentado el mandato europeo²⁰⁵.

Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo ya analizado, antes de la reforma, el cuidado por el extranjero se limitaba a los planos laboral y sexual, por lo que el acogimiento del artículo 318 bis CP va a suponer la coexistencia de éste -delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en general- con los artículos 312 y 313 CP -tráfico ilegal de mano de obra y la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España-, así como con el artículo 188.2 CP -explotación sexual de personas extranjeras-²⁰⁶. A mayor abundamiento, mediante la Disposición Final tercera de la Ley de Extranjería se modificaron los artículos 515, 516 y 517 y también se procedió a la agravación de la pena del artículo 313.1 CP -pasa de ser prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses-, aunque la pena resultante de tal agravación va a ser menos grave en el delito de inmigración clandestina de trabajadores que en el delito de tráfico ilegal de personas del artículo 318 bis CP²⁰⁷.

La estructura del nuevo artículo 318 bis CP implica hallarnos ante un precepto de cinco apartados: en el primero de ellos, se inserta el tipo básico que estipula como conducta típica la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España²⁰⁸; el segundo, revela un primer subtipo cualificado que aúna una serie de

²⁰⁵ Es la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, que introduce el artículo 177 bis CP la que hace referencia a ese tratamiento conjunto de ambos delitos en el 318 bis CP en su redacción vigente al disponer que “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos”.

²⁰⁶ Al disponer de un precepto generalista para el tráfico de extranjeros, como es el artículo 318 bis CP, conjuntamente con tres artículos específicos para el tráfico de trabajadores extranjeros y tráfico sexual de extranjeros, como son los artículos 313 y 188.2 CP, se originaron problemas concursales que, solían resolverse conforme al principio de especialidad, según la doctrina mayoritaria y la Fiscalía General del Estado. Un amplio análisis de este tema lo efectúa LÓPEZ CERVILLA, José María. “Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal (I)”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1977, 2004, págs. 7-8.

²⁰⁷ CANCIÓ MELIÀ, M./MARAVER GÓMEZ, M. *El Derecho Penal Español...* cit., pág. 60. “Se estaría reconociendo que favorecer la inmigración laboral con riesgo de explotación laboral es menos grave que favorecer la inmigración ilegal sin más”.

²⁰⁸ Ha sido problemática la inclusión de la expresión “tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España” en lo que se refiere al “tránsito”. Así, se discute por parte de la doctrina si se comprenden los traslados por territorio nacional sin necesidad de dirigirse a otro país o bien ese tránsito debe tener obligatoriamente como destino un tercer país al que llegar. Mayoritariamente, la doctrina acoge la segunda, es decir, la necesidad de que existan tres países: el de partida, el de destino y el de tránsito. Por ejemplo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Ley de Extranjería y Derecho Penal”. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-60, tomo 2, pág. 5. “Se prevén, por tanto, tres tipos de situaciones. En primer lugar, el tráfico de personas desde España a otro país; en segundo lugar, el tráfico de personas que, provenientes de otro país están de paso por territorio español hacia un tercer Estado, y, en tercer lugar, el tráfico de personas que, provenientes de otro Estado, tienen como destino España”. En la misma línea GARCÍA ESPAÑA, Elisa/RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis. “Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)” *Actualidad Penal*, nº 29, Sección Doctrina, 2002, Ref. XXI, tomo 2, pág. 11, quienes además sostienen que la redacción del precepto excluye los traslados desde Ceuta y Melilla a la península. “La utilización de los términos *desde, en tránsito o con destino a España* no permite abarcar los traslados desde Ceuta y Melilla a la península por faltar el requisito de la transnacionalidad. En efecto,

circunstancias agravantes de la conducta como son el ánimo de lucro, la violencia, la intimidación, el engaño y el abuso de necesidad de la víctima; en tercer lugar, se incardina el segundo subtipo agravado que concurre cuando se pone en peligro la vida, salud o integridad de la persona o bien en caso de minoría de edad de la víctima; el apartado cuarto pone el foco de atención en el autor, al que se castiga con las penas de los subtipos agravados más inhabilitación absoluta cuando se trate de autoridad, agente de ésta o funcionario público; y, por último, se prevé un apartado quinto como tipo hiperagravado, destinado a combatir las mafias dedicadas al tráfico de inmigrantes mediante el castigo también agravado de sus integrantes, referenciándolo el propio precepto con la dicción “organización o asociación, incluso de carácter transitorio”²⁰⁹.

Puede afirmarse, por tanto, que el artículo 318 bis recoge un delito doloso -al no preverse la modalidad imprudente-, en el que resulta irrelevante el consentimiento de la víctima y de difícil diferenciación entre autores y partícipes, habida cuenta de la amplitud de conductas definidas en el tipo a través de verbos como “promover, favorecer o facilitar”, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de “prolijidad de los términos en que el Legislador considera relevante el fenómeno del tráfico ilegal de personas (...)”²¹⁰.

Procede recordar en este punto el Título VIII de la Ley de Extranjería, titulado “de las sanciones e infracciones en materia de extranjería”. Es importante en este momento traer a colación tal norma, porque significa que se da lugar, con esta ley administrativa, a un doble régimen sancionador. Así, como se vio en el capítulo anterior, parte del articulado de ésta, prevé una serie de infracciones y sanciones en lo que se ha hecho llamar el régimen administrativo sancionador, que tiene como autor de la infracción y destinatario de la sanción al extranjero que incurre en la inobservancia de alguno de sus preceptos. Por otro lado, al introducirse mediante la Disposición Final Segunda el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en el

sí entendemos que *en tránsito* supone una voluntad de abandonar el país por el que se transita, faltaría este requisito en los traslados desde Ceuta y Melilla a la península. Ciertamente España es aún un país de tránsito para un gran número de inmigrantes, fundamentalmente subsaharianos y argelinos, que tienen como destino otros países de la Unión Europea, lo que justificaría emplear la locución «en tránsito» como el traslado de un país a otro pasando por un tercero. España sería, en nuestro caso, ese tercer país de paso. Ahora bien, esta interpretación excluye los otros supuestos a los que también se les pretendía dar una respuesta penal”

²⁰⁹ El originario artículo 318 bis CP introducido por la Disposición Final Segunda de la Ley de Extranjería establecía de forma literal lo siguiente: “1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose 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 anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades”.

²¹⁰ En este sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, quien también hace referencia a la “exhaustividad que se pretende alcanzar en la intervención punitiva al respecto”. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Atelier Libros, Barcelona, 2002, pág. 78.

Código Penal, se crea un régimen penal sancionador del que el extranjero ya no participa como infractor sino como víctima²¹¹.

Entre las críticas vertidas al nuevo precepto, destacan aquéllas que se centran en la indefinición o amplitud del contenido del artículo. Indefinición generada, según SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, por no poder determinarse cuál es el objeto de prohibición del artículo 318 bis CP, al no precisarse el concepto de “tráfico ilegal de personas”, lo que permitiría considerar típicas una ingente variedad de conductas. Además, al exigir la Ley de Extranjería determinados requisitos para que la entrada o estancia en España sea legal, se podría dar pie a una equiparación entre los ámbitos sancionadores penal y administrativo, al confundirse los términos de “tráfico ilegal e inmigración ilegal”²¹². Por otro lado, otros autores reprocharon su inapropiada ubicación sistemática, como *supra* ha sido expuesto.

No faltaron, por parte de la doctrina, elogios a la nueva propuesta típica, como por ejemplo MARAVER GÓMEZ, quien manifiesta que “parecía acabar, efectivamente, con esa laguna que se podía apreciar en los casos en los que se favorece la entrada de ciudadanos extranjeros que no van a ser objeto de explotación laboral o sexual”²¹³.

Una vez, pues, incardinado el precepto en el Código Penal es objeto, a posteriori, de variaciones emanadas de reformas heterogéneas que se han llevado a cabo, sucesivamente, hasta llegar a la versión vigente en nuestros días. Se contabilizan un total de cuatro modificaciones, que responden a la necesidad de efectuar cambios derivados de las exigencias de la Unión Europea en la lucha contra la inmigración ilegal, así como la adecuación del precepto a otros nuevos artículos que se solapan con éste, como el ya mencionado delito de trata de personas que se estipula en el artículo 177 bis CP, creado en el año 2010 y que salva, de esta forma, las reprimendas sobre su regulación conjunta con el artículo 318 bis. Procede, por tanto, estudiar cómo han operado las distintas alteraciones sobre la redacción inicial del precepto, así como la motivación de tales correcciones. Seguidamente se procederá al examen pormenorizado de cada una de ellas, escrutando los apartados objeto de novación, el contenido nuevo que se introduce, así como el que decae. Se recuerda en este apartado, cada una de las cuatro reformas promovidas, que son la LO 11/2003, de 29 de septiembre; la LO 13/2007, de 19 de noviembre; LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo.

2.1 Reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre

²¹¹ *Ibidem*, págs. 34-35. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS añade que dicho planteamiento sancionatorio dual es correcto y diferenciado, puesto que el interés desde el punto de vista administrativo radica en el control de los flujos migratorios mientras que en el ámbito penal se trata de garantizar derechos fundamentales de los extranjeros que son la base para su plena integración social.

²¹² *Ibidem*, pág. 35-37. Añade el autor otra crítica. Y es que no queda suficientemente claro que el inmigrante sea también infractor y no víctima. Esto es así porque parece que el precepto se preocupa de los terceros que favorecen o facilitan la inmigración ilegal, es decir, del mismo tráfico ilegal de personas, pero parece serle indiferente el propio extranjero. Por otro lado, al respecto de la confusión de los términos de “tráfico ilegal e inmigración ilegal” también se pronuncian CANCIÓ MELIÁ, M./MARAVER GÓMEZ, M, *El Derecho Penal Español...* cit., págs. 45-51.

²¹³ MARAVER GÓMEZ, Mario. “Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas”. *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, pág. 339.

Dimana ésta del artículo 1.13 de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta ley responde, de nuevo, a la necesidad de adaptar las normativas nacionales de los Estados miembros a las directrices contenidas en el Consejo de Tampere de 1999, que viene a reflejarse no sólo en la respuesta del legislador español en el ámbito administrativo con las modificaciones oportunas de la Ley de Extranjería, sino también en el propio Código Penal en materia de extranjería²¹⁴. Igualmente, la suscripción de tratados internacionales como la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y, muy especialmente, de sus protocolos complementarios (uno de ellos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y el otro, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños) también influyeron en la postura europea y, en definitiva, de sus Estados miembros. Así, por ejemplo, cabe destacar dos resoluciones fundamentales del Consejo Europeo en la materia. Una de ellas, la Directiva 2002/90/CE, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, tiene como fin la fijación de unos criterios homogéneos en la determinación de los conceptos mencionados. Es decir, definir cuáles son los parámetros a tener en cuenta para considerar que la entrada, la circulación y la estancia de un extranjero en un país de la Unión Europea es contraria a Derecho. En tales términos, se enfatiza en el ánimo de lucro como uno de los elementos definitorios de la permanencia irregular de un extranjero en un Estado miembro, mientras que el Consejo Europeo deja en mano de las legislaciones propias nacionales la ayuda a la entrada y tránsito²¹⁵. La segunda de las resoluciones del Consejo es la Decisión marco de 28 de noviembre de 2002, reservada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y que pone el foco de atención en las actividades de las mafias y el peligro para la vida que se haya podido generar en el extranjero cuando las conductas ocasionadas en ellos que se prevén en la letra a) del apartado 1 del artículo 1 y en la letra a del artículo 2 de la Directiva anterior sean cometidas con ánimo de lucro²¹⁶. Se observa, por tanto, una preocupación máxima de la Unión Europea por la afectación que las actividades de las mafias puedan tener sobre la vida del extranjero, al castigar duramente estos comportamientos con pena privativa de libertad no inferior a ocho años.

De hecho, el incremento de la penalidad es uno de los cambios apreciados tras la reforma perpetrada por esta LO 11/2003, de 29 de septiembre, pero no el único, de tal forma que, a modo de principales modificaciones, se pueden enumerar las siguientes:

²¹⁴ La propia Exposición de Motivos de la Ley así lo indica al reseñar que “el Consejo Europeo de Tampere se acordó adaptar las normas de derecho penal de los Estados miembros a fin de establecer un marco penal común europeo en la lucha contra la trata de seres humanos y contra la inmigración clandestina”.

²¹⁵ El artículo 1 de esta Directiva insta a que los Estados miembros sancionen a “cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros y al que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjero”.

²¹⁶ Las conductas a las que se refieren la letra a) del artículo 1.1 y la letra a) del artículo 2 son la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia del extranjero en un Estado miembro. Igualmente, la Decisión marco aludida establece la sanción que debe ser atendida por los países europeos, siendo ésta la pena privativa de libertad no inferior a ocho años.

A) Nueva definición de la conducta típica al castigar ahora al que, “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”²¹⁷. Por consiguiente, se añade la expresión “directa o indirectamente”, por un lado, y por otro se incluye en el concepto el término “inmigración clandestina”²¹⁸.

Al respecto de la matización de la conducta con los vocablos “directa o indirectamente”, puede inferirse la contundencia con la que el legislador pretende incriminar este tipo de comportamientos. Sin embargo, no ha estado la regulación exenta de reproches. Por ejemplo, CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ establecen que “con tales expresiones se da lugar a una redacción de la conducta típica que, por una parte, plantea serios problemas para identificar distintas formas de participación y distintos grados de ejecución y, por otra parte, permite considerar incluidas en el tipo una gran variedad de conductas”²¹⁹. En la misma línea, ABARCA JUNCO cuando dispone que “cualquier comportamiento activo u omisivo que tenga relación con el desplazamiento irregular del migrante realiza el tipo básico y se hace acreedor de una pena (...)”²²⁰. Por tanto, se plantea en este sentido una disyuntiva sobre las formas de participación, es decir, si puede haber o no una forma de participación distinta a la autoría. Sobre el particular, conviven dos tendencias doctrinales: la primera de ellas, la integran aquéllos que apuestan porque el legislador pretendía defender con dichos términos un concepto unitario de autor, de tal forma que se equipararían las conductas de colaboración con la autoría. Dentro de este sector se pueden incardinar a autores como CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ²²¹ o VILLACAMPA ESTIARTE²²². La segunda de las posiciones doctrinales es aquélla que mantiene que dada la redacción de la conducta típica con los verbos “promover, favorecer o facilitar” se acoge un concepto extensivo de autor, pudiéndose diferenciar al autor en sentido estricto de las conductas que puedan realizarse por los partícipes²²³.

Más problemática, si cabe, ha sido la inclusión de la expresión “inmigración clandestina”. De esta manera, se inició un animado debate acerca de si ambas voces -tráfico ilegal e inmigración clandestina- podían ser consideradas como equivalentes. Y es que, resulta

²¹⁷ CANCIO MELIÁ, M/MARAVÉR GÓMEZ, M. *El Derecho Penal Español...* cit., pág. 44. Aclaran los autores que “en cuanto a la conducta típica, ya no se trata de favorecer sólo el tráfico ilegal, sino también la inmigración clandestina, acabando así con las restricciones que pudieran derivarse de la interpretación del término “tráfico ilegal” y generando serios problemas de cara a la delimitación de este delito con el recogido en el art. 313.1 CP. Al mismo tiempo, se prevé la posibilidad de realizar la conducta directa o indirectamente, de lo que resulta una mayor amplitud del tipo”.

²¹⁸ LÓPEZ CERVILLA, J. María. *Tráfico ilícito de personas...* cit., pág. 17. señala que “se trata de un tipo abierto y las conductas, ya de por sí amplísimas en la redacción originaria, se han extendido aún más si cabe con la Reforma, lo que dificulta sobremanera la posibilidad de apreciar grados de ejecución y formas accesorias de participación”.

²¹⁹ CANCIO MELIÁ, M/MARAVÉR GÓMEZ, M. *El Derecho Penal Español...* cit., pág. 52.

²²⁰ ABARCA JUNCO, Ana Paloma et al. *El extranjero en el Derecho Español*. Dykinson, Madrid, 2012, pág. 382

²²¹ CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉR GÓMEZ, Mario. *El Derecho Penal Español...* cit., pág. 53.

²²² VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “El nuevo delito de tráfico de personas”. *Diario La Ley*, nº5963, 2004, pág. 1880.

²²³ En esta línea, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Lección XXXI. Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª edición. González Cussac (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 608. Este autor, manifiesta que a pesar de la reforma que sustituye los términos “promover, favorecer o facilitar” por el de “ayudar”, “el alcance del tipo no se ha visto alterado sustancialmente por el cambio en el verbo rector de la acción, puesto que “ayudar” significa “prestar cooperación,” y, por tanto, el legislador continúa castigando aquí conductas de mera complicidad”.

evidente que la inmigración clandestina es “entrar o permanecer de manera ilegal en un determinado territorio con objeto de vivir en él”. Sin embargo, no hay tanta seguridad respecto al tráfico ilegal, habida cuenta de que puede tener una doble significación: por un lado, el traspaso ilegal de fronteras, pudiéndose equiparar, por consiguiente, a la inmigración clandestina; por otro, el comercio (ilegal) de personas, acercándose así al concepto de trata. En definitiva, el inconveniente de esta última regulación única radicaba en la confusión generada por incluir en el 318 bis aspectos tanto de tráfico como de trata. Por tales motivos, ha resultado necesario acudir a la normativa internacional, la doctrina y la jurisprudencia para tratar de entender el sentido del vocablo incorporado, analizar si es posible su diferenciación respecto al tráfico ilegal y comprobar, en definitiva, la intención del legislador en las conductas que se pretenden incriminar.

En primer lugar, hay que acudir a la normativa internacional, que fundamenta o da origen a nuestra legislación particular. Fijando la atención en la Organización de las Naciones Unidas y también en la Unión Europea, se extraen dos importantes conclusiones: en relación con Naciones Unidas, son destacables los llamados Protocolos de Palermo, que diferencian indudablemente entre el tráfico y la trata. Y es que dos de los tres protocolos que los conforman se dedican en exclusiva a ambos temas, el tráfico y la trata: uno de ellos, al tráfico ilegal de personas (Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire); otro, a la trata (el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas).²²⁴ Por lo que se refiere a la Unión Europea, conviene enfatizar en la Comunicación 14-6-2002, que presenta una Propuesta de Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea y que señala que el tráfico ilegal hace referencia a la entrada o permanencia ilegal y que la trata se centra en la explotación o mercantilización de personas²²⁵. En resumen, pareciera que ambos organismos distinguen entre las dos materias, lo que hace pensar que el legislador español tratara de incorporar aspectos de la trata en el 318 bis.

En segundo, desde la posición de equiparación del concepto de inmigración clandestina al concepto de traspaso ilegal de fronteras, dejando al margen en este caso el comercio ilegal de personas (trata), es necesario estudiar qué postura es la adoptada por parte de la jurisprudencia, habida cuenta de que los postulados que han guiado al Tribunal Supremo en esta problemática, se observa también una equiparación de ambos vocablos, entendidos, por ende, como sinónimos, asimilándose así el tráfico ilegal a la inmigración clandestina. No obstante, sí puede apreciarse cómo dentro de este posicionamiento existen, a su vez, dos vertientes que atienden a la forma de la entrada. Así, la primera incide en que dicha entrada se tiene que producir evitando los puestos habilitados; la segunda, la que estima que la incursión ha de llevarse a cabo por tales puestos, con la documentación requerida, pero con una intención fraudulenta. De esta forma, al respecto de esta última, señala la STS 1059/2005, de 28 de septiembre que “el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadores de

²²⁴ El tercero de los Protocolos de Palermo que no incide en nuestro tema es el Protocolo contra la Fabricación y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego.

²²⁵ En este sentido, MARAVER GÓMEZ, Mario. “Capítulo 39. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2023*, Madrid, 2022, aptdo. 13417.

ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones”. Supuestos de cumplimiento aparente de la normativa en la entrada que desemboca, a posteriori, en la realización del tipo básico serían los matrimonios de conveniencia o simulación de contratos de trabajo²²⁶.

En lo que respecta a primera vertiente, la integraría la jurisprudencia que, como ya se ha apuntado, considera que la entrada debe producirse evitando los puestos habilitados al efecto, esto es, que atiende a la literalidad del término “clandestino” para la efectiva aplicación del tipo contenido en el artículo 318 bis. De este modo, si acudimos al diccionario de la RAE, se define clandestino como “secreto, oculto y especialmente hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla”. En consonancia con dicha definición, existen sentencias del Tribunal Supremo en las que se llega a requerir ese “secretismo” en la entrada, esa exigencia de artificios orientados a burlar el control legal de la inmigración. O, dicho de otra forma, la introducción en territorio español de inmigrantes a la vista de las autoridades competentes no constituía el tipo penal de nuestro 318 bis²²⁷.

En resoluciones más recientes, como por ejemplo la STS 482/2016, de 3 de junio, el Alto Tribunal adopta una postura inclusiva de todas las posibilidades descritas, al señalar que “tráfico ilegal e inmigración clandestina, con independencia de la posible coincidencia entre ambos, no tienen la misma significación jurídica. Por tráfico ilegal se ha entendido cualquier movimiento de personas extranjeras que contravenga la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es solo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad (STS 1238/2009 de 11 de diciembre). Se ha considerado migración clandestina cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa (STS 302/2007, de 3 de abril)”²²⁸.

Por último, ha de exponerse lo que la doctrina ha entendido tradicionalmente por las expresiones “tráfico ilegal e inmigración clandestina” y si ambos resultan o no equiparables. Por un lado, los que los entienden como equivalentes. En esta línea CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, quienes expresan que “en atención a los textos internacionales que existen en esta materia y a la influencia que tales textos han tenido en las reformas introducidas en nuestro Código penal, parece razonable pensar que el concepto de ‘tráfico ilegal de personas’ que se utiliza en el art. 318 bis CP es aquél que implica un traspaso ilegal de fronteras y que, por tanto, no difiere del concepto de ‘inmigración ilegal’ o ‘inmigración clandestina’ (...) Si bien en un plano teórico podrían llegar a diferenciarse claramente los conceptos de ‘tráfico ilegal de personas’ e ‘inmigración ilegal’ o ‘inmigración clandestina de personas’ todo hace pensar que, en la práctica, nuestro legislador ha optado por equiparar ambos conceptos.”²²⁹. También se pronuncia en igual forma ABARCA JUNCO al disponer que “en

²²⁶ Ejemplos de simulación de contratos de trabajo o matrimonios de conveniencia se recogen, entre otras, en la STS 385/2012, 10 de mayo de 2012 y STS 896/2013, de 28 de noviembre.

²²⁷ En tal sentido, resoluciones como la STS 147/2005, de 15 de febrero, STS 545/2006, 23 de mayo de 2006 o STS 1087/2006, de 10 de noviembre.

²²⁸ STS 482/2016, de 3 de junio.

²²⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉ GÓMEZ, Mario *El Derecho Penal Español...* cit., págs. 50-51.

definitiva, el Legislador español se separa del concepto que él mismo ha asumido al ratificar la normativa internacional y viene a equiparar el tráfico ilegal con la inmigración clandestina”²³⁰.

La variada diversidad de opiniones relacionadas anteriormente, coexistirán hasta 2010, año en que tiene lugar la reforma producida por la LO 5/2010, de 22 de junio y que se vino a dar respuesta no sólo a las exigencias de la Unión Europea en la incriminación independiente de la inmigración clandestina y la trata, sino también a las críticas doctrinales que exigían de la aclaración del concepto para evitar elucubraciones sobre los requisitos que debían darse en la entrada para considerar aplicable el tipo, en este caso entendido como traspaso ilegal de fronteras.

B) Se eleva la pena del tipo básico, que queda fijada en un abanico que se extiende de los cuatro a los ocho años de prisión. Hay que recordar que primitivamente la pena oscilaba entre los seis meses a tres años de prisión, además de prever multa de seis a doce meses, que ahora se suprime. Nueva muestra de determinación del legislador al producirse un incremento de pena más que considerable, en consonancia con los postulados de la Unión Europea. Igualmente, desaparece la multa y se establece la prisión como pena de referencia.

C) Se añade un apartado segundo (subtipo agravado) con objeto de penalizar el tráfico ilegal de personas cuando el fin es la explotación sexual de éstas. En estos casos, la pena es superior a la del tipo básico, oscilando entre los cinco a diez años de prisión. Hay que tener en cuenta que con esta reforma del año 2003 también se produce la supresión del artículo 188.2, trasladando su contenido a este apartado segundo del artículo 318 bis. Se aprecia de esta forma, una notable evolución de la legislación penal sobre extranjería, al advertirse cómo poco a poco se va unificando en el artículo 318 bis CP todas las conductas que tienen como destinatarios a los extranjeros ²³¹.

D) Se mantienen como subtipos agravados los casos de ánimo de lucro, violencia o intimidación, engaño y puesta en peligro para la vida, salud o integridad de las personas. Se añade novedosamente respecto a la anterior regulación, la minoría de edad o incapacidad, así como la situación de superioridad o especial vulnerabilidad para la víctima. Asimismo, se suprime el abuso de situación de necesidad. Cabe resaltar, en particular, la sustitución de la “situación de necesidad” por “la situación de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima”. La explicación de la modificación puede responder, tal y como expone SILVA CASTAÑO, “al hecho de que la “situación de necesidad” en la víctima sea probablemente una

²³⁰ ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros. *El extranjero...* cit., pág. 380

²³¹ CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉ GÓMEZ, Mario *El Derecho Penal Español...* cit., pág. 44. Señalan los autores que “con la introducción de este subtipo agravado se produce a su vez una modificación del art. 188.2 CP, que deja de hacer referencia a la conducta consistente en favorecer la entrada, residencia o salida de una persona con fines de explotación sexual. Este tipo de conductas pasa a castigarse, únicamente, por vía del art. 318 bis 2 CP, aumentando, además, la pena que estaba prevista en el anterior art. 188.2, que deja de ser una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, para convertirse en una pena de prisión de cinco a diez años”. Además, señala VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Comentarios al Código Penal Español Tomo II*, 7ª Edición. Quintero Olivares (Dir.), Navarra, 2016, pág. 749, que “la inclusión en el artículo 318 bis del tráfico de personas con fines de explotación sexual constituyó justamente el motivo que condujo al sector mayoritario de la doctrina a considerar que el art. 318 bis se regulaban conjuntamente supuestos de migración clandestina (tipo básico del delito) con supuestos de trata de personas (tipos cualificados). Ello condujo a la ulterior desaparición de este supuesto agravado del art. 318 bis CP al incriminarse específicamente el delito de trata de personas en el art. 177 bis CP”.

constante en casi todos los supuestos de tráfico ilegal con personas, lo que convertiría el motivo de agravación en un elemento básico que distorsionaría la pena en su individualización”²³². No obstante, no se satisface para la autora el contexto con el cambio advertido, ya que comprende que la especial vulnerabilidad de la víctima suele estar muy presente en los extranjeros que se ven obligados a abandonar sus países de origen en busca de otras alternativas de vida²³³.

E) Se añade la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena para los casos de pertenencia a organizaciones o asociaciones que se dediquen a estas actividades. Por consiguiente, se refuerza la penalidad en el caso de que la comisión del delito se cometa por parte de estas organizaciones²³⁴. Además, se castiga especialmente a los jefes, administradores o encargados las mismas con la pena superior en grado a la prevista y se posibilita en estos casos que la autoridad judicial pueda imponer alguna de las penas accesorias del artículo 129 CP.

F) Se faculta a los tribunales para la reducción de la pena prevista (inferior en grado) en atención a la gravedad del hecho y sus circunstancias, además de las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste. Se incluye, por tanto, un elemento de subjetividad para la apreciación de las contingencias relativas al hecho delictivo que permitan la disminución de pena.

2.2. Reforma por la LO 13/2007, de 19 de noviembre

Tiene lugar esta reforma por el artículo 2.2 de la LO 13/2007 de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, con el objeto de que la descripción del tipo penal no quede restringida a los supuestos en que ese tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas tenga que llevarse a cabo desde, en tránsito o con destino a España. Con la nueva redacción, se castigará también dicha conducta cuando el destino sea cualquier otro país de la Unión Europea²³⁵.

Por consiguiente, la única modificación observada respecto a la anterior regulación en el estudiado artículo 318 bis CP implica agregar “o con destino a otro país de la Unión Europea”, de tal forma que se amplifica el tráfico ilegal o la inmigración clandestina, que extiende la

²³² SILVA CASTAÑO, María Luisa. “Estudio del artículo 318 bis del Código Penal español”. *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Pérez Alonso-Zugaldía Espinar (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 193.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ Manifiesta VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Delito contra los derechos...* cit., págs. 747-748 que esta reforma primitiva del artículo 318 bis responde a la “necesidad de dar respuesta penal a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer delitos. Aunque el legislador reconoció que nuestro ordenamiento ya tipificaba el tráfico de personas, la reforma pretendió realizar una tarea de consolidación y perfeccionamiento de las medidas jurídico-penales ya existentes aduciendo el esfuerzo desplegado en el seno de la Unión Europea en la lucha contra este fenómeno, que había cristalizado en la adopción de distintos instrumentos normativos con requerimientos de armonización, tanto en la previsión de tipología delictiva como en el quantum mínimo de pena en determinados supuestos a los que trataron de responder las modificaciones del Código Penal”.

²³⁵ El apartado 1 del artículo 318 bis CP, que recoge el tipo básico, queda redactado de la siguiente forma, tras la modificación llevada a cabo por la LO 13/2007, de 19 de noviembre: “el que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión”.

conducta a aquellos supuestos en los que dicho el tráfico o inmigración clandestina tenga como punto de llegada cualquier otro país europeo²³⁶.

Es interesante a estas alturas ahondar en la LO 13/2007, de 19 de noviembre, no sólo en lo que atañe a la modificación del artículo 318 bis CP, sino también en la otra gran reforma que se lleva a cabo junto a la misma y que reside en la alteración del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Su apartado cuarto, que es al que afecta la transformación, prevé los casos en los que la jurisdicción española es competente para el conocimiento de hechos delictivos producidos fuera de España, ya sea por español o por extranjero. Es decir, el artículo 23.4 LOPJ amplía los casos de persecución de delitos que exceden de la regla general, que se limita a los cometidos por cualquier persona en territorio español o bien por persona española en el extranjero. Por consiguiente, a partir de dicho momento se otorga competencia a los Tribunales españoles para el conocimiento del delito cuando sea ejecutado fuera de nuestras fronteras²³⁷. La razón de este trascendental cambio la justifica de forma amplia la Exposición de Motivos. Así, se hace referencia al atentado contra el extranjero que supone el tráfico ilegal y la inmigración clandestina desde el punto de vista humanitario, así como la impunidad e incapacidad con la que Estados más directamente relacionados con estos delitos los afrontan o persiguen. No obstante, se apunta en el Preámbulo de forma directa a un acontecimiento que en los años adyacentes a la aprobación de la ley ocurría en las costas canarias con la, ya mencionada en esta tesis, “crisis de los cayucos”, al referirse de forma literal a la indemnidad en la persecución del “supuesto concreto de la patera o los cayucos interceptados antes de llegar a las costas españolas”. Indemnidad que se salva con esta reforma, a partir de la cual, se podrá dirigir la persecución penal también contra las mafias que trafican con inmigrantes, cuando éstos sean interceptados por un buque español fuera del mar territorial²³⁸.

2.3. *Reforma por la LO 5/2010, de 22 de junio.*

Una de las grandes modificaciones efectuadas por esta reforma del Código Penal es la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en general y que también tiene repercusión, como veremos a lo largo de este trabajo, en nuestro analizado artículo 318 bis CP. Pero sobre todo y, en lo que nos atañe, es destacable la creación del nuevo artículo 177

²³⁶ Como dispone VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Delito contra los derechos...* cit., pág. 750, “se pretendía fundamentalmente evitar la atipicidad de conductas en las que interceptándose el traslado en mar territorial e incluso en aguas internacionales – tras la modificación operada en el art. 23.4 LOPJ por la misma norma- la finalidad no fuese la de arribar a España, sino la de llegar a otro país de la Unión.

²³⁷ A la lista de delitos perseguibles por los Tribunales españoles cometidos fuera de España recogidos en el artículo 23.4 LOPJ se añade la letra “g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores”. Previo a la reforma, tal lista estaba configurada por los delitos de genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, prostitución y corrupción de menores e incapaces, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, mutilación genital femenina cuando el responsable se encuentre en España y aquellos otros que según los tratados internacionales deba ser perseguido en España.

²³⁸ La Exposición de Motivos se hace eco de la problemática de la inmigración en nuestro país en el momento de la promulgación de la ley al establecer que “España, sin duda, debe adoptar las medidas legislativas al respecto a fin de enjuiciar este tipo de delitos, pues resulta ciertamente difícil dar el necesario trato digno a los inmigrantes y proteger plenamente sus derechos humanos, a la vista del inabarcable flujo migratorio en nuestro país. Flujo que proviene, en gran medida, del notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de inmigrantes, que día a día ponen en peligro su vida y su seguridad”.

bis dentro del Título VII bis, que regula la trata de seres humanos, como *supra* ha sido adelantado²³⁹.

De esta forma, se vino a dar respuesta no sólo a las exigencias de la Unión Europea en la incriminación independiente de la inmigración clandestina y la trata, sino también a todas aquellas reprobaciones doctrinales que exigían de una diferenciación palmaria entre ambos conceptos. Y es que, como vimos con anterioridad, la inserción de la expresión “inmigración clandestina” por la reforma del año 2003, dio lugar a la interpretación de que el tráfico ilegal de personas se pudiera considerar en su doble vertiente de traspaso irregular de fronteras y comercio ilegal de personas, asimilando así éste último, a la trata²⁴⁰.

En dicho sentido, se crea el artículo 177 bis CP dedicado en exclusiva a la trata de seres humanos; además, se deroga el artículo 313.1 CP -favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores- que queda subsumido en el artículo 318 bis CP y se anula también el artículo 318 bis 2 – explotación sexual de las personas como fin del tráfico ilegal o la inmigración clandestina-²⁴¹. Por consiguiente, decae en el año 2010 el sistema tripartito de regulación penal vinculada con el extranjero -plano general, laboral y sexual-, permaneciendo exclusivamente el artículo 318 bis como precepto genérico para todo aquello que les afecte e incluyéndose el artículo 177 bis para los casos de explotación de personas, tanto nacionales como extranjeras.

La implicación de la reforma en los preceptos antedichos fue, en general, bien acogida por la doctrina. En consecuencia, autores como LLORIA GARCÍA, aprueban que el legislador, con las modificaciones indicadas, atendiera a las críticas que habían sido efectuadas previamente y que reprochaban que el artículo 318 bis confundiera supuestos de tráfico ilegal de inmigrantes con casos de trata de personas²⁴². No obstante, otros autores juzgan que la revisión no fuera completa al obviar el legislador de 2010 la posibilidad de eliminar del apartado segundo del 318 bis, los medios comisivos que se utilizan en la trata para anular el consentimiento de la víctima (violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima), lo que impidió un esclarecimiento pleno entre el 177 bis y del 318 bis. De esta manera, tal como resalta POMARES CINTAS, “hasta la reforma de 2015, se castigaban en el art. 318 bis CP comportamientos de trata de personas como si fueran una modalidad de colaboración en la operación migratoria ilegal y viceversa, comportamientos de

²³⁹ Se destina la creación de este tipo, de acuerdo con el preámbulo, para la protección de la libertad y dignidad de la persona, siendo sujeto pasivo del delito no sólo el ciudadano extranjero si no también el nacional, y en el que el hecho delictivo sea cometido o no por algún tipo de organización criminal.

²⁴⁰ El legislador español a través Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, se hace eco de la necesidad de separar ambos conceptos por las dificultades interpretativas a las que daba lugar, así como el objetivo de cumplir con el mandato comunitario al disponer que “El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos”.

²⁴¹ La creación del artículo 177 bis CP, junto con la derogación del artículo 313.1 CP y 318 bis 2 CP responde a “la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema” según la Exposición de Motivos.

²⁴² En la línea del texto, LLORIA GARCÍA, Paz. “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIX, 2019, pág. 362.

tráfico ilegal de inmigrantes como si fueran trata de personas²⁴³”, lo que en palabras de VILLACAMPA ESTIARTE presume “un exceso de celo del legislador español por la incriminación de conductas relacionadas con la migración irregular”. A mayor abundamiento, también censura esta autora la desproporción de penalidad, la utilización del Derecho Penal y no el Derecho Administrativo para la protección del interés del Estado en el control de los flujos migratorios, así como la no aclaración de la relación del 318 bis CP con sanciones administrativas como la contemplada en el artículo 54.1 b)²⁴⁴. Al respecto de esta última circunstancia, se estudiará en capítulos sucesivos.

Por último, cabe resaltar la especificación que se efectúa en el apartado XII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio en cuanto al fin perseguido por el delito, al disponer que “el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”. Un avance este último, como se verá más adelante, en la delimitación del bien jurídico protegido por el delito²⁴⁵.

Seguidamente y para concluir, se realiza una recapitulación de las variaciones con respecto a la anterior regulación y que se resumen en los siguientes:

A) Se suprime el apartado 2 (explotación sexual de las personas como fin del tráfico ilegal o inmigración clandestina) porque con la LO 5/2010, de 22 de junio, se crea el *Título VII bis “De la trata de seres humanos”*, que incluye el artículo 177 bis, de forma que la conducta descrita en el anterior apartado 2 del artículo 318 bis, queda subsumida en artículo 177 bis.

B) Se eleva la pena en el caso de que la víctima sea menor de edad o incapaz, no siendo ya en la mitad superior sino la pena superior en grado. Se comprueba en este punto la inquietud del legislador por proteger de manera notoria a personas especialmente vulnerables, como puedan ser menores o incapaces.

C) Como novedad primordial junto con la eliminación de los resquicios de trata del artículo 318 bis CP, se incluye la comisión del hecho delictivo por persona jurídica, castigando la conducta con multa de dos a cinco años o, en caso de obtención de beneficio por tal motivo, triple al quíntuple de esa ventaja económica cuando la cantidad resultante fuese más elevada.

D) Se elimina la posibilidad de que el juzgador pueda imponer las consecuencias accesorias recogidas en el artículo 129 CP, siendo sustituido por la facultad de imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, que son las propias establecidas para las personas jurídicas.

²⁴³ POMARES CINTAS, Esther. “Reforma del Código Penal Español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”. *Revista de Estudios Jurídicos*, vol. 19, nº 29, 2015, pág. 10.

²⁴⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Delito contra los derechos...* cit., págs. 754 y 755.

²⁴⁵ Como veremos en capítulos sucesivos, una de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito recogido en el artículo 318 bis CP es la determinación del bien jurídico protegido, siendo que una parte importante de la doctrina entiende que es el control de los flujos migratorios el bien a proteger, no así los derechos de los ciudadanos extranjeros, como reza el Título XV bis en que se regula.

E) Igualmente, con motivo de la supresión del apartado segundo se produce una reorganización de tales apartados, siendo que el 3,4,5 y 6 pasan a ser el 2,3,4 y 5.

F) Se suprime el apartado 1 del artículo 313. Recordemos que este artículo estaba destinado al delito de favorecimiento de tráfico ilegal de trabajadores.

2.4. *Reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo.*

Se produce por el artículo único 170 de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, el Código Penal y es ésta la versión vigente a día de la fecha.

La posición de salida en este apartado ha de ser el recordatorio de la problemática asociada a la regulación del artículo 318 bis CP. De este modo, si bien es innegable que progresivamente y a través de las sucesivas reformas que han operado sobre el artículo desde al año 2000, se fueron solventando los inconvenientes de origen, no es menos cierto que quince años después quedaban resquicios de una regulación insolvente en cuanto a la diferenciación con el delito de trata del artículo 177 bis, así como con la desproporción en la penalidad. Son éstos los dos principales objetivos que se pretenden lograr con la modificación. Por el camino recorrido hasta entonces, se había conseguido unificar –bien en el artículo 318 bis, bien en el artículo 177 bis–, determinadas conductas relacionadas con la explotación laboral o sexual de extranjeros, aun manteniéndose en el artículo 312 CP el tráfico ilegal de mano de obra.

Dos resoluciones ya analizadas en este epígrafe, que sirvieron de base para la reforma del año 2003, vuelven a ser determinantes para la modificación del año 2015: la Directiva 2002/90/CE y la Decisión marco 2002/946/JAI de 28 de noviembre de 2002, de lo que puede inferirse un reconocimiento implícito del legislador de que, entonces, es decir en 2003, no se hicieron los deberes correcta ni íntegramente. La primera, exigía diferenciar con determinación las conductas propias de la inmigración ilegal respecto de la trata. Sin embargo, el legislador español en el año 2003 no apostó por una incriminación separada de ambos delitos, sino que eligió incluir en el 318 bis los vocablos “inmigración clandestina” junto al de “tráfico ilegal”, lo que dio pie a interpretar que con en esta última expresión se subsumían en el mismo conductas de “trata”. Cabe recordar que las críticas doctrinales y jurisprudenciales respecto a tal regulación conjunta, fueron una de las causas que desembocó en la reforma del año 2010 y que supuso la separación de ambos fenómenos a través de la inclusión del artículo 177 bis CP. La segunda, –Decisión marco de 28 de noviembre de 2002– requería de una pena no inferior a ocho años de prisión en los casos en los que el delito fuera cometido, con ánimo de lucro, bien por una organización delictiva, bien poniendo en peligro la vida de las personas²⁴⁶. Así, el legislador en 2003 optó, no sólo por elevar las penas en esos supuestos, sino por elevar la

²⁴⁶ Así se dice en la Exposición de Motivos al disponer que una de las finalidades de la reforma es “ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves”.

penalidad en su conjunto, es decir, tanto en el tipo básico como en los tipos cualificados, lo que, en el año 2015, una vez separada la trata del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, se entendió como desproporcionado²⁴⁷.

La adaptación a la Directiva 2002/90/CE fue tal, que se reprodujeron de forma literal los términos en ella utilizados para definir la conducta típica. Como resultado, se suprimen los vocablos empleados en la definición del delito desde su inserción en el Código Penal en el año 2000 por los mencionados en la Directiva. De tal modo, ya no se habla de “promoción, favorecimiento o facilitación” del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas sino de “ayudar a entrar, transitar o permanecer” en territorio español. En todo caso, como expone POMARES CINTAS, la nueva redacción y estructura del art. 318 bis, se asienta en las bases esenciales de las modificaciones de 2010, fundamentadas, de acuerdo con las directrices comunitarias en fijar una distancia cualitativa y punitiva entre el delito de trata y la colaboración en la inmigración ilegal; cuestión ésta que el texto de 2010 “(...) no había convencido porque había dejado pendientes cuestiones esenciales que ahora se pretende resolver”²⁴⁸.

Otros cambios de importancia a la vista de la lectura del precepto son los siguientes:

A) A los señalados términos “ayudar a entrar, transitar o permanecer en territorio español” se le añade la conflictiva palabra “intencionadamente”²⁴⁹. Asimismo, se eliminan los vocablos “tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas”. Como ya se ha expuesto, la supresión de estos últimos tiene que ver con la inserción del delito de trata de seres humanos, habida cuenta de que a partir de entonces se produce un desdoble de conductas incriminatorias en relación con el tráfico de personas, destinándose el 177 bis a las más graves en las que existe explotación.

B) Se incorpora el ánimo de lucro como elemento definitorio de la conducta típica en el caso de que la ayuda se produzca para la permanencia del extranjero en España. Además, hay una división en dos apartados del tipo básico, de tal forma que el primero se dedica a tipificar la “ayuda intencionada a la entrada y el tránsito”, mientras que el segundo se destina a castigar la “ayuda intencionada a la permanencia”, incidiendo en la necesidad de que se produzca con “ánimo de lucro”. Igualmente, el ánimo de lucro en el caso del primer apartado -ayuda a la entrada y permanencia- se configura como circunstancia agravante que da lugar al primer subtipo cualificado²⁵⁰.

²⁴⁷ De esta forma lo recoge la Exposición de Motivos al establecer que “los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis se introdujeron con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis. Sin embargo, tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal”

²⁴⁸ POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...*cit., pág. 12.

²⁴⁹ Se hace referencia al conflictivo vocablo “intencionadamente” porque esta palabra generó mucha controversia entre la doctrina. IGLESIAS SKULJ, Agustina. “Artículo 318 bis: delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición. González Cussac (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 944 considera, por ejemplo, que “si bien el término está previsto en la Directiva 2011/36/UE, introduce una redundancia, puesto que, al no preverse la forma imprudente, sólo cabe su modalidad dolosa”.

²⁵⁰ Efectivamente el artículo 318 bis 1 CP en su tercer párrafo dispone que “si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior”.

C) Se especifica respecto al término “personas”, el hecho de que sean “no nacionales de un Estado miembro”. Con la anterior regulación se hacía alusión a todas las personas en general, por lo que con la redacción vigente se deduce la insistencia del legislador en decretar que no pueda ser sujeto pasivo de este delito un ciudadano europeo. Igualmente, de la frase “vulnerar la legislación sobre entrada, tránsito o estancia de extranjeros” se infiere que tal sujeto pasivo ha de ser no europeo en situación no regular. Como puede observarse, a través de toda esta terminología se trata de acotar al sujeto destinatario del delito, que está constituido por el extranjero no europeo cuya entrada, circulación o estancia en España es o ha sido irregular, es decir, el inmigrante ilegal²⁵¹.

D) Se rebaja la pena del tipo básico a multa o prisión de tres meses a un año (con la anterior regulación, prisión de cuatro a ocho años) en consonancia con la Directiva y la Decisión marco, en la necesidad de que el delito de trata de seres humanos, considerado como más grave, disponga de una penalidad más elevada. Como novedad, cabe resaltar el sistema de pena alternativa -multa o prisión- que no se había manifestado en los orígenes del artículo 318 bis CP ni con ninguna de sus reformas. En este sentido, inicialmente se preveía tanto la prisión como la multa como penas a imponer para el delito, si bien en unos rangos mucho más bajos. Cambió el sistema con la reforma del año 2003 -al incriminar las conductas descritas en el tipo con penas muy elevadas- para provocar una reducción drástica en éstas mediante esta reforma de 2015, de acuerdo con el objetivo de reajustar la penalidad recogido en la Exposición de Motivos de la ley, como consecuencia de la incriminación separada del delito de tráfico ilegal de personas y trata. Al respecto y como se estudiará con detenimiento en el siguiente epígrafe, puede concluirse que España se erige como uno de los países con una pena de prisión más baja, en relación con otros Estados. Asimismo, la inserción de la pena de multa sí resulta conforme con lo acogido por otras normativas en cuyo articulado está expresamente regulada.

E) Se introduce la cláusula de “ayuda humanitaria” que despenaliza la conducta. De este modo, en los casos en los que se actúe por razones de altruismo con el objetivo de auxiliar a personas en problemas por su situación personal y de vida, se evita el castigo, teniendo en cuenta, por tanto, a aquél que opere con intención de ayudar.

F) Se suprimen las situaciones de empleo de violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima y ser menor de edad o incapaz, que ya se hallan subsumidas en el delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis CP). Procede recordar sobre el tema, que fue ésta una de las críticas doctrinales

²⁵¹ El tipo básico del artículo 318 bis CP de forma literal dispone, en su apartado primero que “el que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”. El apartado segundo regula la ayuda a la permanencia al disponer “el que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

generadas con la reforma del año 2010, por emplearse en el artículo 318 bis medios comisivos que se utilizan en la trata para anular el consentimiento de la víctima.

G) Se agrava la pena para los supuestos en que los hechos sean cometidos por organización criminal y cuando se ponga en peligro la vida de las personas. Como resultado, el rango asociado -prisión de cuatro a ocho años- es el fijado en la anterior regulación para el tipo básico. Entiende, por consiguiente, el legislador que son éstos, supuestos de especial trascendencia, habida cuenta de la problemática que para toda actividad delictiva implica que el hecho sea cometido por un grupo de personas (organización criminal), así como que la perpetración de las conductas suponga un riesgo para la vida de la víctima. No obstante, se elimina el carácter transitorio de la organización o asociación, que será analizado con detenimiento en el Capítulo VI de este trabajo. Cuando se hace referencia a “organización criminal” se está pensando especialmente en las mafias de la inmigración, que generan un problema añadido para la persecución de este tipo de delitos.

A modo de conclusión de este epígrafe, veo oportuno introducir una reflexión suscrita por la Unidad de Extranjería de Fiscalía General del Estado, en concordancia con la ya expuesta Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, y que viene a disponer que “se ha delimitado con mayor precisión las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión ha quedado reservada para los supuestos especialmente graves. De acuerdo con la citada Directiva 2002/90/CE, se parte del consentimiento del extranjero en la operación migratoria, por lo que se ha eliminado del artículo 318 bis toda alusión a supuestos que implican vicio en el consentimiento de aquél, ausencia del mismo o compromiso de su libertad de decisión característicos del concepto de trata de seres humanos. Así han desaparecido las referencias al engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad, el ser la víctima menor de edad o incapaz. Los comportamientos previstos como tipo básico del derogado 318 bis se desglosan ahora en dos modalidades distintas de contornos más nítidos, la ayuda a la entrada y circulación en el territorio del Estado, y la que lo es exclusivamente a la permanencia, que en todo caso requieren la infracción de la legislación española sobre la materia”²⁵². En resumen, se aplaude la definitiva delimitación del delito de trata respecto al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, así como el ajuste producido en la penalidad asociada al tipo. Y no sólo la aprobación de la reforma se exhibe por la Fiscalía, sino también, en términos generales, por parte de la doctrina, que opina igualmente que se contribuyó a la separación y especificación de ambos supuestos, así como al avance en la línea marcada por los postulados europeos ²⁵³.

²⁵²FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. UNIDAD DE EXTRANJERÍA. *Boletín de Jurisprudencia. Inmigración ilegal. Art. 318 bis CP. Ocupación ilegal de trabajadores extranjeros. Art. 311 bis*. Madrid, segundo semestre 2018, pág. 12.

²⁵³ En el sentido anterior, VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Delitos contra los derechos...cit.*, pág. 752, al insistir en que “puede decirse, pues, después de las modificaciones operadas en el mismo en la reforma de 2015, que finalmente se ha adecuado la regulación interna española a las disposiciones internacionales y europeas sobre el particular, acabando con la endémica confusión interna entre trata de seres humanos y migraciones clandestinas.

El artículo 318 bis en su redacción vigente será estudiado con profundidad en los sucesivos capítulos de esta tesis doctoral, sirviendo este epígrafe de prólogo al análisis exhaustivo que con posterioridad será llevado a cabo.

III. EL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

1. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Europa

1.1 *Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Alemania*

Se recoge en el Capítulo 9–Disposiciones sobre penas y multas– y Capítulo 9 bis - Consecuencias legales del empleo ilegal-, párrafos § 95 al 98 quater de la *Aufenthaltsgesetz*²⁵⁴. El primero de ellos, dedicado a las disposiciones penales, abarca en su disposición primera imposición de una pena privativa de libertad de hasta un año o multa a una amplísima enumeración de conductas más cercanas al ámbito administrativo que el punitivo donde quedan integradas, en esta variable primera²⁵⁵. Como puede comprobarse, de la

En este sentido, cabe valorar positivamente el cambio de regulación, aun cuando esto no necesariamente suponga valorar positivamente la política excluyente que en materia migratoria adopta la Unión Europea”.

²⁵⁴Ley de Residencia (Ley de Residencia, Empleo e Integración de Extranjeros en el Territorio Federal)

En la versión publicada el 25 de febrero de 2008 (BGBl. I p. 162,) modificada en último lugar por la Ley de 20 de diciembre de 2023 (BGBl. I p. 390) con efecto a partir del 23 de diciembre de 2023.

²⁵⁵ “§ 95: 1. permanezca en el territorio federal en contra de lo dispuesto en el artículo 3 (1) en relación con el artículo 48 (2), 2. permanezca en el territorio federal sin el permiso de residencia requerido conforme al artículo 4 (1) frase 1 si a) está obligado a abandonar el país, b) no se le ha concedido un plazo para abandonar el país o este plazo ha expirado y c) cuya expulsión no haya sido suspendida, 3. entre en el territorio federal contraviniendo lo dispuesto en el artículo 14, apartado 1, nº 1 o 2,. 4. contravenga una orden ejecutiva con arreglo al artículo 46, apartado 2, frases 1 o 2, o al artículo 47, apartado 1, frases 2 o 2, 5. no facilite información, o facilite información incorrecta o incompleta, en contra de lo dispuesto en el artículo 49, apartado 2, salvo que el delito sea punible en virtud del artículo 49, apartado 2, número 2, 6. en contra de lo dispuesto en el apartado 10 del artículo 49, no tolere una medida especificada en el mismo, 6 bis. incumple reiteradamente una obligación de información contraria al artículo 56, infringe reiteradamente restricciones espaciales de residencia u otras condiciones o incumple la obligación de fijar residencia a pesar de haber sido informado reiteradamente de las consecuencias jurídicas de una negativa o utiliza determinados medios de comunicación o incumple determinadas prohibiciones de contacto contrarias al artículo 56, apartado 4, 7. incumple reiteradamente una restricción territorial con arreglo al artículo 61 (1) o (1c), u 8. pertenece a una organización o grupo en Alemania compuesto predominantemente por extranjeros cuya existencia, objetivos o actividades son motivo de preocupación pública para las autoridades. La Disposición segunda 1ª) añade que “también será castigada toda persona que cometa intencionadamente un acto especificado en el artículo 404 (2) núm. 4 del Libro Tercero del Código Social alemán o en el artículo 98 (3) núm. 1, necesite un permiso de residencia para residir en el territorio federal de conformidad con el artículo 4” y solo disponga de un visado Schengen de conformidad con el artículo 6 (1) núm. 1 como permiso de residencia. La Disposición 2: “Se impondrá una pena privativa de libertad no superior a tres años o una sanción pecuniaria a toda persona que”: 1. en contra de lo dispuesto en el artículo 11 (1) o en contravención de una orden ejecutiva en virtud del artículo 11 (6) frase 1 o (7) frase 1

a) entre en el territorio federal o b) permanezca en él, 1a. contravenga una resolución judicial ejecutiva con arreglo al artículo 56a, apartado 1, e impida con ello la determinación continua de su paradero por parte de una autoridad competente de las mencionadas en el artículo 56a, apartado 3, o2. facilite o utilice información incorrecta o

redacción total presentada en la nota inserta a título informativo, se trata de una enumeración confusa, repetitiva, presentada a niveles administrativos, procesales y penales, en una compleja integración bajo la señalada denominación de disposiciones penales, desde esa perspectiva, utilizada con cierta frecuencia en el Derecho alemán de combinación entre lo anterior, delitos, penas, Die Ordnungswidrigkeit, infracciones administrativas y sanciones, fundamentalmente multa. En definitiva, se está ante una ley penal especial impropia, que contiene semejantes variables²⁵⁶.

De especial interés para esta investigación es el § 96- *Einschleusen von Ausländern* (Tráfico o contrabando de extranjeros) en cierta relación con el § 95, el que regula el *tipo básico*, en su número 1) castigándose con pena privativa de libertad de seis meses a diez años y en casos menos graves con prisión de hasta cinco años o multa a quien incite o ayude a otra persona a 1. cometer un acto, en virtud de las conductas contenidas en el artículo 95 (1), nº 3 o (2) nº. 1 letra a) y a) reciba o se le prometa una ventaja a cambio, o b) actúe repetidamente o en favor de varios extranjeros o 2. cometa un acto en virtud del artículo 95, apartados 1,1,1 bis, 2, 1 bis,2,1, letra b) o 2 y reciba o se le prometa una ventaja pecuniaria a cambio, 3. cometer un acto de conformidad con el artículo 9, apartado 1, de la Ley de Libre Circulación/UE y recibir o permitir que se le prometa una ventaja pecuniaria a cambio.

Sorprende de esta regulación el incremento punitivo que se ha producido a raíz de la modificación del precepto por la Ley de Mejora de la Repatriación de 21 de febrero de 2024 y con entrada en vigor el 27 de febrero de 2024. De esta forma, es ostensible ese aumento, habida cuenta de que previamente se fijaba una pena de prisión entre los tres meses a cinco años y en casos menos graves una pena privativa de libertad de hasta cinco años o una pena pecuniaria. Además, novedosamente se incluye el apartado 3 para quien violente la Ley de Libre Circulación de la UE.

incompleta con el fin de obtener un permiso de residencia o una estancia tolerada para sí mismo o para otra persona, o para evitar la anulación o posterior restricción del permiso de residencia o de la estancia tolerada, o utilice conscientemente un documento obtenido de este modo para engañar en negocios jurídicos. (3) En los casos del apdo. 1 núm. 3 y de los apdos. 1a y 2 núm. 1 letra a, la tentativa es punible. 4) Los objetos a los que se refiera un delito tipificado en el apartado (2) núm. 2 podrán ser confiscados. El apartado 1 del artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados no se verá afectado. 6) En los casos contemplados en el apartado (1) números 2 y 3, actuar sin el permiso de residencia requerido se considerará equivalente a actuar sobre la base de un permiso de residencia obtenido mediante amenaza, soborno o colusión u obtenido facilitando información incorrecta o incompleta. (7) En los casos del apartado 2 número 1a, el delito sólo se perseguirá a petición de una autoridad competente mencionada en el mismo”.

²⁵⁶ El Derecho penal alemán diferencia la regulación de los delitos de trata de personas tipificados en el Código penal, en su sección XVIII, „Delitos contra la libertad personal 232– por prostitución (232 a), actos sexuales, en la tolerancia de actos sexuales,, trabajo forzado (232 b), explotación laboral (233), explotación aprovechándose de una privación de libertad (233 a), supervisión (233 b) secuestro de seres humanos (234), secuestro (234 a), secuestro de menores (235), tráfico de menores (236), matrimonio forzado (237 acoso (238), privación de libertad (239), extorsión de seres humanos (239 a) , toma de rehenes 239 b), vigilancia de la conducta (239 c), coacción, (240), amenazas (241), sospecha política 241 a). Algunos autores, lo complementan con la Ley de Trasplantes de 2001, en el tráfico de órganos. Vid. PARDO MIRANDA, Marta. *El delito de trata de seres humanos. Un estudio político criminal*. Dykinson, Madrid, 2023, pág.132–con los citados y desarrollados en la Ley de Residencia, en cuanto a tráfico de extranjeros y similares. Hay que poner de manifiesto que España optó por la regulación separada del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y el delito de trata, con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, puesto que hasta ese momento se describían conjuntamente, lo que será tratado más adelante con detenimiento.

Como compendio de las conductas castigadas, se pueden incluir, a grandes rasgos, las que ahora se dirán, dada la dificultad de recopilación por las referencias continuas a otros preceptos no sólo de la Ley de Residencia, Empleo e Integración de Extranjeros, sino también de la Ley de Libre Circulación de la UE. En resumen, se castiga a quien incite o ayude a entrar en territorio federal a un extranjero que no posea el pasaporte o permiso de residencia exigido a cambio de un beneficio económico o cuando se trate de actos reiterados o en beneficio de varios extranjeros; a quien incite o ayude a entrar en territorio federal a un extranjero que tenga prohibida la entrada y permanencia por haber sido expulsado previamente a cambio de una ventaja económica o promesa de tal ventaja o cuando se trate de actos reiterados o en beneficio de varios extranjeros; a quien incite o ayude a entrar en territorio federal a un extranjero a quien se le prohíbe la entrada por no haber cumplido con la obligación de abandonar el país dentro de plazo a cambio de una ventaja económica o promesa de tal ventaja o cuando se trate de actos reiterados o en beneficio de varios extranjeros; a quien incite o ayude a entrar en territorio federal a un extranjero cuya petición de asilo ha sido denegada a cambio de una ventaja económica o promesa de tal ventaja o cuando se trate de actos reiterados o en beneficio de varios extranjeros.

Igualmente, también serían incriminados aquéllos a los que se incite o ayude a residir sin pasaporte válido ni tenga posibilidad de obtener a cambio de una ventaja económica o promesa de tal ventaja; a quien incite o ayude a residir sin permiso de residencia con los requisitos que establece el artículo 4, párrafo 1, frase 1 a cambio de una ventaja económica o promesa de tal ventaja; a quien incite o ayude a residir en territorio federal a un extranjero que tenga prohibida la entrada y permanencia por haber sido expulsado previamente a cambio de una ventaja económica o promesa de tal ventaja; a quien incite o ayude a residir en territorio federal a un extranjero a quien se le ha prohibido la entrada o por no haber cumplido con la obligación de abandonar el país dentro de plazo a cambio de una ventaja económica o promesa de tal ventaja; a quien incite o ayude a residir en territorio federal a un extranjero cuya petición de asilo ha sido denegada a cambio de una ventaja económica o promesa de tal ventaja; cuando proporcione o utilice información incorrecta o incompleta con el fin de obtener un permiso de residencia o una estancia tolerada para sí mismo o para otra persona o para evitar la caducidad o la posterior restricción del permiso de residencia o la tolerancia, o utilice a sabiendas un documento obtenido de esta manera con fines de engaño en transacciones jurídicas, a cambio de una ventaja económica o promesa de tal ventaja. Por último, se sanciona también a quien realice un acto mencionado en el artículo 404 (2) n^o4 del Libro Tercero del Código social o en el § 98 (3) n.º 1.

En definitiva y reiterando la dificultad de la recopilación de la totalidad de las conductas, se puede observar cómo en Alemania también se incrimina la ayuda a la entrada y la ayuda a la permanencia. Eso sí, siempre con el ánimo de lucro presente para todas las modalidades tanto de la ayuda a la entrada y permanencia y con otras circunstancias tales como la reiteración o el beneficio para varios extranjeros en conductas relacionadas sólo con la ayuda a la entrada. Tal y como pone de manifiesto ESQUINAS VALVERDE, “el legislador germano configura el tipo básico del delito ya mediante la referencia a circunstancias cualificantes que para otras normativas no entran en juego sino más tarde, en el marco de los tipos agravados, con lo que tal legislador estaría dando a entender que la conducta de favorecer la entrada ilegal de personas,

sin más aditivos, no presentaría entidad suficiente para constituir un ilícito penal”²⁵⁷. Por consiguiente, la exigencia de ánimo de lucro tanto en la entrada como en la permanencia lo diferencia de nuestra legislación, que sólo exige tal circunstancia en la modalidad de ayuda a la permanencia.

La penalidad, como ya se ha avanzado, consiste en pena de prisión de seis meses a diez años y en casos menos graves con pena de prisión de hasta cinco años o multa. No determina el legislador alemán la cuantía de la multa a fin de poder compararla con el supuesto español. Sin embargo, sí determina la pena de prisión en un espacio temporal que puede extenderse hasta los diez años. En este caso, cabe afirmarse rotundamente que Alemania incrimina este delito con una pena de privación de libertad más elevada que España, ya que hay que recordar cómo tal pena en nuestro país, tras la última reforma operada en el Código Penal, se redujo hasta el límite máximo de un año de prisión.

En cuanto a los *tipos agravados*, se prevé en el apartado 2) la pena de prisión no inferior a un año a todo aquel que, en los casos contemplados en el apartado 1) 1: actúe con fines comerciales; en los casos de obrar como miembro de una banda que se haya reunido con tal fin; porte un arma de fuego en las ocasiones de entrada ilegal en territorio alemán; lleve cualquier otro tipo de arma para utilizarla en relación con el delito en relación con la entrada ilegal o la contravención de orden judicial ejecutable; 5. exponga a la víctima a un trato que ponga en peligro su vida, sea inhumano o degradante, o al riesgo de sufrir daños graves para su salud; someta a las personas objeto del tráfico ilícito a un trato potencialmente mortal, inhumano o humillante; someta a las personas objeto del tráfico ilícito a un riesgo de daño grave para su salud. También se castiga los intentos de evadir el control policial en el tráfico rodado de manera manifiestamente infractora e imprudente del tráfico, poniendo así en peligro la vida o la integridad física de otra persona o los bienes de otras personas de valor significativo, así como a toda persona que, en los casos contemplados en el apartado 1 número 1 letra a, actúe en beneficio de un menor extranjero soltero que entre en el territorio de la República Federal de Alemania sin ir acompañado de una persona con patria potestad o de una tercera persona que haya asumido el cuidado o la custodia del menor.

Como puede comprobarse, se comparte con la legislación española la agravación en los supuestos de comisión de tales actos por organizaciones o bandas y cuando existe riesgo para la vida o salud del inmigrante. No se contempla en España, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, la agravación por el porte de arma de fuego. En relación con la penalidad, mientras que en España los tipos agravados se castigan con pena de prisión de cuatro a ocho años, en Alemania se incurre en pena privativa de libertad entre uno y diez años. Por consiguiente, la amplitud de pena es mayor en la República Federal Alemana con un límite superior (diez años) que también supera al límite superior estipulado en España (ocho años). No obstante, en cuanto al límite inferior, se contempla una penalidad mayor en España (cuatro años), respecto al límite inferior alemán (un año).

²⁵⁷ ESQUINAS VALVERDE, Patricia. “Análisis comparado de las legislaciones penales sobre tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas”. *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Pérez Alonso-Zugaldía Espinar (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 118.

Finalmente, en relación con las agravaciones, prevé Alemania un *tipo hiperagravado* en el § 97.1 en los casos de ayuda que conducen a la muerte de la persona objeto del contrabando, estipulándose como castigo una pena de prisión no inferior a cinco años. Igualmente, el § 97.2 establece la pena de prisión no inferior a tres años para los casos de contribución a la inmigración clandestina de forma profesional o como miembro de banda dedicada a tales hechos. Sería este último supuesto el equiparable a nuestra “organización criminal”, sancionado en el artículo 318 bis 3 a). En este punto, hay que tener en cuenta la influencia de la Unión Europea para sancionar este tipo de casos con la Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que alentaba a los Estados miembros a observar un especial cuidado con las mafias de la inmigración²⁵⁸.

En cuanto al estudio de las atenuaciones, lo que hace el párrafo 3º del § 97 es incluir un *tipo atenuado* para cada uno de los tipos agravados señalados en el párrafo anterior, es decir, las agravaciones contempladas en el § 97.1 y § 97.2 (contribución a la inmigración clandestina de forma profesional o como miembro de banda dedicada a tales hechos). En este caso, la atenuación consiste en rebajar la pena de prisión no inferior al año tanto para el § 97.1 y como para el § 97.2 cuando se produzcan de forma “menos grave”. Es decir, se deja al arbitrio del juzgador analizar las circunstancias que pueden conducir a una disminución de la pena, en consonancia con nuestro artículo 318 bis 6.

Finalmente, hay que indicar (4) que de conformidad con el § 74.a del Código Penal se incrimina de forma clara la tentativa, que, por consiguiente, es punible.

El § 97 a) Acoge las obligaciones de confidencialidad, con una estructura novedosa no contemplada por el Código Penal Español. Dice: 1 La información sobre el curso específico de una deportación, en particular la información con arreglo al artículo 59 (1) frase 8, se considerará secreto o información con arreglo al artículo 353b (1) o (2) del Código Penal. 2 Lo mismo se aplica a la información sobre el curso específico de los acontecimientos, en particular sobre el calendario de las órdenes de conformidad con el artículo 82 (4) frase 1.

El § 98, asume las Disposiciones sobre multas, de carácter administrativo, al considerar que ha realizado una infracción administrativa toda persona que cometa por negligencia un acto contemplado en el artículo 95 (1) nº 1 o 2 o (2) nº 1 letra b. (2) Toda persona que “1. en contra de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, frase 1, no presente pruebas. 2. en contra de lo dispuesto en el artículo 13, apartado 1, frase 2, no se someta a los controles policiales del tráfico transfronterizo. 2a. en contra de lo dispuesto en el § 47a frase 1, también en relación con la frase 2, o en contra de lo dispuesto en el § 47a frase 3, no presente un documento allí especificado o no lo haga a su debido tiempo o no permita una comparación con la fotografía o no lo haga a su debido tiempo, 3. en contra de lo dispuesto en el artículo 48, apartados 1 o 3, frase 1, no presente un documento o registro mencionado en el mismo o un soporte de datos mencionado en el mismo, no lo entregue o no lo entregue a tiempo 4. infrinja una orden ejecutiva con arreglo al artículo 44 bis, apartado 1, frase 1, número 3, frase 2 o 3, 5. no realiza

²⁵⁸ El artículo 1.3 de la Decisión marco preveía una pena privativa de libertad con una duración máxima no inferior a ocho años para los casos en los que hubiera intervenido una organización delictiva o se hubiera puesto en peligro la vida de las personas.

una notificación o no la realiza a tiempo en contra de lo dispuesto en el artículo 82 (6) frase 1, también en relación con el artículo 60d (3) frase 4. Semejante contenido se ve completado por los números (2), (3) (4) (5)²⁵⁹. Se completa este modelo de carácter administrativo con el § 98a–(Remuneraciones. Ejemplo: El empresario estará obligado a pagar al extranjero al que contrate sin la autorización exigida en el apartado 1 del artículo 284 del Libro Tercero del Código Social alemán o sin la autorización exigida en el apartado 5 del artículo 4ª.2. Se presupone que el empresario ha empleado al extranjero durante tres meses)–. § 98 b –Exclusión de subvenciones– y 98 c –Exclusión de la adjudicación de contratos públicos–

Se puede finalizar la exposición del caso alemán tal y como se iniciaba, es decir, poniendo de manifiesto la dificultad de desentrañar una enumeración de conductas, como ya se ha adelantado, confusa, farragosa, desordenada, repetitiva, que mezcla cuestiones administrativas, procesales y penales, con una remisión continua a otros preceptos de la ley y otras extrañas. Como aspectos a tener en cuenta, destacan la penalidad asociada al supuesto tipo básico, que con la reciente Ley de Mejora de la Repatriación de 21 de febrero de 2024 -con entrada en vigor el 27 de febrero de 2024-, se extiende desde los seis meses a los diez años de prisión, así como la exigencia de ánimo de lucro como elemento integrante del tipo.

1.2. *Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Italia*

En Italia, este hecho delictivo es recogido en el artículo 12 -Disposiciones contra la inmigración ilegal- del *Testo Unico Sull'inmigrazione* introducido por el Decreto Legislativo 286/1998, de 25 de julio, cuya última actualización es producida por el Decreto-Ley nº 2023, de 10 de marzo de 2023, convertido, con modificaciones, por la Ley nº 50, de 5 de mayo de 2023.

El apartado primero acoge el *tipo básico* que castiga, previa entrada, salvo que el hecho constituya un delito más grave a “toda persona que, en violación de las disposiciones del presente Texto Único, promueva, dirija, organice, financie o transporte a extranjeros al territorio del Estado o realice otros actos destinados a procurar ilegalmente su entrada en el territorio del Estado, o de otro Estado del que no sea ciudadano o no tenga derecho de residencia permanente”, con la pena de prisión de dos a seis años más multa de 15000 € por cada persona.²⁶⁰

En relación con las actividades encaminadas al favorecimiento de la permanencia del extranjero en el territorio del Estado, el apartado 5 de este precepto, exige ánimo de lucro para

²⁵⁹ En este número (5) se contemplan las cuantías de las multas derivada de las infracciones administrativas (Die Ordnungswidrigkeit) sancionadas en los casos del apartado 2 bis nº 1 con multa de hasta quinientos mil euros, en los casos del apartado 2 bis nº 2, 3 y 4 con multa de hasta treinta mil euros, en los casos del apartado 2 nº 2 y del apartado 3 nº 1 y 5b con multa de hasta cinco mil euros y en los demás casos de los apartados 1 y 2 nº 1, 2 bis y 3 y del apartado 3 nº 3 con multa de hasta tres mil euros. 1 y 5b con una multa de hasta cinco mil euros, en los casos de los apartados 1 y 2 nº 1, 2a y 3 y del apartado 3 nº 3 con una multa de hasta tres mil euros y en los demás casos con una multa de hasta mil euros. Destaca la cuantificación en este ámbito frente a la no concreción de la multa en la parte penal.

²⁶⁰ Este apartado fue modificado por el artículo 8, apartado 1, letra a), del Decreto-Ley nº 2023, de 10 de marzo de 2023, convertido, con modificaciones, por la Ley nº 50, de 5 de mayo de 2023, fundamentalmente en la pena de reclusión.

su incriminación (como en España) y sostiene una penalidad ligeramente diferente a la modalidad del apartado primero, con multa de hasta 15493 € y prisión de hasta cuatro años. No obstante, se contempla una agravación en la ayuda a la permanencia consistente en el incremento de la pena de un tercio a la mitad “cuando el delito sea cometido conjuntamente por dos o más personas, o se refiera a la estancia de cinco o más personas”

Como puede repararse, semejante precepto recuerda mucho al anterior 318 bis de nuestro Código Penal, que castigaba la “promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o tráfico de inmigrantes”. De hecho, guarda también una gran similitud con nuestro precepto vigente, habida cuenta de que con la inclusión de la frase “realice otros actos destinados a procurar ilegalmente la entrada”, entendemos que nos encontramos ante un tipo muy amplio que abarca una ingente cantidad de modalidades de conductas. En cuanto a la penalidad, al igual que ocurría en el caso alemán, el legislador italiano también ha previsto una pena superior a la de nuestro país, con pena privativa de libertad que se extiende hasta los seis años más multa de 15000 € por persona.

Los *tipos agravados* se recogen en el apartado tercero del artículo 12, previendo una pena de prisión de seis a dieciséis años más multa de 15000 € por persona a quienes efectúen los actos del apartado primero con la concurrencia de las siguientes circunstancias: entrada o estancia ilegal en el territorio del Estado de cinco o más personas; peligro para la vida o seguridad de la persona transportada a fin de procurar su entrada o presencia ilegal; trato inhumano o degradante para la misma; acto cometido por tres o más personas que actúan de forma concertada o utilizando servicios de transporte internacional o documentos que han sido falsificados o alterados u obtenidos ilícitamente de otro modo; disposición de armas o materiales explosivos por parte de los autores.

En comparación con la regulación española y alemana, se contempla también en Italia el peligro para la vida y la comisión por parte de banda u organización (más de tres personas en el caso de Italia). Comparte con Alemania el trato inhumano o degradante, así como el porte de armas por parte de los autores. Y se incluye como novedad agravatoria italiana respecto a ambas legislaciones, el hecho de que como consecuencia de la entrada se introduzcan a cinco o más extranjeros en el territorio de su Estado, por tanto, cuando se atenta contra una pluralidad de víctimas. En cuanto a la penalidad, tanto el límite superior como el límite inferior son los más elevados de las legislaciones europeas hasta ahora analizadas, al contemplar la prisión de seis a dieciséis años a diferencia de lo que ocurre en Alemania (seis meses y diez años) y en España (cuatro a ocho años).

En el apartado 3 bis se recoge un *tipo hiperagravado* en los casos en los que concurren dos o más supuestos de las circunstancias agravantes anteriormente mencionadas, estableciéndose “un incremento de la pena prevista en el mismo”

Asimismo, en el apartado 3 ter se conjuga otro *tipo hiperagravado*, al incrementarse la pena entre un tercio y la mitad más multa de 25000 € cuando, tanto los hechos del tipo básico, como los hechos de los tipos agravados, se cometan con fines de prostitución, explotación sexual o laboral, explotación de menores o ánimo de lucro. Con la incriminación de las conductas de prostitución y explotación sexual o laboral se recuerda al delito de trata de seres humanos recogido en el artículo 177 bis del Código Penal. En este punto, cabe recordar cómo

el legislador español con la reforma de 2010 procedió a la separación de ambos delitos que, con carácter previo, se regulaban conjuntamente en el 318 bis del Código Penal. Al respecto, se puede advertir que el legislador italiano contempla como tipo hiperagravado de este delito de tráfico de extranjeros, las modalidades que en España se incriminan como trata de seres humano.

Igualmente, también se expone como circunstancia hiperagravada el ánimo de lucro. En relación con ésta última, es necesario recapitular, que tal circunstancia también está prevista en Alemania y que en España se configura exclusivamente como circunstancia agravante en el caso de la “ayuda a la entrada”, mientras que constituye un elemento integrador del tipo en el supuesto de “ayuda a la permanencia”.

Los *tipos atenuados* se postulan en el apartado 3 D, manifestándose que “las penas se reducirán hasta en una mitad para el imputado que actúe para evitar que la actividad delictiva tenga mayores consecuencias, ayudando concretamente a la policía o a la autoridad judicial en la obtención de pruebas decisivas para la reconstrucción de los hechos, para la identificación o captura de uno o varios autores y para el desvío de recursos relevantes para la comisión de los delitos”. Es decir, se regulan de forma expresa las circunstancias de atenuación, a diferencia de lo que ocurre tanto en Alemania como en España, en los que queda al arbitrio del juzgador determinar si los hechos que configuran el tipo básico se cometen de forma “menos grave” (en el caso alemán) y también atendiendo a las circunstancias del hecho, condiciones y finalidad perseguida por el culpable (en el caso español).

Otro *tipo atenuado* se incluye en el apartado 5 bis al castigar con pena de prisión de seis meses a tres años “a quien, a título oneroso, para obtener un beneficio injusto, dé alojamiento o ceda, incluso en régimen de arrendamiento, un inmueble a un extranjero que no tenga permiso de residencia en el momento de la estipulación o renovación del contrato de arrendamiento”. Sería ésta una especie de modalidad atenuada de ayuda a la permanencia a través de un régimen de arrendamiento de vivienda.

A partir del apartado sexto y siguientes, se estipulan sanciones administrativas en determinados supuestos: por ejemplo, en el apartado sexto se impone la obligación al transportista de que el extranjero que entra en el Estado disponga de la documentación necesaria para la entrada y le impone la obligación de comunicar a la policía de fronteras, el número de extranjeros irregulares que se encuentren a bordo, con sanción administrativa para ellos en caso de incumplimiento. Todas estas sanciones administrativas se asemejan a las infracciones muy graves relacionadas con los transportistas, acogidas en el artículo 54.2 de nuestra Ley de Extranjería²⁶¹. Continúa el precepto italiano previendo igual obligación al capitán del buque en

²⁶¹ El apartado b) del artículo 54.2 LOEX prevé como infracción muy grave “el transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros”. Al mismo tiempo, el apartado c) también acoge como infracción muy grave “el incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero o transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España, así como del extranjero transportado en tránsito que no haya sido trasladado a su país de destino o que hubiera sido devuelto por las autoridades de éste, al no autorizarle la entrada”.

el apartado 6 ter., así como varias medidas en relación con el decomiso de los buques, el control e inspección por la policía de medios de transporte y mercancías, el destino de los bienes incautados como consecuencia de la comisión de estos delitos o la intervención de los buques de la armada para la ayuda a la persecución de tales actividades que se reseñan en los siguientes apartados de este artículo 12 del Testo Unico Sull'immigrazione.

Finalmente, en el apartado 2 se acoge la despenalización de la conducta en caso de “actividades de ayuda y asistencia humanitaria prestadas en Italia a extranjeros necesitados”. Por tanto, al igual que ocurre en España con la cláusula de ayuda humanitaria prevista en el apartado segundo del artículo 318 bis 1, no se castigará a quienes realicen tales actos por motivos humanitarios.

Como conclusión al examen de la legislación italiana se puede atestiguar cómo es una ley penal especial impropia -*Testo Único Sull'immigrazione*- la que recoge toda la problemática asociada a la inmigración, en la que se incluye conductas, tanto básicas como agravadas, consideradas como delitos a los que se atribuye una pena entre la que se encuentra tanto la prisión como la multa. Además, en la propia regulación se incluyen cuestiones meramente administrativas, como las relacionadas con los transportistas. En definitiva, también Italia, al igual que Alemania, incluye en una ley penal especial impropia una mezcla de aspectos penales y administrativos, dejando fuera del Código Penal, por tanto, la incriminación de las conductas relacionadas con el tráfico de extranjeros.

1.3. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Francia

Se regula en el *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (Código de Entrada y Residencia de Extranjeros y del Derecho de Asilo), concretamente en el Titre II: Sanctions (Título II: Sanciones), Chapitre III: Facilitation de l'entrée, de la circulation et du séjour en Irréguliers (Capítulo III: Facilitación de la entrada, circulación y estancia ilegales).

A su vez, este capítulo consta de dos secciones: la primera, section 1: aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers (facilitación de la entrada, circulación y residencia ilegales) que se extiende del artículo L823-1 al L823-10. Además, esta primera sección está dividida en tres subsecciones conteniendo, la primera, las principales sanciones, la segunda, las sanciones accesorias aplicables a personas físicas y jurídicas y, la tercera, las condiciones para el ejercicio de la acción penal. La segunda sección, mariage contracté ou enfant reconnu à seule fin d'obtenir ou de faire obtenir à un étranger un titre de séjour ou la nationalité française (matrimonio contraído o hijo reconocido con el único fin de obtener o hacer que un extranjero obtenga un permiso de residencia o la nacionalidad francesa), se extiende de los artículos L823-11 a L823-17. Al igual que la primera sección, esta segunda también está dividida en subsecciones: la primera, reúne las principales sanciones y la segunda, reúne las sanciones accesorias aplicables a personas físicas y jurídicas. Igualmente, es necesario reseñar la proximidad de la última reforma, habida cuenta de que la última versión de este código es muy reciente, en concreto de fecha de 26 de enero de 2024.

Estipula el artículo L823-1 el *tipo básico* al establecer que, sin perjuicio de las exenciones previstas en el artículo L 823-9, se castiga con pena de cinco años de prisión y multa de 30000€ el acto, para cualquier persona, de facilitar o intentar facilitar, por asistencia directa o indirecta, la entrada, circulación o estancia ilegal de un extranjero en Francia. Las disposiciones de este artículo son aplicables incluso cuando los actos los comete una persona en el territorio de otro Estado parte en la convención firmada en Schengen el 19 de junio de 1990.

Como puede apreciarse, también esta ley francesa acoge una dicción del precepto muy similar al Código Penal español, pudiendo establecerse como diferenciación clara la penalidad, al castigarse este tipo de conductas en Francia con una pena bastante superior a la española. Así, se especifica una pena privativa de libertad hasta los cinco años y la multa de 30000 €. En relación con Italia, se observa un incremento en la sanción pecuniaria (15000€ para el supuesto italiano) mientras que no se puede establecer esa correlación con el caso alemán, habida cuenta de que no se determina en el precepto el montante de la multa. En cuanto a la pena de prisión, se mantiene una penalidad muy similar a la Italia (de uno a cinco años), advirtiéndose que no existe un rango de pena a aplicar al establecerse la cuantía fija de cinco años.

El artículo 823-2 es una especificidad del precepto anterior al incluir el castigo no sólo para aquéllos que cometen las conductas en Francia u otro Estado parte de la Convención de Schengen de 1990, sino también para aquéllos que lo cometan sobre otro Estado parte del Protocolo contra el Tráfico Ilegal de Migrantes por Tierra, Aire y Mar, adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, firmada en Palermo el 12 de diciembre de 2000. Este precepto recuerda al artículo 318 bis vigente a partir del año 2007, con la reforma llevada a cabo por la LO 13/2007, de 19 de noviembre. Como ya se expuso anteriormente, con dicha norma se añadió al tipo básico la expresión “con destino a otro país de la Unión Europea” para, de esta forma, no sólo incriminar la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal de personas con destino a España sino también a cualquiera de los Estados miembros²⁶². No obstante, el caso francés va más allá de las fronteras europeas, castigando también los supuestos en que el tráfico ilegal tiene como destino a algún país miembro del Protocolo de Palermo señalado. Como conclusión a extraer del precepto estudiado, puede afirmarse que de los tres países analizados hasta ahora -Alemania, Italia y Francia- a los que se suma España, Francia es el que mayor amplitud espacial tiene a la hora de llevar a cabo la persecución, al extralimitarse de sus fronteras.

El primero de los *tipos agravados* se contempla en el artículo L823-3. Así, se agrava la pena cuando estando ante las conductas descritas en los artículos L823-1 y L823-2 se produzcan las siguientes situaciones: hechos cometidos por grupo organizado; cuando hay riesgo de muerte, lesión grave o incapacidad permanente para el extranjero; sometimiento a éstos a condiciones de vida, transporte, trabajo o alojamiento incompatibles con la dignidad de la persona humana; se cometan mediante una autorización o un permiso para viajar en el área reservada de un aeródromo o un puerto; tengan el efecto de sacar a los menores extranjeros de

²⁶² Posteriormente, con la última reforma operada sobre el artículo 318 bis, que tiene lugar con la LO 1/2015, de 30 de marzo, se suprime la expresión “con destino a otro país de la Unión Europea” y pasa nuevamente a perseguirse el hecho delictivo cuando la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia se produzca en España exclusivamente.

su entorno familiar o de su entorno tradicional. De este modo, para todos los casos descritos se prevé la pena de prisión ascendente a los diez años y multa hasta los 750000€, destacando especialmente la gravosidad de la sanción pecuniaria en relación con los sistemas penales ya vistos en el Derecho Comparado, ya que, en lo que concierne a la prisión de diez años, la penalidad se mantiene, a grandes rasgos, en la línea de países como Italia y Alemania. Adicionalmente, también se recoge en este L823-3 un tipo hiperagravado, al castigarse con los quince años de prisión y multa de hasta un millón de euros los hechos que sean cometidos por banda organizada y al menos otra de las circunstancias señaladas con anterioridad.

De la misma manera, por la última reforma de 26 de enero de 2024, se añade un subapartado 1 al L823-3, que acoge otro tipo hiperagravado, al castigarse a los dirigentes u organizadores de grupos que tengan por objeto la comisión de los delitos anteriores, con pena de veinte años de prisión y multa de 1500000 €. Como puede comprobarse, esta agravación específica resulta ser la misma que nuestro 318 bis a), que incrimina a los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones.

En el artículo L823-4 se incluyen una serie de penas adicionales para las personas físicas que hayan cometido los hechos delictivos que se señalan en los apartados anteriores. De esta forma, se establece, entre otras, la prohibición de residencia durante un máximo de cinco años, suspensión del permiso de conducir por el mismo tiempo, retirada temporal o definitiva de la autorización administrativa para la explotación de servicios ocasionales o colectivos, o de un servicio regular, o de un servicio de transporte internacional de enlace, confiscación de la cosa utilizada para la comisión del delito o prohibición de ejercicio de actividad profesional en relación a la que se comete el delito. Serían, pues, las llamadas penas accesorias previstas en nuestro sistema penal que, si bien en el artículo 318 bis no existen para las personas físicas, sí se prevén para las personas jurídicas, con la posibilidad de imponer a éstas las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Además, para las personas físicas que cometan los tipos agravados se les impondrá como pena complementaria la confiscación de la totalidad o parte de sus bienes en virtud de lo dispuesto por el L823-5.

Igualmente, se posibilita en el L823-6 la expulsión de Francia de los condenados por la comisión del hecho delictivo, tanto en el tipo básico como del agravado, expulsión que se produciría por un periodo de hasta diez años. Así, hay que tener presente que en España no se incluye la expulsión como pena particular del artículo 318 bis, sino como medida sustitutiva de las penas de prisión de más de un año que, con carácter general, se pueden imponer a cualquier ciudadano extranjero.

Asimismo, se asigna en el L823-7 a las personas jurídicas que cometan los hechos de ambos tipos, básico y agravado, una multa según lo previsto en el artículo 131-38 del Código Penal, así como las penas previstas en los párrafos 1º a 5º, 8º y 9º del artículo 131-39. Y añade el artículo L823-8, la pena adicional de confiscación de todos o parte de sus bienes en el supuesto de comisión de los hechos previstos en el tipo agravado.

Finalmente, en el L823-9 se recoge una cláusula de despenalización de la conducta en el caso de la comisión de los hechos del tipo básico por ascendientes, descendientes, cónyuge

o hermanos del extranjero; persona que conviva con el extranjero en análoga relación de afectividad, así como los ascendientes, descendientes y hermanos del cónyuge o con quien conviva en análoga relación de afectividad. Igualmente, para cualquier persona en los supuestos en los que no haya contraprestación por la ayuda cuando ésta consista en el asesoramiento jurídico, lingüístico o social con fines exclusivamente humanitarios. Por último, se dispone que, en los casos de poligamia del extranjero, la despenalización por parentesco no será aplicable. Por consiguiente, al igual que ocurre con la expulsión, el legislador francés prevé esta circunstancia modificativa de la responsabilidad penal de forma particular sobre el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, a diferencia de España, que incluye de forma genérica la circunstancia mixta de parentesco en el artículo 23 del Código Penal y que no sólo puede actuar como agravante, sino como atenuante en función de la naturaleza, motivos y efectos del delito.

Por último, la sección segunda castiga el matrimonio contraído o el reconocimiento de un hijo con el fin de la obtención de un permiso de residencia o nacionalidad francesa. En este caso, la pena asciende a los cinco años de prisión, a la que se añade una multa de 15000 euros, previéndose agravación en el caso de comisión por banda organizada y añadiéndose, a posteriori, una serie de penas accesorias para las personas físicas y jurídicas.

Como recopilación del supuesto francés hay que poner de manifiesto que, como Alemania e Italia, tampoco es el Código Penal el que prevé el delito relacionado con el tráfico de inmigrantes, sino que es una ley penal especial impropia dedicada a la regulación de cuestiones relacionadas con la entrada y residencia de extranjeros, la que incluye las sanciones a imponer a las conductas relativas a dicho tráfico. Se puede mencionar como datos destacables la expulsión de los condenados por los comportamientos previstos en la ley, la perpetración por persona jurídica y la despenalización de la conducta en caso de comisión por parientes del condenado. Además, también Francia, como Italia y Alemania, prevé en su regulación cuestiones no sólo de carácter penal sino también de evidente apariencia administrativa, como pueden ser las penas adicionales de prohibición de residencia o la retirada de autorización administrativa para la explotación de servicios como, por ejemplo, el transporte.

2. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en América

Finalizado el examen de las regulaciones habidas en algunos de los países europeos más destacados, corresponde ahora saber qué ocurre en Latinoamérica, concretamente en México, Chile y Argentina.

2.1. Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en México

Inicialmente la regulación de este delito estaba prevista en el artículo 138 de la Ley General de Población. No obstante, su derogación el 25 de mayo de 2011, precisamente por la entrada en vigor de la Ley de Migración, hace que en la actualidad la redacción vigente del delito relacionado con el tráfico de inmigrantes se acoja en el artículo 159 de este texto legal,

que se incluye en el Título Octavo -De los delitos en materia migratoria-, Capítulo único -De los delitos-. La última reforma publicada de la Ley de Migración es de 29 de abril de 2022.

Constituyen el *tipo básico* tres modalidades de conducta, que castigan al que con propósito de tráfico lleve a una o más personas a internarse en otro país sin la documentación correspondiente para obtener directa o indirectamente un lucro; al que introduzca, sin la documentación correspondiente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano para obtener directa o indirectamente un lucro; y al que albergue o transporte por el territorio nacional a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria y con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro. Como puede apreciarse, la característica fundamental de todas las conductas radica en la existencia del ánimo de lucro. Por consiguiente, también la legislación mexicana adopta esta circunstancia cualificante como elemento constitutivo del tipo básico, siendo por ende atípicas, las conductas en que no se verifique. A mayor abundamiento, el párrafo III segundo del artículo 159 incide en la importancia del ánimo de lucro al establecer que “será necesario que quede demostrada la intención del sujeto activo de obtener un beneficio económico en dinero o en especie, cierto, actual o inminente”.

En cuanto a la penalidad, se incrimina con prisión de ocho a dieciséis años y multa de cinco mil a quince mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Llegados a este punto es de suma trascendencia destacar la gravosidad de la pena de prisión en comparación con las legislaciones hasta ahora analizadas. Y es que, salvo Alemania, ninguno de los países europeos estudiados, supera en el tipo básico los años de prisión que constituyen el límite inferior de esta pena en México (ocho años). Así, cabe poner de manifiesto que, tanto Francia e Italia establecen cinco años de prisión como máximo aplicable para sus tipos básicos.

Los *tipos agravados* se enuncian en el artículo 160, que sanciona con un incremento “hasta en una mitad de las penas previstas en el artículo anterior” los siguientes supuestos: inducir, procurar, facilitar u obligar a un niño, adolescente o quien no sea capaz de comprender el hecho a realizar las conductas antes descritas; cuando se ponga en peligro la salud, integridad, seguridad o la vida o se produzca trato inhumano o degradante; y en los casos en los que el autor es servidor público. No sorprende este tipo de cualificaciones en lo relativo a las legislaciones comparadas, habida cuenta de que las nombradas han sido introducidas como agravantes de alguna de estas legislaciones, a excepción de la primera referenciada –inducir (...) a un niño a realizar las conductas antes descritas- que sí es novedosa por no resultar aplicable en ninguno de los países europeos analizados.

Por último, es necesario reseñar la concreta incriminación de las conductas de auxilio, encubrimiento o inducción en las modalidades ya estudiadas, por parte de los funcionarios públicos, a los que el artículo 161 castiga con la pena de cuatro a ocho años de prisión y multa de quinientos hasta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. En este sentido, se puede equiparar con nuestro apartado cuarto del artículo 318 bis, que castiga a autoridades, agentes de ésta o funcionarios públicos que se prevalen de su cargo para realizar la conducta. Igualmente hay que exponer la “curiosa” cláusula de despenalización de la conducta mexicana por razones humanitarias y sin búsqueda de beneficio alguno a las que pueden acogerse “personas de reconocida solvencia moral”.

México comparte con todos los países europeos estudiados el reunir en una ley penal especial impropia aquellas actuaciones relacionadas con el tráfico de extranjeros que comportan una concreta sanción. De esta manera, es la Ley de Migración la que las regula, con la salvedad de que tal ley no tiene inconveniente en denominar directamente como “delitos” a tales conductas. De hecho, de manera taxativa el Título Octavo en el que se insertan se llama “de los delitos en materia migratoria”, lo que supone reconocer expresamente como delito a dichos comportamientos, a pesar de recogerse en una ley penal especial. En resumen, también México dispone de una ley especial ajena al Código Penal para castigar el tráfico de extranjeros.

2.2. *Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Chile*

En Chile la regulación de este tipo de delito se produce en el Código Penal, en el Título Octavo -Crímenes y simples delitos contra las personas- en el Capítulo §V Bis denominado “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”. Conviene en el artículo 411 bis, el precepto dedicado al “Tráfico de migrantes”. Con la denominación del título ya se advierte la separación ente este delito y el de trata de personas, que en concreto es introducido en los artículos 411 ter y quáter de dicho Código, aunque en el mismo capítulo. Asimismo, los artículos 411 quinquies, sexies, septies y octies recogen una serie de disposiciones comunes tanto para el delito de tráfico ilícito de migrantes como para el delito de trata de personas²⁶³.

Como ya se ha expuesto, el tipo básico del “delito de tráfico de migrantes” estipulado en el artículo 411 bis, incrimina al que “con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente”. Como puede apreciarse, también el caso chileno, al igual que el italiano, recuerda a nuestro originario 318 bis que acogía las conductas típicas de “promover, favorecer o facilitar” la entrada irregular de extranjeros. No obstante, aparte de la semejanza antedicha, lo más destacable de este precepto chileno es la exigencia de ánimo de lucro como elemento del tipo. Recordamos en este punto, que Alemania también se inclina por establecer esta circunstancia (cualificante para otros países) como elemento constitutivo del tipo básico y que España exige el ánimo de lucro como parte del tipo en la modalidad de ayuda a la permanencia del extranjero en nuestro país. En definitiva, en Chile al igual que en Alemania, la ausencia de ánimo de lucro lleva aparejada la despenalización de la conducta.

Por lo que respecta a la penalidad, el castigo implica reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. A fin de aclarar lo que se entiende por “unidad tributaria mensual”, el artículo 25 en su párrafo séptimo dispone que tal expresión significa “una unidad tributaria mensual vigente a la fecha de comisión del delito y tratándose de multas, ellas se deberán pagar en pesos, en el valor equivalente que tenga la

²⁶³ Hay que reiterar una vez más que España, como *supra* se ha mantenido, optó por la regulación separada del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y el delito de trata, con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, puesto que hasta ese momento se acogían en el artículo 318 bis CP, modalidades de tráfico ilegal e inmigración clandestina junto con aspectos de trata. A partir de dicha reforma, se introdujo el artículo 177 bis en un Título VII bis exclusivo para dicho precepto denominado “de la trata de seres humanos”

unidad tributaria mensual al momento de su pago”. En cuanto a la reclusión menor, el artículo 24 dispone que “las penas temporales mayores duran de cinco años y un día a veinte años y las temporales menores de sesenta y un día a cinco años”, por lo que entendiendo que nos encontramos ante una pena temporal menor, parece desprenderse que en ningún caso tal reclusión superaría los cinco años.

El primer *tipo agravado* se alberga en el párrafo segundo del mismo artículo 411 bis, con el que se incrimina con la pena anterior (reclusión menor) en su grado máximo los supuestos en los que se ponga en peligro la integridad física o salud del afectado. El segundo de ellos castiga con igual pena y, además, inhabilitación absoluta para cargo u oficio público al funcionario que en el ejercicio de su cargo o abusando de él cometa estas conductas, aún sin ánimo de lucro. Y como *tipo hiperagravado*, se sanciona con el aumento en un grado de la pena ya señalada, los supuestos de los que se desprenda peligro para la vida del afectado o se dé la minoría de edad del mismo. Como puede apreciarse, todas las circunstancias agravantes señaladas están previstas en mayor o menor medida por todas las legislaciones enunciadas hasta el momento, lo que pone de manifiesto la trascendencia de las mismas. Igualmente, se aclara en el último párrafo del artículo 411 bis que “por entrada ilegal se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplidos los requisitos necesarios para entrar legalmente a Chile”.

El *tipo atenuado* se estipula en el artículo 411 sexies, compartido también con el delito de trata de seres humanos, y que sanciona con la reducción de pena en dos grados al imputado o acusado que coopere a fin de esclarecer los hechos, identificar a los responsables o que prevenga o impida la perpetración igual o más grave. En este sentido, este precepto es una reproducción casi literal de la legislación italiana, que acoge las mismas conductas como supuestos de atenuación.

Destaca también la comisión por personas asociadas u organizadas (artículo 411 quinquies) remitiendo el precepto en cuanto a la sanción a los “artículos 292 y siguientes de este Código”, en lo que viene a ser una asimilación al delito cometido por parte de organización criminal.

Por último, es reseñable el artículo 411 octies, ya que prevé una serie de autorizaciones para la investigación de este tipo de delitos cuando existan razones fundadas de su comisión. Entre otras, destaca la posibilidad del uso de la figura del agente encubierto, la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de la persona, así como cualesquiera otras diligencias especiales de investigación reguladas en el párrafo 3º bis del Título I del Libro II del código Procesal Penal. La legislación chilena incluye específicamente estas posibilidades procesales en lo que en España se regula de manera genérica en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Puede constatarse a estas alturas de la comparativa efectuada que, hasta el momento, Chile es el único país que expresamente incrimina en el Código Penal las conductas afectas al tráfico de extranjeros y a las que, en consecuencia, denomina delitos. También es interesante apreciar cómo, a diferencia de España, dichos comportamientos se incardinan en el título dedicado a las personas y que, a mayor abundamiento, aunque separado, incluye en el mismo capítulo la trata de personas. Quizá observando la regulación chilena se pueda reafirmar el error del legislador español, no sólo en la ubicación sistemática de nuestro delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (como *supra* se vio, entre los delitos contra los derechos de los

trabajadores y los delitos relativos a la ordenación del territorio y urbanismo, protección del patrimonio histórico y el medio ambiente), sino también en la propia denominación del precepto, así como en la no previsión del ánimo de lucro en la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito, como posteriormente se examinará.

2.3. *Conductas ilícitas en relación con el tráfico ilegal de personas en Argentina*

La regulación argentina de este tipo de delito tiene lugar en la Ley 25871, denominada Ley Nacional de Migraciones promulgada de hecho el 20 de enero de 2004. Concretamente es el Título X, Capítulo VI -Delitos al orden migratorio-, el que en los artículos 116 a 121 acoge los hechos delictivos vinculados al tráfico de inmigrantes.

El *tipo básico* es introducido en el artículo 116 y castiga las conductas consistentes en la realización, promoción o facilitación del tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República de Argentina. Además, pretende el legislador argentino clarificar tales actuaciones, puesto que se añade un párrafo contiguo en el que trata de matizar lo que implica el tráfico ilegal de personas, disponiendo al respecto, que supone realizar las conductas antedichas “por los límites nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio”. A raíz de la definición es necesario efectuar dos apreciaciones: la primera, que de nuevo la legislación argentina recuerda al primitivo 318 bis del Código Penal y comparte con España, hasta la reforma de 2015, así como con Italia y Chile, las modalidades incriminatorias ya definidas; la segunda, que también Argentina, al igual que Alemania y Chile, exige el ánimo de lucro como elemento integrante del tipo básico, despenalizándose las conductas cuando no se verifique. Igualmente, se alberga la ayuda a la permanencia con ánimo de lucro en el artículo 117, por lo que es reiterada la muy notoria semejanza con el caso español. Además, el artículo 118 establece la que podría denominarse tercera conducta típica, al castigarse a “quien mediante la presentación de documentación material o ideológicamente falsa peticione para un tercero algún tipo de beneficio migratorio”. Esta variante sí que resulta reseñable por novedosa, habida cuenta de que no se aprecia en ninguna de las normativas estudiadas hasta el momento.

En lo que atañe a la penalidad, es aplicable prisión o reclusión de uno a seis años en ambas modalidades (entrada y permanencia) lo que está muy en consonancia (a excepción de México) con el resto de las legislaciones analizadas.

Como *tipo agravado*, el artículo 119 acoge la realización de las conductas anteriores mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño, abuso de necesidad o inexperiencia de la víctima, lo cual indica el paralelismo con el resto de circunstancias agravantes que se incluyen en otras legislaciones comparadas.

En el artículo 120, se prevé el primero de los tres *tipos hiperagravados* cuando se produzcan supuestos de habitualidad de la actividad o intervención de funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo. Además, para estos últimos se prevé la pena de inhabilitación absoluta para el ejercicio de este tipo de puestos. Añade el artículo 121 el segundo de los tipos hiperagravados, aplicándose la pena de cinco a quince años de prisión para los casos de peligro para la vida, salud o integridad de los migrantes o cuando la víctima sea menor de edad. Y el

tercero de los tipos hiperagravados llega a imponer la pena de ocho a veinte años de prisión cuando los actos de tráfico de personas se hagan con fines terroristas, narcotráfico o lavado de dinero. Como puede observarse, también Argentina mantiene las similitudes con las otras legislaciones en cuanto a agravaciones se refiere, a excepción del último tipo, que introduce elementos novedosos antes no vistos, como son las cualificaciones por causa de terrorismo, narcotráfico o blanqueo de dinero. Sí cabe destacar la elevada penalidad de estos tipos agravados, con pena privativa de libertad excesivamente alta.

Finalmente, a modo de compendio, Argentina comparte con México el regular con una ley penal especial impropia -Ley Nacional de Migraciones- los delitos relacionados con el tráfico de personas. Y se enfatiza en el término “delito” porque así lo estipula el capítulo en que se acoge, esto es, “delitos al orden migratorio”, por lo que también Argentina prevé en una ley especial extraña al Código Penal el castigo del tráfico de extranjeros.

3. Tabla comparativa

Dando por finalizada la exposición de los países elegidos para establecer una comparación en Derecho con la legislación española en la incriminación del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, se procede a continuación, a introducir una tabla resumen de lo ya manifestado, incluyéndose lo que vamos a denominar “tipo básico” de todos los países anteriores, la penalidad asociada al tipo básico, así como el conjunto de lo que vamos a definir como “tipos agravados” de cada una de ellas. Asimismo, a fin de poder efectuar la comparación con el Derecho español, se incardina en el gráfico un resumen de nuestro artículo 318 bis.

Tabla 9. Tabla comparativa

País	Conducta típica (tipo básico)	Penalidad	Tipos agravados
España	-Ayudar intencionadamente a un no nacional de Estado miembro de la UE a entrar o transitar por territorio español vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. -Ayudar intencionadamente y con ánimo de lucro a u no nacional de Estado miembro de la UE a permanecer en territorio español vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros.	Prisión: 3 meses-1 año. Multa:3-12 meses. (Penas alternativas)	-Organización criminal (especial agravación para jefes, administradores o encargados de las mismas) -Peligro para la vida o lesión grave del extranjero. -Hechos cometidos con prevalimiento de autoridad, agente de ésta o funcionario público. -Persona jurídica (HIPERAGRAVADO).
Alemania	-Incite o ayude a entrar o permanecer en el territorio federal alemán sin pasaporte o sin título de residencia. -Incite o ayude a entrar o permanecer en el territorio federal alemán a un extranjero que tiene prohibida la entrada y permanencia por haber sido expulsado previamente. -Incite o ayude a entrar o permanecer en el territorio federal alemán a un extranjero al que se le prohíba la entrada por no haber cumplido la obligación de abandonar el país dentro de plazo.	Prisión: 6 meses-10 años. En casos menos graves, prisión de hasta cinco años o multa.	1. Actúe con fines comerciales 2. Actúe como miembro de una banda que se haya reunido con el fin de cometer tales delitos de forma continuada. 3. Lleve un arma de fuego, en las ocasiones de entrada ilegal en territorio alemán 4. Lleve otro tipo de arma para utilizarla en relación con el delito en caso de entrada ilegal o contravención de orden judicial ejecutable

	<p>-Incite o ayude a entrar o permanecer en el territorio federal alemán a un extranjero cuya petición de asilo ha sido denegada.</p> <p>Los casos anteriores de ayuda a la entrada “a cambio de ventaja económica, promesa de beneficio, cuando se trate de actos reiterados o en beneficio de varios extranjeros”</p> <p>Los casos anteriores de ayuda a la permanencia “a cambio de una ventaja económica o promesa de beneficio”.</p> <p>-Al que proporcione o utilice información incorrecta o incompleta con el fin de obtener un permiso de residencia o una estancia tolerada para sí mismo o para otra persona o para evitar la caducidad o la posterior restricción del permiso de residencia o la tolerancia, o utilice a sabiendas un documento obtenido de esta manera con fines de engaño en transacciones jurídicas, a cambio de una ventaja económica o promesa de beneficio.</p> <p>-A quien realice un acto mencionado en el artículo 404 (2) n°4 del Libro Tercero del Código social o en el § 98 (3) n.º 1.</p>		<p>5. Somete a las personas objeto del tráfico ilícito a un trato que ponga en peligro su vida, sea inhumano o degradante o con riesgo de sufrid daños graves para su salud. Igualmente, someter a las personas objeto del tráfico a un trato potencialmente mortal, inhumano o humillante o a un riesgo de daño grave para su salud.</p> <p>A quien actúe en beneficio de un menor extranjero soltero que entre en territorio alemán sin ir acompañado de persona con patria potestad o quien asuma su cuidado o custodia.</p> <p>Artículo 97 (1) Quien provoque la muerte de la persona objeto del contrabando en los casos a que se refiere el párrafo 96 del artículo 1, en relación con el párrafo 96 del artículo 4 será castigado con una pena de prisión no inferior a cinco años.</p> <p>(2) Toda persona que actúe como miembro de una banda que se haya reunido con el fin de cometer tales delitos de forma continuada en los casos contemplados en el artículo 96 (1), también en relación con el artículo 96 (4), será castigada con una pena de prisión no inferior a tres años.</p>
Italia	<p>-Promueva, dirija, organice, financie o transporte a extranjeros al territorio del Estado o realice otros actos destinados a procurar ilegalmente su entrada en el territorio del Estado, o de otro Estado del que no sea ciudadano o no tenga derecho de residencia permanente.</p>	<p>Prisión: 2-6 años Multa: 15.000€ por persona.</p>	<p>-Entrada o estancia ilegal en el territorio del Estado de cinco o más personas;</p> <p>-La persona transportada fue expuesta a un peligro para su vida o seguridad con el fin de procurar su entrada o presencia ilegal.</p> <p>-La persona transportada ha sido sometida a un trato inhumano o degradante para procurar su entrada o presencia ilegal;</p> <p>-El acto es cometido por tres o más personas que actúan de forma concertada o utilizando servicios de transporte internacional o documentos que han sido falsificados o alterados u obtenidos ilícitamente de otro modo</p> <p>-Los autores disponen de armas o materiales explosivos</p> <p>-Concurrencia de dos o más de las circunstancias anteriores (HIPERAGRAVADO)</p> <p>-Se cometan con vistas a la captación de personas para utilizarlas en la</p>

	-Con el fin de obtener un beneficio injusto de la situación ilegal del extranjero o en el marco de las actividades sancionadas de acuerdo con el presente artículo, favorezca la permanencia de éste en el territorio del Estado en violación de lo dispuesto en el presente Texto Refundido.	Prisión: hasta 4 años Multa: hasta 15493€	prostitución o, en cualquier caso, en la explotación sexual o laboral, o se refieran a la entrada de menores para emplearlos en actividades ilícitas con el fin de favorecer su explotación (HIPERAGRAVADO). -Se cometen con el fin de obtener un beneficio, incluso de forma indirecta (HIPERAGRAVADO). - Conjuntamente por dos o más personas, o se refiere a la permanencia de cinco o más personas, la pena se incrementa de un tercio a la mitad.
Francia	Facilitar o intentar facilitar, por asistencia directa o indirecta, la entrada, circulación o estancia ilegal de un extranjero en Francia.	Prisión: 5 años Multa: 30000 €	-Grupo organizado -Riesgo inmediato de muerte o lesiones que puedan causar desmembramiento o incapacidad permanente; -Someter a los extranjeros a condiciones de vida, transporte, trabajo o alojamiento incompatibles con la dignidad de la persona humana -Mediante una autorización o un permiso para viajar en el área reservada de un aeródromo o un puerto -Tener el efecto de sacar a los menores extranjeros de su entorno familiar o de su entorno tradicional. -Comisión por grupo organizado y al menos otra de las circunstancias anteriores (HIPERAGRAVADO) -Dirigentes u organizadores que cometan el hecho delictivo (HIPERAGRAVADO)
Chile	Con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente.	-Reclusión menor en su grado medio a máximo. -Multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales.	-Peligro a la integridad física o salud del afectado. -Aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. -Peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad (HIPERAGRAVADO).
México	-Con propósito de tráfico lleve a una o más personas a internarse en otro país sin la documentación correspondiente, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro. -Introduzca, sin la documentación correspondiente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro. - Albergue o transporte por el territorio nacional, con el objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, a uno o varios	Prisión: 8-16 años. Multa: de cinco mil a quince mil días de salario mínimo general vigente.	-Induzca, procure, facilite u obligue a un niño, niña o adolescente o a quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho, a realizar cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior; -Peligro para la salud, integridad, seguridad o vida; trato inhumano o degradante. -Comisión por funcionario público

	extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria.		
Argentina	-Realizar, promover o facilitar el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina con ánimo de lucro. - Promoviere o facilitare la permanencia ilegal de extranjeros en el Territorio de la República Argentina con ánimo de lucro. - Quien mediante la presentación de documentación material o ideológicamente falsa peticione un tercero algún tipo de beneficio migratorio.	Prisión/reclusión: 1-6 años	-Violencia, intimidación, engaño abuso de necesidad o inexperiencia de la víctima. -Actividad habitual o funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo (HIPERAGRAVADO) -Peligro para la vida, salud, integridad de los migrantes o víctima menor de edad (HIPERAGRAVADO) -Tráfico de personas con fines terroristas, de narcotráfico o de blanqueo de dinero (HIPERAGRAVADO)

Fuente: elaboración propia

Se hace constar en este momento, la circunstancia que puede resultar más llamativa en el cotejo de normativas, que no es otra que la penalidad sostenida para este tipo de delitos en nuestro país, al ser con diferencia la más baja respecto a las otras regulaciones analizadas. Así, la oscilación de la pena de prisión entre los tres meses y el año, difiere de forma considerable en cuanto a la pena sostenida por el resto de países examinados -Alemania, 6 meses a 10 años; Italia, dos a seis años; Francia, cinco años; Chile, 61 días a cinco años; Argentina, uno a seis años-. A sensu contrario, destaca por su extremada gravosidad el caso mexicano, que prevé una pena de prisión que oscila entre los ocho y los dieciséis años. Igualmente, se pone de manifiesto cómo en todos los países europeos se incluye también como sanción la multa, bien como pena alternativa a la prisión, bien como pena complementaria de ésta. Cabe destacar -como más adelante se expondrá-, que España habiendo partido en la regulación inicial del artículo 318 bis CP con el sistema de pena de prisión y multa, suprime esta última en el año 2003, para volver a incluirla en el precepto en el año 2015, si bien ahora con el sistema de alternatividad -multa o prisión-.

En lo que se refiere a las conductas constitutivas del tipo básico, suelen ser definiciones de las acciones típicas con ingentes similitudes, de forma que puede afirmarse, a grandes rasgos, que los países descritos castigan el mismo prototipo de situaciones, siendo un factor diferencial entre ellas la previsión o no del ánimo de lucro como elemento del tipo. En este sentido, Francia no lo exige como elemento constitutivo, mientras que Italia y España lo prevén en la modalidad de ayuda a la permanencia, actuando como circunstancia agravante en el resto de supuestos. A sensu contrario, Alemania adopta el ánimo de lucro en todas sus modalidades básicas salvo la ayuda a la entrada cuando se produce de forma reiterada o en beneficio de varios extranjeros. Por lo que respecta a los países sudamericanos, los tres estudiados -Argentina, Chile y México- acogen el ánimo de lucro como elemento integrante del tipo. En definitiva, puede concluirse, que Francia es el único Estado de todos los examinados que no lo exige para configurar el tipo básico.

En lo que concierne a las circunstancias agravantes, las coincidencias también son amplias, de tal manera que muy pocas legislaciones contemplan circunstancias exclusivas, novedosas o particulares de cada una de ellas. Cabría destacar, el supuesto argentino, que

originalmente, acuerda el castigo para quien cometa el hecho con fines terroristas, de narcotráfico o blanqueo de capitales.

Aunque no se hayan incluido en la tabla, de una u otra manera, se insertan en las normativas de la mayoría de los países relacionados, conductas que por sus características o entidad son merecedoras de una pena inferior a la del tipo básico, esto es, los llamados tipos atenuados o incluso las cláusulas despenalizadoras de la conducta.

Todo lo anterior -tipos básicos, agravados y atenuados-, implica reconocer una estructuración típica del “delito” en cualquier normativa comparada, lo que lleva a concluir que los legisladores de los distintos países, aun cuando regulen en leyes penales especiales impropias los comportamientos reseñados, comparten la “forma penal” en la esquematización de las conductas. No obstante, no es menos cierto que desde el punto de vista penal español, es sorprendente ver la mezcla de cuestiones penales, procesales y administrativas que se produce en la incriminación de todo lo relacionado con el tráfico de extranjeros. Así, si se ha reprochado al legislador español una ingente cantidad de críticas relacionadas con la particular regulación, no es menos cierto, que cabría apuntar las mismas diatribas en relación con las regulaciones extranjeras.

Finalmente, lo que sí es reprochable al legislador español es que a día de la fecha y ocho años después de la última reforma no se haya procedido a reformar la denominación del título, toda vez que es el único país en incluir una denominación ficticia que no se refiere en nada a lo que se pretende regular, como es el mal llamado, delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

CAPÍTULO CUARTO
BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Introducción

El capítulo que aquí se inicia pretende resolver dos de las cuestiones fundamentales relacionadas con cualquier delito: la primera, de suma trascendencia, la determinación del bien jurídico protegido por el mismo. La segunda, la naturaleza jurídica del delito.

Sitúa la doctrina el nacimiento de este concepto de bien jurídico protegido en el siglo XIX, en particular, en los estudios llevados a cabo por BIRNBAUM²⁶⁴, que en 1834, estableciera, como pone de manifiesto MORILLAS CUEVA, las bases adecuadas para una configuración técnica y científica de dicha categoría dogmática; eso sí sobre una concepción positivista, alejada todavía de la perspectiva limitadora de los ilustrados, cuyo enfoque material del bien jurídico fue con posterioridad especialmente desarrollado como frontera de lo punible y con evidente acercamiento legislativo a la realidades sociales²⁶⁵.

La importancia del bien jurídico protegido deriva de la necesidad de esclarecer la razón de ser del propio delito, es decir, para qué se crea, qué es aquello que protege, por qué se recogen las conductas típicas reseñadas y no otras, cuál es el valor de lo que se preserva debido a la sanción asociada al delito, etc. No es baladí la controversia generada en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros a costa del bien jurídico protegido. Y es que desde su introducción en el Código Penal allá por el año 2000 y hasta la última reforma del año 2015, se ha discutido acerca de lo que se pretende salvaguardar. Síntoma de mal agüero si, a lo largo de quince años y cuatro modificaciones después, todavía se polemiza sobre este tema. La razón está en las implicaciones que derivan de ello, a saber, las dudas sobre el sentido que tiene su tipificación y la necesidad real de dicha tipificación. Ciertamente existen distintas corrientes doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, si bien con un punto de inflexión, cual es la reforma operada sobre el delito por la LO 5/2010, de 22 de junio, en cuya Exposición de Motivos se dice de forma literal que “el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”. Aun así, un sector doctrinal defiende los derechos de los ciudadanos extranjeros como el propósito de amparo del delito, en contra de los que entienden que predomina el interés del Estado en el control de los flujos migratorios. No obstante, la modificación operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo que alteró la redacción dada a las conductas constitutivas del tipo básico, resultará significativa a la hora de valorar si tal permuta afecta o no al bien jurídico protegido y, en caso de afectación, el sentido de ésta.

A la luz de esta primigenia exposición de la que ya se desprende la problemática habida con el bien jurídico protegido en el 318 bis, puede advertirse, quizá y en mi opinión, las extralimitaciones legislativas, ahínco o fervor legislativos en regular cuestiones -como pudiera

²⁶⁴ BIRNBAUM, J.M. “Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”. Archiv des Criminalrechts. Halle, 1934, pág. 149 y ss.

²⁶⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho Penal Parte General*. Dykinson, Madrid, 2021, págs. 70-74.

ser el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros- que desde una perspectiva lógica y objetiva quedarían muy lejos de tener que ser tratadas por el Derecho Penal. Al respecto, me parecen pertinentes y acertadas las conclusiones de GARCÍA ARROYO, quien establece que “legislar sin tener en cuenta las funciones del bien jurídico implica en ocasiones la creación de un Derecho penal simbólico surgido simplemente para acallar las voces de la sociedad que reclama la intervención penal en aras de una falsa apariencia de seguridad, lo que conlleva la pérdida de derechos y consecuencias graves como la tipificación de situaciones que realmente no producen lesión a bienes jurídicos, o no al menos a los que se pretende proteger, porque o bien éstos no merecían protección penal o porque simplemente se amplían las conductas típicas a situaciones que no ponen en riesgo el objeto de protección ante la tendencia intensificadora del legislador, que considera que todo debe ser protegido por el Derecho penal”²⁶⁶. Como se examinará con posterioridad y en mi opinión, reflexión ésta muy válida para el artículo 318 bis CP.

La segunda cuestión que tratar en este capítulo es la naturaleza jurídica del delito, por lo que se intentará llegar a buen término en la delimitación de las dos clasificaciones concluyentes al respecto, esto es, si nos encontramos ante un delito de peligro o lesión o bien ante un delito de mera actividad o resultado. Habrá que juzgar, pues, si la generación de un riesgo para el bien jurídico protegido es suficiente para la consumación del delito o es necesario el efectivo menoscabo de éste. Igualmente, se intentará determinar si dicha consumación se produce por la realización de la propia conducta o, por el contrario, se da por un efecto derivado de esa conducta. Éstas, como otras cuestiones, también son objeto de debate doctrinal y jurisprudencial, por lo que serán expuestas en el apartado correspondiente con las matizaciones proporcionadas por cada uno de los estudiosos de la materia.

Por otro lado, y a modo introductorio, hay que poner de relieve la relación entre el artículo 318 bis y determinadas infracciones de la Ley de Extranjería, en particular el artículo 54.1 b) LOEX, de cuya lectura se puede observar una estrecha vinculación con nuestro estudiado precepto, habida cuenta de que un sector doctrinal estima que el grado de afectación del bien jurídico protegido es el determinante a la hora de escoger una u otra norma -penal o administrativa-.

2. ¿Doble incriminación penal y administrativa de las mismas conductas?

Ya hemos hablado a lo largo de esta tesis de la Ley de Extranjería. Se ha hecho referencia a ella, precisamente por las relaciones que pudieran existir entre ésta y el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En consecuencia, se ha abordado en capítulos anteriores a modo introductorio, no sólo las diversas reformas operadas sobre la misma y el porqué de ellas, sino también el estudio jurisprudencial y estadístico de la aplicación de la Ley de Extranjería en los juzgados de instrucción y de lo contencioso administrativo y su repercusión

²⁶⁶ GARCÍA ARROYO, Cristina. “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 24, 2022, pág. 41. Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-12.pdf> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2024).

penal, así como figuras administrativas concretas, como pueden ser la expulsión, devolución, retorno o el internamiento de extranjeros.

Procede, a continuación, dado que nos hallamos ya inmersos en el análisis del artículo 318 bis y específicamente del bien jurídico protegido por el delito, examinar aquellas infracciones administrativas que de algún modo pudieran estar vinculadas con el mismo. O, dicho de otra forma, prestar atención a la norma administrativa para ver si existe a lo largo de ella algún precepto que pueda solaparse, acercarse o, en definitiva, relacionarse, con el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Sobre el particular, debe comenzarse por el artículo 2 bis g) de la Ley de Extranjería en el que se recoge como principio de la política migratoria “la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas”. Por consiguiente, el Estado no sólo debe salvaguardar los derechos y libertades de los extranjeros en España, sino que también debe perseguir los supuestos de irregularidad de los movimientos migratorios y el tráfico ilegal de personas. Cabe preguntarse, cómo se actúa ante la situación definida. En tales términos, el último de los tres Títulos que integran la Ley aborda las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. No obstante, a la vista de éstas, puede afirmarse que el castigo administrativo se produce en general para el inmigrante irregular, en contraposición con nuestro analizado delito que, incrimina como después será examinado, al colaborador del inmigrante.

Pero no la totalidad de las sanciones se dirigen al inmigrante ilegal, sino que también existen sanciones para ese “colaborador” del inmigrante. Y precisamente el fin de este epígrafe es encontrar aquellos supuestos en que igualmente se castiga administrativamente a tal cooperador y, por ende, analizar si se produce una doble incriminación penal y administrativa de la misma conducta, así como las consecuencias que de ello se derivan.

En relación con la “colaboración” que nos ocupa, destacan dos infracciones administrativas catalogadas como muy grave y grave respectivamente, recogidas en los artículos 54.1 y 53.2 de la Ley de Extranjería²⁶⁷, de tal forma que, si se compara nuestro 318 bis con las anteriores, en particular con el artículo 54.1 LOEX, se vislumbra una identidad evidente²⁶⁸, que es aún mayor con la redacción anterior a la otorgada por la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo²⁶⁹.

Las críticas de la doctrina no se hicieron esperar. Críticas fervientes, como por ejemplo la efectuada por POMARES CINTAS, no sólo por la doble incriminación administrativa y penal

²⁶⁷ El artículo 54.1 LOEX dispone que “Son infracciones muy graves: b) promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”. Por su parte, el artículo 53.2 LOEX establece que “también son infracciones graves: c) Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización”.

²⁶⁸ La dicción actual del artículo 318 bis es “el que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros (...)”

²⁶⁹ La dicción del artículo 318 bis anterior a la reforma operada por la LO 1/2015 es “el que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España (...)” lo que evidencia un fuerte paralelismo ente este precepto penal y la infracción administrativa del artículo 54.1 LOEX.

de la misma conducta -con la consecuente vulneración de los principios de intervención mínima y *non bis in idem*-, sino porque se incluyen requisitos para la acción administrativa no previstos para la acción penal, provocando, en definitiva, que se incriminen conductas administrativas que no constituyen delito. Nos referimos al ánimo de lucro, presente en el artículo 54.1 b) y ausente en el artículo 318 bis en la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito²⁷⁰. Pero no se agota aquí la problemática expuesta. Y es que, a mayor abundamiento, la sanción administrativa podría ser mucho más grave que la penal. Así, las infracciones muy graves en la Ley de Extranjería están sancionadas con multa desde 1001 hasta 100000 euros mientras que la pena de multa del artículo 318 bis es del tipo de días-multa y fluctúa entre los tres a doce meses. Ténganse en cuenta que la oscilación de la cuota monetaria de la pena de días-multa, según el artículo 50 del Código Penal, se extiende desde los dos a los cuatrocientos euros diarios.

La cuestión por resolver, seguidamente, es cuándo se aplica el 318 bis y cuándo se aplica el artículo 54.1 b). En este aspecto, hay dos posibles interpretaciones doctrinales: la primera, la que sostiene que, conforme al principio de última ratio, debe atenderse al grado de afectación al bien jurídico protegido para escoger entre una u otra norma, entendiendo que la conducta delictiva reviste mayor gravedad cuando es superior la afectación de tal bien jurídico. El sector de la doctrina que apoya esta opción es aquél que opina que son los derechos de los ciudadanos extranjeros los que constituyen el bien jurídico protegido, como será analizado a continuación. Así, las conductas subsumibles en el artículo 318 bis se limitarían a las más graves, exigiendo no sólo favorecer la inmigración ilegal sino también la existencia de riesgo para los derechos de los extranjeros.

La segunda, aquélla que considera que de acuerdo con el principio *non bis in idem* y dada la preminencia del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo sancionador, el artículo 54.1 b) carecería de toda posibilidad de aplicación. En favor de ésta, autores como CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, quienes sostienen que el artículo 54.1 b) no podría llegar a adoptarse nunca porque no puede decirse que lo que protegen ambas normas -penal y administrativa- sean cosas distintas. Y si protegen lo mismo, difícilmente se justificaría la infracción administrativa respecto a la infracción penal, ya que la infracción administrativa requiere que la conducta se realice formando parte de una organización con ánimo de lucro²⁷¹.

Otro sector de la doctrina exige un plus de gravedad. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS entiende que “la delimitación entre ambos debe llevarse a cabo partiendo de que la apreciación del delito exige una especial gravedad material de la conducta, la presencia de dolo y de los demás requisitos necesarios para la imputación penal”²⁷².

²⁷⁰ En este sentido, POMARES CINTAS, al establecer que “se incurre, por tanto, en una manifiesta transgresión de las reglas derivadas del principio de intervención mínima (criterios e fragmentariedad y subsidiariedad en la protección de bienes jurídicos), como garante de la tipificación penal en un Estado democrático de derecho (...). Incluso se genera una situación paradójica: al dirigirse la infracción del art. 54.1 b) LOEx. contra quienes promueven o favorecen la inmigración clandestina *con ánimo de lucro*, se está afirmando la posibilidad de que, a través del delito del Art. 318 bis. 1, que no requiere ánimo de lucro, se sancione penalmente conductas que administrativamente no están prohibidas.” POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...* cit., pág. 18.

²⁷¹ En la línea del texto, CANCIO MELIÁ, Manuel y MARAVÉ GÓMEZ, Mario. *El Derecho Penal Español...* cit., pág. 62-63.

²⁷² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Ley de Extranjería...* cit., pág. 5.

Con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, la situación tendió a aclararse, habida cuenta de la especificación concreta que en la Exposición de Motivos de dicha norma se hizo respecto al control de los flujos migratorios como objeto de protección por el artículo 318 bis. A su vez, esto supuso una crítica añadida al sector doctrinal defensor de la primera de las tesis indicadas, quien se aferra a los derechos de los ciudadanos extranjeros como bien jurídico a salvaguardar por el precepto penal. Y es que, en la comparación de las infracciones administrativas anteriormente reseñadas con el 318 bis del Código Penal, se observa cómo la legislación de extranjería ya tiene como fin el control de esos flujos migratorios, lo que, en definitiva, supone una doble incriminación administrativa y penal de la misma conducta. En tal sentido se manifiesta POMARES CINTAS al respecto del control de los flujos migratorios, del que señala que es “un bien jurídico específicamente protegido por el régimen sancionador de la legislación de extranjería: la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia ilegal del extranjero ya está sancionada por la LOEX, a través de sus variadas infracciones (arts. 54.1...) fruto de su adaptación a la Directiva 2002/90/CE y otras posteriores”²⁷³.

No obstante, a pesar de la contundencia del legislador en señalar el fin de la protección jurídico pretendida por el 318 bis, la jurisprudencia del Tribunal Supremo asumió una postura intermedia a la hora de optar por la utilización de la norma administrativa o por el precepto penal. De esta manera, exige un plus de gravedad en la conducta para poder inclinarse en favor de la aplicación del 318 bis. Lo pone de manifiesto, entre otras, en la STS 646/2015, de 20 de octubre, posterior a la reforma, que establece que “tras la reforma de 2015 la acusación que impute el delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuricidad meramente administrativa. Solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa”. Con tales conclusiones, el Alto Tribunal vendría a refrendar la doble posibilidad incriminatoria existente en nuestras leyes, debiéndose interpretar cada caso en particular.

A modo de epílogo de este epígrafe, hago más las reflexiones que sobre este tema expone la autora arriba reseñada, POMARES CINTAS, que interpreta que “la nueva redacción y estructura del artículo 318 bis CP se sustenta un modelo de tipificación penal *actuarial* que quebranta principios básicos del Estado democrático de derecho: el recurso al derecho penal como última ratio, en la medida en que se imposibilita reservar un campo de aplicación propio para el derecho administrativo sancionador de la LOEX el principio de proporcionalidad de las penas aplicables cuando el que colabora en la operación migratoria ilegal forma parte de una organización, y, por último, la ausencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal, porque el solo interés estatal en el control del flujo migratorio no alcanza entidad suficiente para justificar la intervención penal en esta materia”²⁷⁴.

²⁷³ POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...cit.*, pág. 18.

²⁷⁴ *Ibidem*, pág. 19.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. Indeterminación de la protección jurídico penal en su origen

Ha sido la determinación del bien jurídico protegido de este delito uno de los temas de mayor discusión por parte de la doctrina en relación con todo lo que atañe al artículo 318 bis del Código Penal. Y es que hasta las reformas operadas en el mismo por la LO 5/2010, de 22 de junio y la LO 1/ 2015, de 30 de marzo, el legislador no ofreció una mínima pista de la protección jurídico penal pretendida. De hecho, puede incluso afirmarse como “sorpresiva” la propia inserción en el Código Penal de un delito relacionado con el tráfico ilegal de personas, habida cuenta del contexto sociopolítico que rodea a tal circunstancia. A tal efecto, cabe recordar que la inclusión del delito se produce a través de una ley penal especial impropia, con una concreta relevancia administrativa, esto es, por la Disposición Final Segunda de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que aborda en un solo Título (el Título XV bis) y a través de dicho precepto único, el fenómeno delictivo del tráfico ilegal de personas. Y lo más importante, el hecho de que el legislador en aquella época estaba centrado en la elaboración de una nueva Ley de Extranjería que sustituyera a la LO 7/1985 de 1 de julio, a fin de dar cumplimiento al mandato europeo albergado en las Conclusiones del Consejo de Tampere de octubre de 1999, que proponía, sobre todo, la creación de una política común de asilo e inmigración con equiparación del estatuto jurídico del extranjero al del ciudadano europeo, así como la construcción de un espacio de libertad. A pesar de que de las mismas puede deducirse la recomendación de confeccionar un tipo penal que incriminase las conductas de tráfico ilegal de personas, poco podía sospecharse de la actividad parlamentaria conducente a la nueva Ley de Extranjería, dado que nada se decía en las tres proposiciones de ley origen de la futura norma administrativa²⁷⁵.

Pero el asombro primitivo no quedó ahí. Fue todavía mayor al comprobar cómo la nueva Ley de Extranjería carecía de Exposición de Motivos. Son estos textos introductorios de toda regulación legal los que permiten conocer las razones por las que se legisla en relación con una materia y la significación con la que se presenta, ya que tiene entre sus fines enunciar la motivación que ha llevado al legislador a elaborar tal norma. Sin embargo, se prescindió de Preámbulo y se optó por iniciar directamente la ley con el articulado. Así, se produce el segundo varapalo para el intérprete de la ley, habida cuenta de que quedaba huérfano de una explicación acerca de, no sólo la inclusión del delito de tráfico ilegal de extranjeros, sino de la materia que nos ocupa en este epígrafe, esto es, la determinación de la protección jurídico penal que se procuraba ofrecer con tal tipo delictivo. Tal y como expone SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “el hecho de que la Ley 4/2000 que genera el precepto del artículo 318 bis del Código Penal,

²⁷⁵ Como manifiesta VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delitos contra los derechos...*cit., pág. 742, “las tres proposiciones de Ley fueron presentadas por los Grupos Parlamentarios Mixto, catalán y Federal de Izquierda Unida (...). Ninguna de las tres iniciativas preveía la tipificación de una infracción administrativa relacionada con el tráfico ilegal de personas, ni mucho menos la inclusión de un delito. En Comisión Constitucional en el Congreso se acordó que las tres iniciativas parlamentarias fueran tratadas conjuntamente por una misma ponencia, siendo en el trámite de informe de la ponencia cuando emergió en el articulado propuesto la introducción de un nuevo delito relativo al tráfico ilegal de personas ubicado en un título ad hoc”.

carezca de una exposición de motivos que justifique, aun mínimamente la creación de la nueva norma penal, y el hecho de que los debates parlamentarios sobre dicha ley, no pueda seguirse tampoco cuál sea la fundamentación sustancial de la modificación del texto punitivo, no viene sino a introducir un elemento de especial indefinición en cuanto al planteamiento que subyace a la creación de la norma”²⁷⁶. Al respecto de los debates parlamentarios, según expone dicho autor, se centraron en la definición de los derechos atribuibles a los ciudadanos extranjeros habidos en nuestro país.

Tal indefinición no fue solventada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, que, si bien incluye Exposición de Motivos, no aporta nada de luz en cuanto al porqué de la estipulación del 318 bis CP. Serán las LO 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, las que vengán a resolver el problema referido. Se analizarán con posterioridad en el último apartado de este epígrafe, debido a la trascendencia que desde el punto de vista teórico y práctico supone la determinación del bien jurídico protegido por cualquier precepto penal. Y es que, tal y como asevera DE LA FUENTE CARDONA “la identificación o concreción del bien jurídico protegido en un delito es de una importancia vital en el plano interpretativo por las consecuencias prácticas que traerá. Esta delimitación contiene especial relevancia en una materia como la migratoria por la gran diferencia que constituye su aproximación con un enfoque de derechos humanos, en el que se observa al inmigrante como víctima, frente a un enfoque defensivo que trata al inmigrante como mero objeto de un delito que atenta contra los intereses del Estado”²⁷⁷. En el mismo sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS al apuntar que “el concepto de bien jurídico no sólo ha de cumplir una función legitimadora de la intervención punitiva, mostrándose como un objeto distinto a la propia norma, digno, merecedor y necesitado de tutela, en base a su intrínseco valor y a la inherente dañosidad social que su lesión o puesta en peligro pueda suponer. Además, el bien jurídico ha de cumplir una función de carácter dogmático que permita sobre la base interpretativa que facilita una construcción sistemáticamente coherente con el diseño de la intervención sancionadora que se pretende”²⁷⁸.

2. Corrientes doctrinales hasta las LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo

No es objetivo premeditado de este epígrafe, incluir una visión reduccionista de las corrientes doctrinales existentes hasta el 2010, año en que en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, pone luz a la materia discutida al delimitar con precisión el bien jurídico protegido por este delito, cual es el interés del Estado en el control de los flujos migratorios. Pero, a sabiendas de que el bien jurídico protegido puede ser de naturaleza

²⁷⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos...* cit., (2002), pág. 40.

²⁷⁷ DE LA FUENTE CARDONA, Francisco Salvador. “¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº18, diciembre 2019, pág. 175. Disponible en <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30423/31140> (fecha de consulta: 28 de enero de 2024.).

²⁷⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos...* cit. (2002), págs. 42-43.

individual -protege derechos individuales- o colectiva -protege derechos colectivos- que, por tanto, puede conllevar a la existencia de un tipo pluriofensivo -que acoge conductas que atentan tanto a los derechos individuales como a los derechos colectivos-, entiendo más demostrativo conducir este apartado de la tesis exponiendo los estudios de los autores que integran las dos corrientes fundamentales que, hasta las mencionadas LO 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, tratan de explicar el bien jurídico protegido con el precepto introducido en el año 2000: la primera de ellas, aquélla que estima que con el tipo penal pretende salvaguardarse los derechos de los ciudadanos extranjeros; la segunda, la que sostiene que con el mismo, se blinda el interés colectivo del Estado en el control de los flujos migratorios. Todo ello sin que, en determinadas ocasiones, se aluda a esa naturaleza individual o colectiva del bien jurídico protegido.

2.1 Los derechos de los ciudadanos extranjeros.

El punto de partida de este apartado debe ser la propia nomenclatura del capítulo que introduce el artículo 318 bis del Código Penal. De esta suerte, a simple vista, parece que la problemática en torno al bien jurídico finalizaría con la sola lectura de tal denominación, esto es, “delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Quedaría así meridianamente claro que la punición derivada de tal precepto protegería aquello que se enuncia en el nombre del Título XVI, que no es otra cosa que los “derechos de los ciudadanos extranjeros”. De esta forma, el lector del precepto espera que a lo largo de los seis apartados que lo conforman, se determine con precisión qué derechos de estos ciudadanos son atacados con las conductas que constituyen el tipo y, por ende, son objeto de amparo. Nada más lejos de la realidad, puesto que, de la lectura detenida del artículo, no se menciona uno solo de tales derechos y la confusión o contradicción entre el nombre del Título con la dicción del artículo que lo integra, es evidente.

Entonces, ¿qué derechos de los ciudadanos extranjeros son los que entiende la doctrina protegidos por este precepto penal? En este aspecto, hay que subrayar que, dentro de la misma corriente, son varias las posiciones adoptadas.

2.1.1 Derechos sociales

Un sector doctrinal sostiene que la entrada o permanencia irregular de los extranjeros en España les impide ejercitar los derechos sociales que sí podrían ejercer en caso de que su situación fuera regular. Esta postura es mantenida, entre otros, por Serrano Piedecabras, Queralt Jiménez o Navarro Cardoso, entre otros.

En estos términos, SERRANO PIEDECASAS entendería protegido aquel interés del que sería titular el colectivo de los ciudadanos extranjeros que se concreta, según dicho autor, en el derecho de los mismos a alcanzar la plena integración social, que incluye el conjunto de derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos de la Ley de

Extranjería²⁷⁹. Otro de los grandes penalistas, QUERALT JIMÉNEZ establece que “el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas (...)”²⁸⁰. NAVARRO CARDOSO profundiza en la materia y se atreve a establecer los derechos concretos protegidos, al afirmar que “el objeto de tutela son los denominados “derechos sociales” y pudieran ser los llamados “derechos políticos” no exclusivos de los nacionales, esto es, los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga” y concluye que “en tanto los ciudadanos extranjeros sean introducidos en España por vías de hecho y, por tanto, su situación sea irregular, no van a poder ejercitar los derechos sociales que ostentarían si su entrada fuese conforme establece la legislación en materia de extranjería. Por ende, el acto de tráfico ilegal en sí mismo pone en peligro abstracto el ejercicio de aquellos derechos”²⁸¹.

En resumen, lo que viene a decir este sector de la doctrina es que la protección jurídica pretendida con el artículo 318 bis radica en la consecución para el extranjero del amparo en el ejercicio de los derechos y libertades públicas, entendiendo incluso algunos autores que, de esta forma, se lograría la plena integración social del extranjero en España.

La crítica que puede efectuarse al hilo de esta primera postura es la siguiente: el artículo 13 de la Constitución Española dispone en su apartado primero que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Si bien se refiere el constituyente de 1978 a “libertades públicas”, a sensu contrario del apartado segundo del mismo precepto, que establece que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”, podría interpretarse que los ciudadanos extranjeros serían titulares de los mismos derechos recogidos para los españoles, a excepción del derecho de participación pública, que es al que hace mención tal artículo 23. No obstante y muy probablemente, los autores anteriormente mencionados (que sostienen que el objeto de protección del 318 bis son los derechos de los ciudadanos extranjeros), han tenido como referencia para tal afirmación la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Y es que con esta Ley Orgánica se produce una diferenciación clara en torno a la situación legal de los extranjeros en España, siendo que tal regulación, limita el reconocimiento de los derechos antes aludidos a aquéllos que tuvieran su residencia legal en nuestro país, privándose de ellos a los que se hallaran en situación irregular. Trasladando este argumento al delito recogido en el artículo 318 bis CP, supondría entender que los ciudadanos extranjeros víctimas de los hechos descritos en tal precepto, quedarían al margen del amparo otorgado por éste, dado que la característica

²⁷⁹ En el sentido del texto, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de formación continuada, nº5, 1999, pág. 386.

²⁸⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte Especial (Revisado y puesto al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo)*. 7ª Edición (1 Edición en la Ed. Tirant lo Blanch), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 924.

²⁸¹ NAVARRO CARDOSO, Fernando. “Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Revista Penal*, n.º 10, 2002, pág. 49 y 53. Disponible en: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12613/Observaciones.pdf?sequence=2> (fecha de consulta: 24 de enero de 2024).

fundamental de las víctimas del delito objeto de esta tesis, es la ilegalidad de su situación. Veamos este argumento de forma detenida. Cabe recordar a estas alturas, que la premisa de “regularidad para el reconocimiento de derechos” -también introducido en la originaria Ley de Extranjería 7/1985, de 1 de julio-, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en STC 115/1987, de 7 de julio, disponiendo al respecto este órgano que el reconocimiento de derechos debería extenderse a todos los extranjeros y no sólo para aquellos que tuvieran su residencia legal en España. Y aunque tal planteamiento inconstitucional se reintroduce con la LO 8/2000, de 22 de diciembre, vinculando la ostentación de tales derechos a la situación de residencia legal, en consonancia con la sentencia anteriormente mencionada se dictará la STC 236/2007, de 20 de diciembre, que vuelve a declarar la inconstitucionalidad de estos artículos al concebirse a los extranjeros en situación irregular también como sujetos de los mismos por estar vinculados tales derechos con la dignidad de la persona. Como ya se analizó *supra*, tal sentencia fue uno de los motivos de modificación por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, a fin de solventar la inconstitucionalidad de la exigencia de residencia para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga de los inmigrantes extranjeros.

Por consiguiente, como conclusión a extraer de la postura expuesta, podría argumentarse que se trataría de una posición válida en tanto la Ley de Extranjería mantuvo la exigencia de residencia legal en España para el ejercicio de determinados derechos y libertades públicas por parte de los extranjeros. Sin embargo, decaería esa protección otorgada por el 318 bis, en tanto se suprimió el requisito de residencia legal, habida cuenta de que todo extranjero, en situación legal o ilegal, sería titular de tales derechos.

2.1.2 Dignidad humana e integridad moral

Es ésta la segunda de las teorías que integran la corriente expuesta hasta el momento que determina que son los derechos de los ciudadanos extranjeros el objeto de protección por el artículo 318 bis. No obstante, varían su perspectiva respecto al anterior sector doctrinal, al concebir que los derechos afectos por la comisión de este delito son el derecho a la dignidad de la persona o su integridad moral, derechos éstos que ostenta cualquier persona por el hecho de serlo, es decir, como seres humanos susceptibles de los mismos. Al respecto, se haría especialmente patente su concreción en los derechos indicados, por las circunstancias en las que se circunscribe toda comisión de este hecho delictivo, al quedar reducido el extranjero a la condición de “objeto” o “mercancía”, especialmente cuando caen bajo las redes de las mafias y organizaciones clandestinas que se aprovechan de su deseo de salir de la pobreza. Defienden esta postura, entre otros, Villacampa Estiarte, Silva Castaño, Pérez Ferrer, Sáinz-Cantero Caparrós o Lorenzo Copello.

Por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE opina que “el objeto de tutela podría concretarse en la dignidad humana como base para el ejercicio del resto de derechos, esto es, como impedimento a la consideración de las personas como mercancía, en la interdicción al

trato vejatorio que representa convertir en cosas a los seres humanos”²⁸². También se inclina por la dignidad humana SILVA CASTAÑO, que estima que “el respeto de la dignidad de la persona debe ser el elemento clave en la descripción típica del precepto”²⁸³.

De sumo interés es la reflexión que hacen al respecto PÉREZ FERRER y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS. La primera, para concluir con la defensa, como bien jurídico, de dicha dignidad humana, pero con matices ampliatorios. De este modo parte del significado de “los derechos de los ciudadanos extranjeros” con lo que según la autora se pretende alcanzar únicamente la protección de aquellos que pueden verse afectados mediante el desarrollo de la actividad del tráfico ilegal de personas, o sea, los derechos que pertenecen a la persona en cuanto a tal, y que resultan necesarios para la garantía de la dignidad humana, cualquiera que sea la situación en la que se encuentre el emigrante en España. Desde semejante perspectiva y desde una visión fundamentalmente práctica, lo concibe constituido como el respeto a la dignidad humana y en relación con los derechos afectados, los comunes inherentes a la condición de persona, donde cabe incluir, la libertad, la seguridad y, sobre todo, la dignidad de la persona sometida a tráfico. Así, como derivación y dentro de dicha dignidad, que es la que se ve afectada, los derechos de los ciudadanos extranjeros son merecedores de protección penal en tal dimensión²⁸⁴.

En todo caso, lo amplía la propia autora, al asumir que a pesar de todas las objeciones o valoraciones a favor, la cuestión primordial desde esta dimensión interpretativa radica en concretar los derechos de los extranjeros que se intentan proteger por el ordenamiento jurídico español; detectando, en tal sentido, tres hipótesis clasificatorias de interés, avaladas en parte por el propio Tribunal Constitucional: derechos comunes, ya citados *supra*, derechos de configuración legal y derechos vinculados a la nacionalidad. Los primeros son derechos absolutos a la dignidad humana que garantizan a la persona individual un importante ámbito de libertad, al margen de la nacionalidad o situación del sujeto (es también lo que se ha venido en denominar “estándar mínimo, o lo que es lo mismo núcleo esencial de los derechos humanos); en los segundos se alude al bloque de derechos cuyo ejercicio será propio o no a los extranjeros, según fijen las leyes o los tratados ratificados por España ya sean reconocidos expresamente a los extranjeros por la Constitución o convenios u otros instrumentos internacionales o los que, en principio son atribuidos a los nacionales, aunque sea factible su reconocimiento por ley a los no nacionales; los terceros son los más cerrados y cuya titularidad y disfrute es privativo de los españoles²⁸⁵. Todo ello lleva, a pesar de las dificultades y esfuerzo detallados en la concreción de los derechos a cubrir, a concretar de forma material y directa cuáles se ven afectados. Ello conduce a sus partidarios a la idea motor de la dignidad humana que en el ámbito jurídico e, incluso, penal, tiene como objetivo el respeto a los ámbitos de dominio y de libertad y, en la máxima instancia de dignidad humana, como garantía de la propia personalidad del ser humano. Es obvio, al menos para nosotros, que esta lucida reflexión no deja de encontrar

²⁸² VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Consideraciones acerca...* cit., pág. 186.

²⁸³ SILVA CASTAÑO, María Luisa. *Estudio del artículo 318 bis...* cit., pág. 185.

²⁸⁴ PÉREZ FERRER, Fátima. *Delitos contra los derechos...* cit., págs. 474-475.

²⁸⁵ PÉREZ FERRER, Fátima. *Análisis dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 45-51.

objeciones, en cuanto a su extensión y dificultad de concreción, como bien jurídico exclusivo a proteger, sobre todo después de las reformas de 2010 y de 2015.

El segundo, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en un sentido parecido a la anterior autora, concluye que “el bien jurídico tutelado por el artículo 318 bis, es el conjunto de derechos que componen el llamado *status de extranjero*, y que se ven o pueden ver afectados al ser sometido el sujeto al tráfico ilegal de personas. Entre tales derechos hay que incluir tanto los llamados “derechos comunes” a nacionales y extranjeros, que derivan de su propia consideración como persona, o ser humano, así como aquellos otros que siendo de configuración legal sólo eventualmente se reconocen al extranjero”²⁸⁶. Y añade que la situación de regularidad o irregularidad del extranjero en España va a ser determinante para la definición de los derechos objeto de protección, de tal forma que, la comisión del delito supondría la afectación de la totalidad de los derechos en el caso del extranjero legal mientras que, para el extranjero ilegal (habida cuenta de que no puede disfrutar de todos los derechos por la irregularidad de su situación), sólo se verían afectados los derechos comunes inherentes a su persona, tales como la dignidad o integridad moral, o la libertad en términos generales²⁸⁷.

2.2. *El interés del Estado en el control de los flujos migratorios*

Los grandes defensores de esta teoría sostienen, incluso desde mucho antes de que las LO 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, viniesen a acoger de forma explícita sus postulados, que la protección blindada por el artículo 318 bis nada tenía que ver con los derechos de los ciudadanos extranjeros. Se incardinan dentro de estas premisas, teóricos como Rodríguez Montañés, García Sánchez, Álvarez Álvarez, o Alonso Álamo, entre otros.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS manifiesta que es un bien jurídico supraindividual institucionalizado, espiritualizado o de los “intereses difusos” del orden socioeconómico en sentido amplio –conjunto de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema socioeconómico vigente, tanto en su aspecto puramente económico como en la dimensión social del mismo– en la medida en que el fenómeno migratorio constituye un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado. Añade, además, que los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros constituyen sólo bienes intermedios con función representativa del mencionado orden socioeconómico²⁸⁸. GARCÍA SÁNCHEZ indica que lege data, “la voluntad del legislador consistiría en proteger intereses estatales en el control de los flujos migratorios, utilizando el Derecho Penal para la represión de determinadas infracciones que afectan a la entrada y salida ilegal de extranjeros (...), confirmando dicha posición el hecho de que en la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se introduce en el tipo básico expresamente la promoción y favorecimiento de la inmigración clandestina y ya no sólo se hace referencia al tráfico de personas” y añade que “los derechos de los extranjeros,

²⁸⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Los delitos contra los derechos...* cit. (2002), pág. 70.

²⁸⁷ En esa línea, *ibidem*, págs. 71 y 72.

²⁸⁸ En tal sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Ley de Extranjería...* cit., pág. 3.

donde se protegen realmente es en los tipos agravados”²⁸⁹. ÁLVAREZ ÁLVAREZ hace uso de planteamientos más sencillos y entiende que lo fundamental es la política migratoria en general o, dicho de otra forma, la pretensión del Estado en ordenar o mantener controlados los flujos migratorios, en concreto, “se busca primordialmente la ordenación y regulación de los flujos migratorios por los cauces y conforme a los criterios legales”²⁹⁰. Además, es particularmente crítico con la denominación del Título, a la que tilda de “desafortunada, defectuosa sistemáticamente y meramente simbólica” para concluir que “los intereses y los derechos de los extranjeros no se utilizan más que como señuelo para tranquilizar la propia conciencia del legislador y suministrar una dosis de “buena conciencia” a la ciudadanía (...)”²⁹¹. Finalmente, ALONSO ÁLAMO explica su parecer acerca del interés del Estado en el control de los flujos migratorios. De esta manera, expone que “la amplia formulación del tipo, las referencias al tráfico ilegal y, también, a la inmigración clandestina, la no exigencia de ánimo de lucro ni, menos aún, de la finalidad de explotación laboral, su excesiva formalización, obligan a sostener que el delito se orienta hacia la protección del interés estatal al control de los flujos migratorios”²⁹².

Como punto final de este epígrafe, hay que poner de manifiesto que para otro sector doctrinal resulta complicado posicionarse de forma exclusiva en alguno de los enfoques anteriormente relacionados, sin dar prevalencia a ninguna de las posturas, por lo que mantienen una perspectiva mixta, que combina todas las posibilidades descritas, es decir, resultarían ser bienes jurídico protegidos del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, no sólo el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, sino también algunos derechos como la dignidad, la libertad o la seguridad de éstos. Se ubican en esta línea, además de la ya analizada Pérez Ferrer, autores como, Lorenzo Copello o García España y Rodríguez Candela. Por ejemplo, LAURENZO COPELLO, adopta una especie de postura híbrida en que, además de aludir a la integridad moral del extranjero también hace hincapié en el interés del Estado en el control de los flujos migratorios. Así, esta autora señala que “dentro del muy variado espectro de conductas relacionadas con el desplazamiento y permanencia de extranjeros en condiciones irregulares, existen ciertos supuestos en los que ya no está sólo en juego el interés del Estado por controlar el movimiento clandestino de inmigrantes, sino, además, -y sobre todo-, la propia dignidad de estas personas, situación que sin duda se produce cuando se las convierte en objeto de tráfico”²⁹³. Además, reitera esta posición como conclusión de su estudio al indicar que “el art. 318 bis se justifica por su finalidad protectora de un bien jurídico de naturaleza individual: la integridad moral de los ciudadanos extranjeros sometidos a las conductas de tráfico. Sin

²⁸⁹ GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. “La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, Mes 3, 2005, págs. 849-851.

²⁹⁰ En la línea del texto, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal”. *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de formación continuada, Madrid, 1999, pág. 355.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”. *Revista Penal*, n.º19, 2007, pág. 16. Disponible en: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12178/Protección.pdf?sequence=2> (fecha de consulta: 29 de enero de 2024).

²⁹³ LAURENZO COPELLO, Patricia. “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º12, 2003, pág. 71. Disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24844/19703> (fecha de consulta: 28 de enero de 2024).

perjuicio de ello, parece concurrir, además, siquiera sea de modo complementario, un interés de carácter supraindividual: el interés del Estado en el control de los movimientos migratorios”²⁹⁴. Otros como GARCÍA ESPAÑA-RODRÍGUEZ CANDELA consideran que el artículo 318 bis es un delito de carácter pluriofensivo que tiene por objeto, tanto el derecho del Estado en el control de los flujos migratorios, como los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros y hacen esta consideración por la convivencia del régimen jurídico sancionador previsto en la Ley de Extranjería con el delito previsto en el Código Penal²⁹⁵.

3. LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo, corrientes doctrinales y jurisprudencia del Tribunal Supremo

3.1. LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo

Si fue muy criticado el legislador del año 2000 por adolecer la LO 4/2000, de 11 de enero, de Exposición de Motivos que explicara el porqué de las modificaciones o novedades introducidas por la misma, el legislador del año 2010 viene a concretar muchos aspectos antes desconocidos. En lo que nos atañe, se explaya en subrayar el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis y las diferencias existentes entre éste y el delito de trata de seres humanos, que se introduce a través del artículo 177 bis. En el apartado XII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, concretamente en su párrafo tercero, se establece que “el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter trasnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”. Además, añade que, uno de los derechos ya analizados como la dignidad, que para buena parte de la doctrina era el derecho sobre el que pivotaba la protección jurídico penal ofrecida por el artículo 318 bis, es objeto fundamental de protección por el nuevo 177 bis que tipifica la trata de seres humanos. Así, literalmente dispone que “el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren” y añade que “no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o trasnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada”. Por consiguiente, la LO 5/2010, de 22 de junio, viene a desmontar la teoría anteriormente señalada en sus dos vertientes: ni se protege los derechos de los ciudadanos extranjeros, habida cuenta de que expresamente se señala “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios” como objeto de protección por el artículo 318 bis; ni se protege la dignidad de la persona, porque para ese fin, entre otros, se introduce el artículo 177 bis.

Por su parte, el apartado XXV de la LO 1/2015, de 30 de marzo, supone una revisión tanto de las conductas como de la penalidad en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en consonancia con la Directiva 2002/90/CE y la Decisión marco 2002/946/JAI. En relación con la penalidad, advierte el legislador que es excesiva y desproporcionada en tanto

²⁹⁴ *Ibidem*, pág. 74.

²⁹⁵ En esa línea, GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA. *Delitos contra los derechos...* cit. págs. 6 y 7.

en el año 2010 se introdujo el delito de trata de seres humanos en el artículo 177 bis a fin de incriminar con éstas conductas más graves en que se pone en peligro la vida o la integridad del inmigrante. Además, de forma reiterada a lo largo de dicho apartado XXV se establece que el artículo 318 bis tiene como objeto la inmigración ilegal, especialmente “definir con claridad las conductas constitutivas de la inmigración ilegal”. Por consiguiente, si el objetivo es establecer qué conductas son constitutivas de inmigración, difícilmente el objeto de protección puede ser derecho alguno de ciudadanos extranjeros, cuando además se incide en que para ello ya está el delito del artículo 177 bis. En este modo explicativo de la Exposición de Motivos de ambas Leyes Orgánicas definidas, se pronuncian VILLACAMPA ESTIARTE²⁹⁶ y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS²⁹⁷, quienes se ven conminados, al igual que otros muchos autores, a modificar sus posturas iniciales por razón de las Leyes Orgánicas antedichas. Respecto a estos dos teóricos, se van a revelar en este trabajo ambas posiciones, las anteriores a las reformas (ya recogidas a lo largo de este epígrafe) y las actuales, que se insertan a través de las notas 298 y 299.

3.2. Corrientes doctrinales

Una vez expuesta la argumentación de los Preámbulos de ambas Leyes Orgánicas, es necesario visualizar si la doctrina sigue manteniendo sus puntos de vista originarios o se produce una modificación de éstos en consonancia con lo apuntado. En consecuencia, por ejemplo, como ya se ha adelantado, tanto VILLACAMPA ESTIARTE²⁹⁸ como SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS²⁹⁹ hacen una revisión de sus posiciones primitivas, siendo que uno y otro conciben que la claridad en los pronunciamientos de las leyes orgánicas les obliga a hacer un cambio de perspectiva, señalando “la defensa del Estado en el control de los flujos migratorios” como el bien jurídico protegido por el 318 bis.

No obstante, no está exento de críticas esa definición del bien jurídico en la Exposición de Motivos de las leyes referenciadas. De tal forma, por ejemplo, añade SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS que “el control de los flujos migratorios, siendo sin duda un valor de primer orden

²⁹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 752.

²⁹⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. Capítulo 36- “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed. Revisada y puesta al día. Morillas Cueva (Dir.). Dykinson, Madrid, noviembre 2021, pág. 956.

²⁹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 752. “Atendiendo a lo dispuesto en la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 y más recientemente en la LO 1/2015 se protege en este delito un interés colectivo estatal, cual el interés del Estado en el control de los flujos migratorios. El legislador en 2010 y 2015, con sus manifestaciones aclaratoria, ha confirmado la opinión sostenida, aun a su pesar, por un sector mayoritario de la doctrina española, fundamentalmente tras la reforma de 2003, dejando sin argumentos a quienes defendimos una configuración del precepto que pivotaba sobre la protección de bienes jurídicos individuales, cuales la dignidad o la integridad moral”.

²⁹⁹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Delitos contra los derechos...* cit. (2021), pág. 957. “En la situación actual, sobre todo tras las reformas operadas por las LLOO 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, la situación parece más clara. En efecto, la reforma de 2010 tuvo una especial incidencia en la materia que analizamos, al haber optado por una posición formal y funcionalizada entendiendo como bien jurídico tutelado el *interés estatal en el control de los flujos migratorios*. A esta conclusión conduce el hecho de la tipificación específica y expresa de la “trata de seres humanos” en el art. 177 bis, entre los delitos contra la integridad moral, así como la declaración expresa en la exposición de motivos de la citada ley, en la que con claridad se afirma: *el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios*”.

en la sociedad actual, ni tiene entidad suficiente para ser considerado un bien jurídico penalmente relevante, ni necesita especialmente de tutela penal pues no está falto nuestro ordenamiento jurídico y el de países de nuestro círculo de cultura jurídica de instrumentos extrapenales más eficaces y adecuados para su protección”³⁰⁰. Al hacer referencia a otros instrumentos para la protección de los flujos migratorios, se está aludiendo al Derecho Administrativo sancionador, que se ocupa de castigar las infracciones recogidas en la Ley de Extranjería. Asimismo, PÉREZ ALONSO menciona la palabra “falacia” para la denominación todavía vigente del 318 bis al apuntar que “aunque ya había sido cuestionada desde hace tiempos la rúbrica del Título XV bis relativo a los Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros resulta ya bastante inapropiada, por no decir una falacia, pues el control de los flujos migratorios se cohesiona mal con los derechos de los ciudadanos extranjeros”³⁰¹.

Otros autores van más allá y comprenden que a pesar de la justificación de 2010 y 2015, entran en juego otras circunstancias que permiten hacer una interpretación más amplia de la tutela jurídico pretendida por el 318 bis. Por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ concibe que “el bien jurídico es el propio estatus jurídico del extranjero, o sea, los derechos y libertades reconocidos al extranjero por el Ordenamiento jurídico español. A ello hay que añadir, según ha apuntado un sector doctrinal y recoge expresamente la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, que en el art. 318 bis se tutelan los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, en sintonía con la legislación administrativa de extranjería, que en realidad es el bien jurídico que ahora predomina”³⁰². En la misma línea se pronuncia MUÑOZ CONDE, que afirma que “aunque el bien jurídico protegido, parece ser a primera vista, según reza la rúbrica del Título XV bis, los derechos de los extranjeros, el verdadero objeto de protección es más bien el conjunto de las disposiciones administrativas que regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España, principalmente en la referida LO 4/2000, de 11 de enero, que contiene bastantes restricciones de estos derechos, muchas de ellas dudosamente constitucionales”³⁰³. Una posición mixta adoptan otros como ORDUNA NAVARRO, que apuesta porque “el bien jurídico protegido, en este delito, es pluriofensivo, siendo varios los bienes jurídicos que se tratan de proteger: a) Los derechos que el ciudadano extranjero podría disfrutar en el caso de que su entrada en el Estado español hubiera sido legal; b) los derechos que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal; y c) el interés del Estado por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la legislación de extranjería, así como el interés del Estado por controlar los flujos migratorios. En los tipos agravados son otros los bienes jurídicos afectados: la vida, la integridad física, la salud, la libertad”³⁰⁴.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ PÉREZ ALONSO, Esteban. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tras la reforma de la LO 1/2015”. *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*. De Vicente Remescal/Díaz y Conlledo y otros (Dir.), vol. II. Ed. Reus, Madrid, 2020, pág. 1839.

³⁰² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Delitos contra los derechos...*cit., pág. 607.

³⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 25ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 392.

³⁰⁴ ORDUNA NAVARRO, Beatriz. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. El artículo 318 bis del Código Penal tras la reforma introducida por la LO 5/2010”. *Diario La Ley*, nº 7618, Sección Doctrina, 2011, pág. 1.

Y, por último, hay autores que no cuestionan que el bien jurídico protegido sea el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, tal y como se apuntaba en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio. De esta forma se manifiesta, IZAGUERRI GRACIA al disponer que “la reforma afecta sustancialmente al bien jurídico protegido, y así se desprende de la propia Exposición de Motivos de la LO 1/15. Con la nueva redacción se ha tratado de focalizar el bien jurídico esencialmente en la protección del Estado en el control de los flujos migratorios (y ligado a ello la sostenibilidad económica de la nación)”³⁰⁵. También SÁNCHEZ LÓPEZ-TAPIA cuando apunta que “el art 318 bis es ahora un delito de naturaleza formal, en el que el bien jurídico protegido es formal, colectivo y genérico: el Derecho del Estado al control de los flujos migratorios y su interés en el respeto a la Unidad de la normativa europea en esta materia de interés común. Solo en el tipo agravado del nº 3 b) se contemplan y protegen los derechos de los migrantes”³⁰⁶. En tal sentido, se manifiesta también y con rotundidad SANTANA VEGA para la que desde la LO 5/2010, de 22 de junio “no hay discusión sobre el bien jurídico protegido por este delito, el cual está constituido por el control de los flujos migratorios por parte del Estado”, aunque admite que en el trasfondo de dicho control por parte de la propia UE y de cada Estado existen intereses económicos y, en especial, de regulación del mercado laboral³⁰⁷.

En conclusión y, aun a pesar de la concreción del bien jurídico protegido en el año 2010 como el “interés del Estado en el control de los flujos migratorios”, muchos estudiosos de la materia continúan advirtiendo de la necesidad de ampliar esa reducida perspectiva, vinculando el amparo del artículo 318 bis a otras muchas circunstancias que entran en juego con la comisión del hecho delictivo.

3.3 Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Al igual que ocurrió con la doctrina tras las ya renombradas LO 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, en relación con el cambio de posiciones originales sobre el bien jurídico protegido, el Tribunal Supremo también se ha visto obligado a acondicionar sus interpretaciones una vez se produjo la entrada en vigor de tales normas.

De esta manera, de forma inicial el Alto Tribunal combinaba dos posturas, cuales son, por un lado, el interés del Estado en el control de los flujos migratorios y, por otro, la protección de la dignidad y los derechos de los ciudadanos extranjeros, con fundamento en el intento de evitar el trato como mercancía u objeto o que se les someta a algún tipo de explotación. En este

³⁰⁵ IZAGUERRI GRACIA, María del Pilar.: “Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis CP). Algunos problemas que plantea la nueva redacción de este delito. Posibilidad de formas imperfectas de ejecución y de pluralidad de delitos”. Curso “Jornadas de Especialistas de Extranjería. Madrid”. Centro de Estudios Jurídicos, 2018, pág. 9.

³⁰⁶ SÁNCHEZ LÓPEZ-TAPIA, M. Ángeles. “Algunas reflexiones sobre el bien jurídico protegido en el art. 318 bis del Código Penal”. Curso “Jornadas de Especialistas de Extranjería. Sevilla”. Centro de Estudios Jurídicos, 2019, págs. 15 y 16.

³⁰⁷ SANTANA VEGA, Dulce M. “IX. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjero”. *Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial*. 2ª ed. Tomo II. Corcoy Bidasolo- Gómez Martín (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 646.

sentido se pronunciaban las STS 484/2007, de 29 de mayo³⁰⁸, STS 1092/2007, de 27 de diciembre³⁰⁹ o STS 76/2008, de 5 de febrero³¹⁰. Además, añade el Tribunal Supremo que, si el bien jurídico se integrara solamente por el control de los flujos migratorios, se estaría transformando en ilícito penal la vulneración de normas meramente administrativas. Por eso se requiere una situación de especial vulnerabilidad del sujeto pasivo y, por ende, una afectación negativa de los derechos de los ciudadanos extranjeros³¹¹.

Con la introducción del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis por la LO 5/2010, de 22 de junio, que especialmente se destinaba al amparo de la dignidad de las personas sometidas a algún tipo de explotación, el Tribunal Supremo razonó que, aunque el 318 bis se centraba sobre todo en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios “ha de interpretarse que esta norma comprende también los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros que son víctimas de un flujo migratorio ilegal cuando el grado de afectación de esos derechos no alcanza, vistas las circunstancias del caso concreto, la severidad propia de una auténtica explotación que permita hablar de una trata del ser humano. Y es que tampoco puede olvidarse que el delito sigue refiriéndose literalmente al tráfico ilegal de personas y no solo a la inmigración clandestina”³¹². Por consiguiente, este órgano jurisdiccional interpreta que en los supuestos menos graves del artículo 318 bis del Código Penal también estaría amparada la dignidad de la persona, siendo que el artículo 177 bis protegería la dignidad humana para los casos más graves de explotación.

Los últimos postulados del Tribunal Supremo se producen a raíz de la LO 1/2015, de 31 de marzo. Ténganse en cuenta que en el Preámbulo de esta LO se incide en la separación entre el delito de trata de seres humanos del delito del artículo 318 bis, se evita toda referencia al “tráfico ilegal de personas” y se redefine la conducta típica del tipo básico, al suprimirse los términos “promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina”, por la “ayuda a la entrada, el tránsito o permanencia ilegal en España de quienes

³⁰⁸ Indica tal resolución que, “el bien jurídico no es sólo la política sobre flujos migratorios, sino que es precisa una afectación, real o potencial, de los derechos del ciudadano (...)”. Dicha afirmación se explicita en consonancia con resoluciones previas del TS como la STS 1087/2006, de 10 de noviembre, STS 1465/2005, de 22 de noviembre, STS 569/2006, de 19 de mayo y la STS 153/2007, de 28 de febrero.

³⁰⁹ La STS 1092/2007, de 27 de diciembre señala que “el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes”.

³¹⁰ Esta resolución establece que “el bien jurídico protegido por el precepto penal cuya infracción se denuncia -el art. 318 bis del CP - no lo constituye, única y principalmente, el control de los flujos migratorios, sino, fundamentalmente, el respeto y la protección de los derechos de los extranjeros y de su dignidad personal, con objeto de evitar el peligro abstracto de que los mismos sean tratados como objetos, con evidente lesión de su integridad moral, y así lo pone de manifiesto el propio Título XV bis del Libro II del CP: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (...)”

³¹¹ Así, lo recogen, entre otras la STS 466/2012, de 28 de mayo, la STS 1378/2011, de 14 de diciembre o STS 378/2011, de 17 de mayo, que disponen que “el bien jurídico protegido en el art. 318 bis 1, no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación -que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas-, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas (...)”.

³¹² En tal sentido, STS 385/2012, de 10 de mayo.

no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea. En tales términos, se advierte en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años una doble vertiente, cuales son, la defensa de que, en exclusiva, el bien jurídico protegido es el interés del Estado en el control de los flujos migratorios con una posición más suavizada, que viene a incluir junto a la anterior postura, una cierta protección a determinados derechos de los ciudadanos extranjeros. Así, por ejemplo, en algunas sentencias se considera que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, haciendo hincapié en que tras la reforma llevada a cabo por LO 1/2015, de 30 de marzo, el tipo básico del artículo 318 bis protege “principalmente el interés del Estado en el control de los flujos migratorios” pero ello no obsta a que “el precepto siga estando encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su dignidad, lo que impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos como consecuencia de la conducta típica”³¹³. Se insiste en este aspecto pluriofensivo con la referencia a la “dimensión pluriofensiva que proyecta sus efectos, de modo especial, sobre aquellos que, mediante el abandono de sus comunidades de origen, buscan la mejora de sus condiciones personales y laborales”³¹⁴. Pero se llama la atención, no obstante, en que “será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos”³¹⁵, ahondando en que habrá que valorarse las circunstancias del caso concreto para poder entender que hay una afectación de la dignidad y los derechos de los ciudadanos extranjeros. De hecho, se explicitan los derechos afectados en la previa STS 482/2016, de 3 de junio, basada en la STS 178/2016, de 4 de marzo al señalarse que se protege “el interés general del Estado de controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y por otro lado el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los emigrantes”³¹⁶.

Especialmente llamativas son las menciones que en algunas sentencias se hace a la Unión Europea en su voluntad de controlar los flujos migratorios, entendiendo éste como bien jurídico protegido único, en lo que respecta al tipo básico. Así, por ejemplo, en las STS 512/2016, de 10 de junio; STS 536/2016, de 17 de junio; STS 807/2016, de 27 de octubre. Igualmente, la STS 144/2018, de 22 de marzo, que dispone que “el tipo penal del art. 318 bis protege ahora el bien jurídico consistente en el interés del Estado -y de la Unión Europea- en el control de los flujos migratorios”, calificándolo expresamente como “bien colectivo o supraindividual”. También en la línea, la STS 482/2016, de 3 de junio, que incide en “sancionar esencialmente la vulneración de la normativa reguladora de la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de la Unión (Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre y Decisión Marco 2002/946/JAI)”. Y va mucho más allá el Alto Tribunal con la STS 188/2016, de 4 de marzo, que fundamentándose en lo estipulado por la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, sostiene que con la nueva redacción del art. 318 bis lo único que se

³¹³ STS 108/2018, de 6 de marzo.

³¹⁴ STS 11/2018, de 15 de enero.

³¹⁵ STS 388/2018, de 25 de julio.

³¹⁶ STS 482/2016, de 3 de junio. Otras sentencias más recientes que acogen esta postura son, entre otras, la STS 422/2020, de 23 de junio; STS 324/2021, de 21 de abril; STS 253/2023, de 12 de abril.

pretende es sancionar “conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea (...) con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios”. Y sólo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o de la integridad del inmigrante “se atiende, además, al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título”, como también recoge la STS 536/2016, de 17 de junio.

4. Opción personal

Para finalizar con este apartado, examinadas las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales habida en la materia, estimo razonable introducir una reflexión propia a modo de conclusión. Las innumerables críticas doctrinales y jurisprudenciales vertidas sobre las diversas leyes que procedían a reformar el artículo 318 bis en cuanto, bien a la ausencia de Exposición de Motivos, bien a la ausencia de justificación sobre el bien jurídico protegido cuando sí existía Preámbulo, no deberían coadyuvar a la prolongación de la problemática existente sobre dicho bien jurídico, cuando de forma explícita y manifiesta el legislador de 2010 estableció con la reforma de este año, que el bien jurídico protegido es el interés del Estado en el control de los flujos migratorios. Por consiguiente, el legislador escuchó y se hizo eco de tales reproches para proceder a aclarar de forma terminante e indubitada cuál era el sentido del artículo 318 bis. Considero que no puede estirarse de forma ilimitada la exégesis que puede y debe hacerse de cualquier norma cuando ésta es contundente puesto que, lo contrario, supondría modificar a conveniencia la intención del creador de la ley. Así pues, compartiendo los postulados invocados por el legislador en la LO 5/2010, de 30 de marzo, en cuanto al bien jurídico protegido por las conductas integrantes del tipo básico, esto es, el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, entiendo que sí cabe la interpretación en relación con las diversas modalidades que configuran los tipos agravados. De esta forma, ciertos derechos del ciudadano extranjero como la vida o la integridad física podrían verse tutelados por el tipo agravado previsto en el apartado 3b)-peligro para la vida o causación de lesiones graves-, habida cuenta de que el legislador otorga un plus de reprochabilidad a las conductas que pueden dar pie a ese tipo de situaciones, vislumbrándose, por consiguiente, una cierta preocupación, ahora sí, por el ciudadano extranjero y sus derechos. Igualmente, comparto la visión de aquellos autores que sostienen que la denominación del título XV bis que acoge el precepto carece de toda lógica y da pie a equívoco, por lo que habría que instar al legislador a que, en aquellas futuras reformas que se llevarán sobre el precepto, se modificase la nomenclatura para que el lector del artículo no se sorprenda de la regulación acogida por éste.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO

1. Concepto y clasificaciones

Por “naturaleza jurídica” del delito vamos a referirnos a la forma en que el bien jurídico protegido se va a ver atacado o vilipendiado, de manera que se atenderá en este epígrafe a dos tradicionales clasificaciones de los tipos que se recogen en el Derecho Penal. La primera de ellas, la que distingue entre delitos de peligro o lesión, que depende de si la consumación se produce con la generación de un riesgo para el bien jurídico protegido o con el efectivo menoscabo de éste; la segunda, la que diferencia entre los delitos de mera actividad y resultado, en función de si la consumación se ocasiona por la perpetración de un efecto o resultado derivado de la conducta, o bien se materializa por la realización de la propia conducta, sin que se exija un resultado derivado de ésta.

Para analizar el encaje en alguna de las tipificaciones anteriores, vale la pena recordar el tipo básico y su evolución desde su incorporación al Código Penal en el año 2000. De tal modo, habrá que valorar si las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina que describían el tipo hasta el año 2015, convergen en la misma clasificación que las conductas de ayudar a entrar, transitar o permanecer en territorio español, que lo configuran desde entonces. Por este motivo, se expondrán seguidamente y de forma diferenciada, las teorías doctrinales y jurisprudenciales hasta la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, así como las posiciones mantenidas a partir de dicho momento

2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y teoría de la Fiscalía General del Estado

Doctrinal y jurisprudencialmente se sostuvo, hasta la modificación propiciada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que los actos de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina eran conductas que se agotaban en sí mismas, no exigiéndose la generación de un resultado propio que pudiera incardinarse dentro de ese “tráfico ilegal o inmigración clandestina”, tales como la llegada, estancia o residencia del extranjero en España, lo que hacía apostar por un delito de mera actividad.

Así, determinadas Audiencias Provinciales se decantaban por tal opción³¹⁷ y, a mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo consideraba en reiterada jurisprudencia que se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido³¹⁸. En la misma línea y en consonancia con las resoluciones del Alto Tribunal, la Fiscalía General del Estado optaba también por considerar el artículo 318 bis CP como un delito de mera actividad, dado que “el delito se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación directa o indirecta del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, sin exigir que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros, su estancia, su residencia o la obtención de puesto de trabajo por los mismos. No es pues necesario para su perfección que el

³¹⁷ Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Ceuta en Sentencia 103/2000, de 20 de octubre establecía que, “nos encontramos también ante un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación (...)”

³¹⁸ En dicha línea, STS 1059/2005, de 28 de septiembre, STS 122/2008, de 18 de febrero o STS 152/2008, de 8 de abril, entre otras.

extranjero haya traspasado efectivamente el control de pasaportes, ni que haya logrado entrar clandestinamente en territorio español, sino que basta la promoción o el favorecimiento para que se alcance la consumación del tipo. Del mismo modo, es irrelevante que la operación no haya llegado a buen término por naufragio, intervención de la policía, o cualquier otro motivo. En definitiva, la consecución del fin previsto, la inmigración, pertenece a la esfera del agotamiento del delito”³¹⁹.

En virtud de si atendemos a la segunda de las clasificaciones observadas -delitos de peligro o lesión-, la jurisprudencia se decanta por el delito de peligro abstracto³²⁰. Visión compartida por la Fiscalía General del Estado, que precisamente se apoya en las resoluciones del Alto Tribunal para recoger en la Circular reseñada, que el artículo 318 bis CP desde la perspectiva de la protección de los derechos de la persona del migrante “se configuraría como un delito de peligro abstracto por cuanto el tráfico ilegal y la inmigración clandestina: provocan la inserción de los migrantes en otros países en la más cruda marginalidad, la del no-ciudadano en condiciones de extrema indigencia (STS 730/2010); el inmigrante sin papeles se encuentra en unas circunstancias en las que sus derechos se ven, al menos, ante un alto peligro de ser seriamente disminuidos (SSTS 479/2006, 1087/2006); tiene graves dificultades para el ejercicio de sus derechos más esenciales (SSTS 768/2007, 913/2009); está imposibilitado de hacerlos valer en la misma forma que correspondería a cualquier ciudadano, a causa del temor a las consecuencias inherentes a su situación irregular (STS 1146/2009); y, se encuentran ante el peligro, siquiera sea abstracto, de ser sometidos a situaciones de explotación (SSTS 1087/2006, 153/2007, 1146/2009, 730/2010, 378/2011). Con otras palabras, a través del tipo básico del artículo 318 bis CP, se pretende proteger al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas (SSTS 1465/2005, 1087/2006, 1238/2009, 378/2011)”³²¹. Asimismo, se añade que quedan excluidas conductas inocuas por superfluas, ingenuas o irrelevantes, aunque pudiesen estar comprendidas dentro de los términos “favorecer o facilitar” la inmigración.

3. Posiciones doctrinales

³¹⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, pág. 27. Disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00005.pdf (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).

³²⁰ Cabe recordar en este punto que el TS hasta 2010, fecha de introducción del delito de trata de seres humanos, entendía que el bien jurídico protegido del artículo 318 bis CP estaba integrado por una doble vertiente: control de los flujos migratorios y protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros. En virtud de esta última, el artículo 318 bis CP se configuraría como un delito de peligro abstracto, en tanto en cuanto las conductas de promoción, facilitación o favorecimiento del tráfico ilegal o la inmigración clandestina generan un riesgo para sus derechos, tales como la dignidad, la libertad o la integridad moral. A título de ejemplo, la STS 378/2011, de 17 de mayo, dispone que “el bien jurídico protegido en el art. 318 bis 1 (...) está especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas (...)”.

³²¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios...* cit., pág. 24.

Doctrinalmente hay diversidad de opiniones en la forma de configurarse el tipo. Reparando en la primera de las clasificaciones -peligro o lesión- la mayor parte de los autores apuntan a dos posibilidades, que implica situarnos, bien ante un delito de peligro abstracto, bien ante un delito de peligro abstracto-concreto, también denominado delito de peligro hipotético. Dentro de la primera corriente puede ubicarse a SILVA CASTAÑO. Dispone esta autora que “la mera actuación de movilizar con destino a España a los extranjeros irregulares, si bien permite la aplicación de sanciones administrativas, no es suficiente para apreciar la tipicidad. En la línea de todo lo anteriormente tratado, la conducta deberá necesariamente ir acompañada de la acreditación de una puesta en peligro de la dignidad de la persona o de la posibilidad de una correcta integración del inmigrante”³²². También se posiciona en esta postura autores como RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, que manifiesta que “en definitiva, creo que nos encontramos ante un delito contra el orden socioeconómico (...), en que se tutela uno de los aspectos del mismo (el fenómeno migratorio), tutela que se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto (ante la imposibilidad de tipificar la lesión o la concreta puesta en peligro) recurriendo a objetos o bienes intermedios (los derechos individuales de los inmigrantes como colectivo y el respeto de la regulación en esta materia) que tienen una función representativa del bien institucionalizado o interés difuso”³²³. También en esta línea, SERRANO PIEDECASAS que estima que “al tratarse de un delito de peligro abstracto la consumación se alcanza con la realización de las conductas antedichas sin que sea necesario acreditar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo. Tampoco será necesario acreditar que la víctima del tráfico ilegal haya efectivamente salido, entrado o transitado por territorio español. No cabe, en consecuencia, un desarrollo imperfecto del tipo”³²⁴. En los mismos términos se pronuncia PALOMO DEL ARCO, que sostiene que las conductas de promover, favorecer o facilitar “consagran un delito de peligro abstracto, donde nos encontramos ante infracciones de consumación anticipada (...)”³²⁵. Dentro de la segunda vertiente (peligro abstracto-concreto) hallamos a autores como GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA que manifiestan que “la estructura típica resultante del tipo básico del art. 318 bis es una de peligro abstracto-concreto o de aptitud para la producción de un daño, como se ha dejado entrever en la exposición del bien jurídico protegido, de tal forma que para su aplicación es preciso la realización de una acción que lleve implícita la posibilidad de producir un determinado resultado”³²⁶. Y añaden que “al configurarse el tipo como un delito de peligro abstracto-concreto o de aptitud, se adelantan en estos supuestos las barreras de protección, produciéndose una consumación anticipada”³²⁷.

Más complicado resulta encontrar a autores cercanos al posicionamiento vinculado con el delito de lesión. No obstante, se incardina en este sector a LAURENZO CAPELLO que mantiene que, debido a su propuesta principal sobre el bien jurídico protegido por el precepto (integridad moral de las víctimas del tráfico), la figura del 318 bis se caracteriza por ser un delito de lesión. Además, se reafirma en ello con un ejemplo, al establecer que “aun cuando la

³²² SILVA CASTAÑO, María Luisa. *Estudio del artículo 318 bis...* cit., pág. 190.

³²³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Ley de Extranjería...* cit., págs. 3 y 4.

³²⁴ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Los delitos contra...* cit., págs. 390 y 391.

³²⁵ PALOMO DEL ARCO, Andrés. *Criminalidad organizada...* cit., pág. 180.

³²⁶ GARCÍA ESPAÑA, Elisa/RODRÍGUEZ CANDELA José Luis. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 11.

³²⁷ *Ibidem* pág. 12.

simple realización de actos de favorecimiento o promoción —por ejemplo, acondicionar las bodegas de un camión para ocultar inmigrantes o contactar con taxistas dispuestos a transportarlos dentro del territorio español— puedan suponer ya una cierta perturbación de los mecanismos de control estatal de los flujos migratorios, es evidente que sólo cuando estos actos vayan seguidos del efectivo movimiento de inmigrantes desde, en tránsito o con destino a España se habrá producido la lesión del bien jurídico que justifica en primera línea la existencia del delito: la integridad moral de las víctimas del tráfico”³²⁸. Adopta una posición híbrida, sin embargo, PÉREZ ALONSO, que distingue entre los conceptos de inmigración clandestina y el de tráfico ilegal (que lo equipara a la trata). De esta forma, “en el caso de la inmigración clandestina se trata de un delito de peligro abstracto para el interés estatal en la ordenación y control de los flujos migratorios (dado que una sola acción migratoria irregular no tiene “per se” capacidad para lesionar el bien jurídico); sin embargo, en el tráfico ilegal de personas estamos ante un delito de lesión de bienes jurídicos individuales (libertad, seguridad e integridad moral de los seres humanos)”³²⁹.

Si acudimos a la segunda de las clasificaciones -actividad o resultado- se observa cómo de forma mayoritaria la doctrina opta por el delito de mera actividad o de consumación anticipada, que supone el agotamiento del contenido con la realización de la conducta. Por consiguiente, la prestación de la ayuda sería suficiente para que se dé el tipo penal, con independencia de si se produce efectivamente la entrada, tránsito o permanencia. Así CANCIO MELIA/MARAVÉR GÓMEZ sostienen que nos encontramos ante “un delito de mera actividad y de consumación anticipada en el que no es necesario que llegue a producirse efectivamente la entrada o la residencia ilegal del inmigrante. Desde el momento en que se promueve, favorece o facilita el tráfico o la inmigración ilegal, el delito queda consumado”³³⁰. O ESCOBAR JIMÉNEZ, también proclive a este razonamiento, quien expresa que “el tipo delictivo estudiado es considerado como un delito de simple actividad, que se perfecciona con la realización de cualquiera de las posibles conductas de promoción, favorecimiento o facilitación al tráfico, así como un delito de consumación anticipada, en la medida en que el momento de la perfección del ilícito se adelanta al instante mismo de la iniciación del tráfico ilegal”³³¹.

4. Posturas tras la LO 1/2015, de 30 de marzo. Consumación y tentativa

Cabe interrogarse si tras la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se mantiene por la jurisprudencia y doctrina el planteamiento hasta ahora expuesto, habida cuenta de la sustitución de los tradicionales términos que integraban la conducta típica -promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina- por los de ayudar a entrar, transitar o permanecer en territorio español. A mayor abundamiento, la modificación de 2010,

³²⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia. *La protección penal de los derechos...* cit., págs. 79 y 80.

³²⁹ PÉREZ ALONSO, Esteban. *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 28.

³³⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉR GÓMEZ, Mario. *El Derecho Penal Español...* cit., pág. 53.

³³¹ ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Centro de Estudios Jurídicos, 2004, pág. 1563.

tal y como se ha reiterado en repetidas ocasiones, también supuso tipificar de forma separada la trata respecto al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, lo que también puede generar controversia conforme al planteamiento tratado. Asimismo, apostar por una u otra opción permitirá valorar las posibilidades de admisibilidad de la tentativa, lo que también será analizado conjuntamente en este epígrafe.

Mismamente, ESQUINAS VALVERDE, sigue defendiendo que nos hallamos ante un delito de mera actividad, al disponer que “la consumación del tipo básico tendrá lugar cuando se favorezca la efectiva entrada o el tránsito ilegal del extranjero por el territorio español, sin que sea preciso que la persona eluda satisfactoriamente los controles aduaneros o portuarios, consolide su permanencia en España, consiga ocultarse de las autoridades, etc.”³³². En la misma línea, YELA UCEDA, al declarar “que nos encontramos ante un delito de mera actividad, cuya conducta típica se agota en la ayuda a la entrada o tránsito a una persona no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea”³³³. E igualmente lo estipula así TEIJÓN ALCALÁ, al afirmar que “estamos ante un delito de mera actividad que se consume con la mera realización de los actos previstos, sin que sea necesario que se llegue a producir la entrada o estancia en territorio español”³³⁴. Sin embargo, otros autores sí apuestan por el delito de resultado. En dicho sentido se pronuncia SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, que considera que el mero favorecimiento de la entrada sin que se consume la misma no daría lugar al tipo al afirmar que “por la amplitud inherente a la descripción típica parece conveniente exigir para perfección del delito la efectiva entrada irregular. Excesiva amplitud que también tiene su efecto en el título de imputación de la responsabilidad, pues como autores, pueden responder todos los que ayuden, favorezcan faciliten la entrada o tránsito con independencia de la entidad de su efectiva contribución”³³⁵. En iguales términos lo enuncia MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que reconoce que la consumación del delito exige el desplazamiento de los sujetos pasivos, es decir, que se produzca efectivamente la entrada en España³³⁶ lo que supone hallarnos ante un “delito de resultado material que tras la reforma de 2015 se concreta en la “entrada” o el “tránsito”, resultado al que puede llegarse a través de las modalidades de acción más variadas”³³⁷. Igualmente, SANTANA VEGA es contundente a la hora de afirmar que “este delito se consume cuando se produce la entrada o tránsito en el territorio español”³³⁸ y se atreve también a juzgar sobre la tentativa, cuya admisión, según ésta, resulta controvertida³³⁹. Otros autores como PLASENCIA DOMÍNGUEZ también creen que es éste un delito de resultado, al menos en los supuestos de ayuda a la entrada o tránsito porque son posibles las formas imperfectas de

³³² ESQUINAS VALVERDE, Patricia. “Lección 23. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª edición. Marín Espinosa Ceballos (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 485.

³³³ YELA UCEDA, Mercedes. “Tráfico ilícito de migrantes del artículo 318 bis CP: nuevos retos y amenazas”. *Diario La Ley Penal*, nº 165, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2023, pág. 10.

³³⁴ TEIJÓN ALCALÁ, Marco. “Lección 21. Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros”. *Derecho Penal. Parte Especial*. Serrano Tárraga (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 748.

³³⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos...cit.* (2021), pág. 951.

³³⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Delitos contra los derechos...cit.*, pág. 608.

³³⁷ *Ibidem*, pág. 607.

³³⁸ SANTANA VEGA, Dulce. “Evolución normativa y cuestiones aplicativas de los tipos básicos de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis)” *Estudios penales en Homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Abel-Souto/Otros (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 1340.

³³⁹ *Ibidem*.

ejecución³⁴⁰, lo que propicia la inclusión de elementos de juicio para hacer una valoración sobre la posibilidad de admisión de la tentativa en estas conductas. De esta forma, para llegar a dicha conclusión, aboga porque la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, así lo prevé en su artículo 2 denominado “incitación, participación y tentativa” y que dispone que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar porque las sanciones del artículo 1 se impongan también a cualquier persona a) que sea instigadora de alguna de las infracciones mencionadas en las letras a) o b) del apartado 1 del artículo 1; b) sea cómplice de alguna de esas infracciones; c) intente cometer alguna de esas infracciones (...). Del tenor literal de este precepto, concretamente de su apartado c), se deduce claramente lo que ahora nos interesa, el mandato al legislador interno para que se sancionen las formas imperfectas de ejecución”³⁴¹. Con igual alcance, al respecto de la tentativa, emite su juicio IZAGUERRI GRACIA, que concibe que ésta es plausible cuando confluyan determinados requisitos (por ejemplo, la puesta en peligro de alguna forma del bien jurídico protegido, manifestación externa de los actos dirigidos a consumir la actividad delictiva, etc.) y que tras la reforma del año 2015 se deja abierta la viabilidad de tal coyuntura cuando los actos preparatorios sean relevantes³⁴². En la misma línea, QUERALT JIMÉNEZ, que estima que es totalmente factible, al encontrarnos ante un delito permanente que puede tener un desarrollo previo a la consumación³⁴³ o SÁNCHEZ LÓPEZ-TAPIA que estima que el delito no se consuma hasta que se produce la entrada por lo que, si el fraude se detecta en la frontera, habría tentativa³⁴⁴.

En otro orden de cosas y también relacionado con la naturaleza jurídica del artículo 318 bis, se puede afirmar con rotundidad que este precepto es una norma penal en blanco. Así, pueden definirse éstas, tal y como establece MORILLAS CUEVA, como normas penales incompletas, “que presentan sólo la consecuencia jurídica y remiten para el supuesto de hecho a otra fuente del derecho”³⁴⁵. Y precisamente esa otra fuente del derecho a la que es necesario acudir para la apreciación del supuesto de hecho, implica recurrir, bien a otra ley no penal, bien a una disposición con carácter inferior a la ley, lo que dará lugar a las normas penales en blanco impropias, en el primer caso, o propias, en el segundo de los supuestos³⁴⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también se ha pronunciado al respecto, de tal forma que las define como “aquellas que sólo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten”³⁴⁷.

Fue BINDING el primer autor que se interesó por la temática de las normas penales en blanco, de tal modo que a partir del mismo se desarrollan una serie de teorías que tratan de explicar su naturaleza y fundamento, dando pie a dos principales concepciones doctrinales: por un lado, la concepción amplia, que postula a su vez tres formas de perfección del tipo que son el complemento, es decir, que se haya comprendido en la misma ley penal; la remisión a una

³⁴⁰ PLASENCIA DOMÍNGUEZ, Natividad. “El delito de tráfico ilegal de inmigrantes tras la reforma operada por la LO 1/2015. Jornadas de especialistas en extranjería”. Centro de Estudios Jurídicos, Sevilla, 2018, pág. 11.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² IZAGUERRI GRACIA, María del Pilar. *Delito contra los derechos...* cit., págs. 10 y 11.

³⁴³ QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español...* cit., pág. 925.

³⁴⁴ SÁNCHEZ LÓPEZ-TAPIA, M^a Ángeles. *Algunas reflexiones sobre el bien jurídico protegido...* cit., pág. 16.

³⁴⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho...* cit., pág. 57.

³⁴⁶ En esa línea, *ibidem*, pág. 58

³⁴⁷ STS 849/1995, de 7 de julio.

ley distinta con el mismo rango legislativo; o la remisión a una disposición con rango inferior a la ley. Por otro lado, la concepción restrictiva, que aboga porque sólo han de ser estimadas como normas penales en blanco aquéllas en las que, además de no concretarse el supuesto de hecho, la remisión para ser completadas se hace a normas de rango inferior a la ley.

Por lo que concierne a los requisitos, el Tribunal Constitucional ha interpretado aquellas exigencias que han de confluír para que pueda recurrirse a otra norma distinta con la que completar tal norma. En tales términos, previene este órgano que “las leyes penales en blanco son normas penales incompletas en las que la conducta o consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”³⁴⁸.

El artículo 318 bis CP se refiere de forma literal en su apartado primero y segundo, reguladores de las dos conductas típicas que integran el tipo básico, a la “vulneración de la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”. En particular, la legislación que recoge las condiciones de entrada y salida del territorio español, se halla incardinada en los artículos 25 y siguientes de la Ley de Extranjería por lo que, de conformidad con todo lo antedicho, se puede atestiguar que el artículo 318 bis es una norma penal en blanco impropia, puesto que la Ley de Extranjería, a la cual remite el precepto es una Ley Orgánica -LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social- y, por consiguiente, del mismo rango legislativo que el propio Código Penal, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre.

Finalmente, cabe concluir matizando el carácter no excepcional de las normas penales en blanco, habida cuenta de la gran proliferación de éstas en la legislación penal. Así, el artículo 318 bis es uno de los múltiples ejemplos de normas penales en blanco que se acogen en el Código Penal³⁴⁹. Cierto que, en la estructura actual, su utilización, como sucede en el señalado artículo 318 bis, sea conveniente, dada la variedad y extensión de la regulación de determinadas materias en el contexto del total Ordenamiento jurídico, pero también lo es la exigencia de respeto en su regulación y alcance a los principios, en este caso, los de legalidad, seguridad jurídica o división de poderes, que señalan y limitan al Derecho penal moderno, ante actitudes incontroladas y excesivamente expansiva. Como señala MORILLAS CUEVA, es imprescindible un adecuado equilibrio “entre la realidad de las normas penales en blanco y la vigencia de los principios aludidos”³⁵⁰, como ocurre, por cierto, en el caso que nos ocupa.

³⁴⁸ STC 127/1990, de 5 de julio.

³⁴⁹ Para profundizar en esos ejemplos, véase MORILLAS CUEVA. Lorenzo. *Sistema de Derecho...* cit. págs. 58 y ss.

³⁵⁰ *Ibidem*, pág. 61.

CAPÍTULO QUINTO
TIPOS BÁSICOS DEL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS
EXTRANJEROS Y TIPOS ATENUADOS.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Introducción

No entra dentro de la normalidad penal que las dos modalidades que integran el tipo básico de un delito se diferencien por una circunstancia que en el tipo agravado funciona como cualificación. Pues bien, esto ocurre en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en la que el ánimo de lucro se constituye como elemento del tipo en la modalidad de ayuda a la permanencia, pero no forma parte de la modalidad de la ayuda a la entrada o tránsito. Algo inédito en el Derecho Penal es que en la propia configuración del tipo básico ya se vislumbren dos anomalías: la primera, que la circunstancia que en una de las dos conductas del tipo básico opera como agravante, se erija en elemento constitutivo de la otra conducta del tipo básico; la segunda, derivada de la anterior, que en la concreción de esta situación, una de las dos modalidades requiera del ánimo de lucro, a sensu contrario de la otra modalidad, que no lo exige.

Las consecuencias derivadas de la situación expuesta no son triviales porque se plantean diversos interrogantes al respecto. ¿Qué papel juega el ánimo de lucro como circunstancia agravante cuando en una de las dos conductas típicas es elemento del tipo? ¿Qué aplicación práctica tiene la modalidad básica en la que no se exige el ánimo de lucro? ¿Por qué motivo se exige un plus de antijuricidad en una y no en todas las conductas que integran el tipo?

A todo lo anterior hay que sumarle la previsión de una cláusula despenalizadora de la conducta cuando existan motivos humanitarios, con la amplitud inherente que el término “humanitario” pueda tener, lo que puede conllevar a la inaplicación práctica del tipo. Y si, a mayor abundamiento, se incluye un tipo atenuado en que se deja al arbitrio del juzgador la facultad de la rebaja de la pena, con expresiones vagas, imprecisas y, por ende, subjetivas, nos hallamos ante una regulación perversa cuya utilidad real se desconoce.

Todo lo reseñado pone de manifiesto la mala praxis del legislador en la incriminación del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En ese afán desmedido de hacer uso del Derecho Penal para situaciones que no lo requieren. En esa vulneración del principio de intervención mínima o última ratio. En una trasposición errática de la normativa europea sin reflexionar sobre los objetivos perseguidos. En la transgresión del principio *non bis in idem* por la superposición con el Derecho Administrativo. En la mala denominación del precepto. En la falta de determinación, hasta 2010, del bien jurídico protegido. En definitiva, y desde mi punto de vista, se trata de una normativa fracasada en cuanto a la finalidad para la que se crea y que, sin tener en cuenta las reformas previas, va camino de llegar a los diez años de vigencia, de una mejorable vigencia.

Como se manifestará en las conclusiones de esta tesis y, en mi opinión, se puede prescindir del tipo básico y se puede evitar el tipo atenuado. El Derecho Penal no está para caprichos u antojos legislativos en la regulación de un tema tan serio como el tráfico de personas. Si no es susceptible de castigo penal el inmigrante, no puede ser castigado quien colabora con ese inmigrante cuando, precisamente, no hay otra intención que la de prestarle su

ayuda o colaboración. Y aunque pueda parecer sorprendente, a día de la fecha, se castiga penalmente a quien coopera con ese inmigrante.

No se puede tolerar que una disciplina tan seria como el Derecho Penal se emplee para estos menesteres. Porque incriminar a quien ayuda al inmigrante en facilitar su entrada, tránsito o permanencia sin ningún tipo de contraprestación, supone rebajar el Derecho Penal a cotas indescriptibles.

Esta inicial exposición sobre el tipo básico del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros que, seguidamente, será ampliada, pretende poner sobre la mesa la mala praxis del legislador en su regulación. Y es que, a medida que pasan los capítulos, se puede ir ratificando de forma progresiva el desatino en casi la totalidad de la incriminación de este delito.

Después de haber empleado el Capítulo IV de esta tesis a la determinación doctrinal y jurisprudencial, tanto de la naturaleza jurídica como del bien jurídico cuya protección se pretende, procede continuar con el examen de las conductas configuradoras del tipo básico, definidas en los apartados primero y segundo, así como con el estudio del tipo atenuado, inserto en el apartado sexto. Igualmente, para la cláusula de ayuda humanitaria despenalizadora de la conducta, que se incluye en el apartado primero párrafo segundo, se reservará uno de los epígrafes. Todo ello abre la puerta a la tercera y última parte de este trabajo, dedicado de manera especial, a la nueva estructura sistémica de los tipos cualificados, por un lado, y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por otro.

Como ya se ha adelantado, son dos las conductas típicas que integran el artículo 318 bis CP: la ayuda a la entrada y tránsito del extranjero en España, que configura la primera modalidad y la ayuda a la permanencia que conforma la segunda. Con relación a ambas se examinarán las situaciones que dan lugar a esa ayuda, así como lo que doctrinal y jurisprudencialmente se entiende por ésta y cada uno de los elementos que integran el tipo, tales como el sujeto activo y pasivo -no ser nacional de un Estado miembro-, el elemento subjetivo, la penalidad, la importancia que supone la vulneración de la normativa administrativa como elemento constitutivo del tipo, la cabida o no de las formas imperfectas de comisión y los problemas concursales que plantea el delito.

Por otro lado, y al respecto de la cláusula de ayuda humanitaria, que supone despenalizar la conducta en casos en que concurre esa motivación, nos detendremos en examinar los requisitos que requiere. La calificación de dicha cláusula como excusa absolutoria o causa de justificación ha generado una importante discusión doctrinal y jurisprudencial, con el resultado que posteriormente será expuesto. Igualmente, y al respecto del tipo atenuado, resultará concluyente analizar las posibilidades reales de aplicación por dos motivos: primero, por su carácter facultativo; segundo, por su carácter subjetivo. Finalmente, para cerrar este quinto capítulo nos centraremos en el tipo que hemos denominado de ficticia atenuación. Es ésta una denominación particular creada *ad hoc* para incidir en el ánimo de lucro en su afectación a la conducta de ayuda a la permanencia. Porque, al fin y al cabo, si la penalidad del tipo que no exige ese ánimo de lucro es la misma que la del tipo que sí lo requiere, podemos confirmar que, el primero, es un tipo ficticiamente atenuado.

2. Cuestiones sistemáticas

Antes de entrar en profundidad en el estudio del precepto, es necesario, primeramente, explicar la configuración del artículo 318 bis en su última redacción, dada como sabemos, por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y que hasta el día de la fecha ha permanecido inamovible. De esta forma, como ya hemos apuntado en múltiples ocasiones a lo largo de esta tesis, el artículo 318 bis se incardina en el título XV bis y se constituye en el único precepto acogido por el mismo.

Consta de una totalidad de seis números, alterados hasta en cuatro ocasiones por las reformas ya indicadas, hasta llegar a la redacción vigente. El apartado primero y segundo incluyen las dos modalidades que constituyen el tipo básico del delito, como son la ayuda a la entrada y tránsito en el párrafo primero y la ayuda a la permanencia con ánimo de lucro en el párrafo segundo. En concreto, se sanciona en el número uno al “que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”, mientras que el número dos castiga “al que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros”. La pena para ambas modalidades es la misma, extendiéndose desde los tres meses a un año de prisión, o bien con multa de tres a doce meses. Ambas sanciones -prisión y multa- no son simultáneas sino alternativas, por lo que queda en manos del juzgador determinar cuál de ellas es la aplicable.

Continuando con el análisis sistémico que nos ocupa, merece la pena detenerse en los dos párrafos a mayores que integran el apartado uno. De este modo, en el primero de ellos, se integra la llamada cláusula de ayuda humanitaria, que conlleva la despenalización de la conducta; el segundo, alberga el ánimo de lucro como circunstancia de cualificación, dando lugar al tipo agravado de este delito. En este punto hay que volver a incidir en la ubicación de ambos (cláusula de ayuda humanitaria y tipo agravado) puesto que, como hemos dicho, se estipulan dentro del párrafo primero que, como ya se ha indicado, acoge una de las dos modalidades que conforman el tipo básico. En definitiva, esto significa que la cláusula de ayuda humanitaria despenaliza la conducta sólo en el supuesto de ayuda a la entrada o tránsito, no así en el caso de la ayuda a la permanencia. Lo mismo puede atribuirse al tipo agravado, refiriéndose exclusivamente a la ayuda a la entrada o tránsito, no a la ayuda a la permanencia.

Cabe preguntarse la intencionalidad del legislador con esta estructuración del tipo, rechazando la despenalización de la ayuda a la permanencia cuando hay intenciones humanitarias o su agravación cuando exista ánimo de lucro. La respuesta podría estar en la propia literalidad del tipo básico en tal modalidad. Y es que, de la dicción del texto, se desprende, definitivamente, que no se hizo uso de una técnica deficiente por parte del legislador en la configuración del 318 bis, sino que realmente pretendía definirlo tal y como figura en el Código Penal. La razón radica en que la conducta de ayuda a la permanencia exige en el tipo básico el ánimo de lucro. Por ende, si esta especial circunstancia se erige en elemento constitutivo del tipo, difícilmente una persona que actúe con fines lucrativos puede tener

motivaciones humanitarias a la hora de prestar ese favor. La misma argumentación se puede esgrimir con respecto a la agravación en esta modalidad de la ayuda a la permanencia, ya que una misma circunstancia -ánimo de lucro-, como ya he adelantado, no puede funcionar a la vez como agravación y elemento constitutivo del tipo básico, habida cuenta de que estaríamos ante una redundancia. Ahondando en lo apuntado, se insistirá en el ánimo de lucro en su doble vertiente con el último epígrafe de este capítulo, para poder distinguir los diferentes supuestos en los que toma partido y que llevará a la incriminación en su versión agravada en la primera conducta -ayuda a la entrada o tránsito- o en su versión básica -ayuda a la permanencia- de la segunda. No son triviales las consecuencias de esta incriminación separada en la que la ayuda a la permanencia ilegal del extranjero se desvincula de la colaboración en su entrada o circulación ilegal. Y es que, como apuntan algunos autores, la forma en que está estructurada la ayuda a la permanencia podría derivar en la incriminación del inmigrante y no de la inmigración ilegal. En tal sentido se pronuncia POMARES CINTAS al señalar que “este criterio de política criminal en torno a la lucha contra la inmigración ilegal desnaturaliza la base conceptual del tráfico ilegal de migrantes: el esencial carácter transfronterizo de la operación migratoria en la que se interviene, una connotación que ya ha sido subrayada en la Exposición de Motivos de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI, el artículo 4 del Protocolo de Naciones Unidas de 2000 y en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010. En consecuencia, la incriminación independiente de la ayuda o favorecimiento de la situación de permanencia ilegal del extranjero equivaldrá al castigo del mero favorecimiento del inmigrante, y no de la inmigración ilegal, con lo que se estaría coartando la libertad de obrar de los ciudadanos hasta límites insoportables para un Estado social y democrático de Derecho”³⁵¹.

Finalmente, en el apartado sexto, se recoge el tipo atenuado, también objeto de este capítulo y que faculta a los tribunales para moderar la pena en atención a la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste. En concreto, la posibilidad de reducción es hasta un grado sobre la pena principal. Las dificultades interpretativas que genera este párrafo sexto, así como la discrecionalidad en la apreciación de las exigencias requeridas por el precepto, han sido fuertemente reprochadas por la doctrina, dada la inseguridad generada a la hora de emplear o no esta oportunidad de atenuación, lo que será estudiado con posterioridad.

II. AYUDA A LA ENTRADA, TRÁNSITO O PERMANENCIA

1. Conducta típica

1.1 *Ayuda a la entrada o tránsito*

³⁵¹ POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...cit.*, pág. 17.

Se prevé esta primera variable del tipo básico en el apartado primero del artículo 318 bis³⁵². Efectuando un estudio riguroso de éste, puede concluirse que, se erige en la primera de las conductas típicas del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros -o lo que es lo mismo, la primera modalidad- el “ayudar a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo” siempre que se cumplan el resto de las condiciones que seguidamente serán analizadas. El legislador aprovechó la reforma de 2015, como ya se expuso en Capítulo III, para cambiar los vocablos incluidos en el precepto de forma inicial, esto es “promover, favorecer o facilitar”³⁵³, así como para suprimir las expresiones “tráfico ilegal e inmigración clandestina”. Respecto a los primeros, había sido vehemente la crítica de la doctrina por entender que incorporaba un concepto extensivo de autor³⁵⁴. En cuanto a los segundos, se pone fin a las divergencias existentes sobre si se trataba o no de términos equivalentes.

Esta primera conducta típica es una réplica de la adoptada por el artículo 1.1 a) de la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002. Las razones por las que el legislador esperó a la modificación de 2015 para dar entrada a la dicción literal de la mencionada disposición europea se desconocen. Téngase en cuenta que son hasta cuatro las reformas que han operado en el artículo de referencia desde su redacción inicial allá por el año 2000. Sin embargo, no es hasta quince años después cuando se acuerda la permuta de las locuciones utilizadas. Quizá, la inclusión del artículo 177 bis que acoge la trata, las exigencias europeas para una diferenciación nítida entre ambos términos, así como la reprobación airada de la doctrina en relación con la deficiente técnica legislativa empleada con el originario 318 bis, tuvieron que ver en la transformación del precepto en el año 2015.

Al incluir en la composición del artículo la palabra “ayuda”, ya sea a la entrada en territorio español, ya sea al tránsito por el mismo, el legislador incrimina conductas de participación elevadas a la categoría de delito autónomo³⁵⁵. De todos es conocido que en

³⁵² Establece este primer apartado que “el que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

³⁵³ La STS 659/2016, de 19 de julio, al respecto de la modificación de los términos establece que “la utilización del término ayuda sitúa la cuestión en términos similares a los derivados de la redacción anterior, pues cabe en su significado una amplísima variedad de conductas, que sólo requieren para ser valoradas como ayuda, que supongan una aportación de algo que facilite lo que pretende la persona a quien se presta. Quedarían, pues, excluidas de la autoría solamente aquellas aportaciones de claro segundo nivel (...)”. En definitiva, la posición inicial del Alto Tribunal tras la reforma operada por la LO 1/2015, es la de equiparación de los vocablos anteriores a la modificación -promover, favorecer o facilitar- con el término “ayuda”. Igualmente, fiscales como PLASENCIA DOMÍNGUEZ también sostienen que los términos “promover, favorecer o facilitar” son sinónimos desde el punto de vista semántico del vocablo “ayuda” y, por tanto, lo que se sanciona con la nueva definición son “actos de promoción, favorecimiento o facilitación de cierta intensidad o significación”. PLASENCIA DOMÍNGUEZ, Natividad. *El delito de tráfico ilegal...* cit., pág. 13.

³⁵⁴ En tal sentido se pronuncia MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 608.

³⁵⁵ En la línea del texto, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delito contra los derechos...* cit., pág. 757.

Además, manifiesta la autora que “supone la incriminación específica de una conducta de participación del traficante en la conducta principal del inmigrante, que es a quien el precepto atribuye el dominio del hecho de la conducta, en el sentido de ser el migrante quien entra o transita ilegalmente por el territorio del Estado español. Dado que la entrada o el tránsito ilegal por el territorio del Estado español mismos no constituyen una conducta ni penal ni administrativamente sancionadas en nuestro Estado, la única forma de sancionar las formas de participación en una conducta atípica y de romper, por tanto, con el límite negativo de la accesoriedad, es a través de la incriminación específica de la forma de participación misma, como aquí se hace. Nos hallamos pues ante un supuesto de participación elevado a la categoría de delito autónomo”.

Derecho Penal son tres las formas de participación admitidas, a saber, la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad, por lo que cabría preguntarse, cuáles de ellas son las perseguidas con esta modalidad delictiva. En tales términos, parecen existir dos clases de posibilidades interpretativas: la primera, aquélla que estima que el tipo acoge las conductas que constituyen cooperación necesaria, pero no las conductas no necesarias, que, por tanto, se castigarían como complicidad³⁵⁶; la segunda, la que supone que, al no determinar el legislador la entidad o suficiencia de la ayuda, se incluiría también en el tipo la ayuda no necesaria y, por consiguiente, también la complicidad³⁵⁷. En cuanto a la valoración jurisprudencial, el Tribunal Supremo sostiene que con la nueva redacción del precepto -a diferencia de lo que ocurría previamente por la amplitud de los términos “promover, favorecer o facilitar” que prácticamente suprimía la posibilidad de conductas constitutivas de complicidad-, quedarían excluidas de la autoría las aportaciones de claro segundo nivel. Y es que la redacción actual del tipo, al incluir el vocablo “ayuda”, implica que quepan una amplísima variedad de conductas que para ser consideradas como tales sólo exigen que aporte algo que facilite lo que pretende la persona a quien se presta³⁵⁸. Dentro de la jurisprudencia menor, se advierten resoluciones en igual sentido de apreciar conductas de complicidad diferenciadas de la autoría, como por ejemplo, la SAP Cádiz 103/2020, de 22 de diciembre, que reconoce a uno de los implicados en el hecho delictivo como cómplice, de conformidad con los artículos 28 y 29 CP, en tanto que habría realizado actos de colaboración con el autor no posteriores a la comisión de la infracción que no pueden considerarse de necesarios³⁵⁹. Asimismo, tal amplitud de la conducta conllevaría, además, el rechazo de los actos preparatorios (conspiración, provocación o conspiración para delinquir), al menos desde un plano conceptual, habida cuenta de que en el plano normativo el legislador no los incluye, acertadamente, en el Título en estudio. Y es que, tal y como alega SANTANA VEGA “la conducta típica se inicia desde que se superan los primeros contactos o trabajos preparatorios para hacer la entrada o el tránsito, aunque la operación se aborte durante su ejecución, siendo igualmente necesario la existencia de un mínimo de antijuricidad material”³⁶⁰. O lo que es lo mismo, esos “actos preparatorios” quedarían ya subsumidos en la conducta típica, descartándose su concurrencia de forma autónoma.

Otro problema que se plantea es la determinación del concepto de ayuda, así como las características básicas que la configuran. En lo que concierne a la definición, el vocablo “ayudar” es precisado por la RAE como “prestar cooperación”, “auxiliar, socorrer”, “hacer un

³⁵⁶ En esta línea, SANTANA VEGA, que establece que “en cuanto al tipo de participación que se incrimina, la conducta típica se describe mediante el verbo “ayudar” a entrar o transitar, por lo que cabría en principio que ganasen relevancia típica tanto actos de cooperación necesaria como supuestos de complicidad (...). Conductas de escasa relevancia objetiva, aunque en todo caso deben ser útiles, cabría que integraran el tipo del delito”.

Además, se atestigua cómo los autores que sostienen esta teoría interpretativa se fundamentan en dos argumentos: el primero, que la parte especial del Código Penal no puede derogar las reglas de autoría y participación recogidas en la parte general, en concreto, en el Título II, del Libro I; en segundo, que los verbos “promover, favorecer o facilitar” que se suprimen parecían instaurar un concepto unitario de autor. SANTANA VEGA, Dulce. “Título XV Bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 Y 4/2023*, 2ª edición. Corcoy Bidasolo-Mir Puig (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 1470. También, SANTANA VEGA, Dulce. *Evolución normativa y cuestiones aplicativas...cit.*, pág. 1338.

³⁵⁷ En el mismo sentido, SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...cit.*, pág. 1470 y SANTANA VEGA, Dulce. *Evolución normativa y cuestiones aplicativas...cit.*, pág. 1338.

³⁵⁸ En dichos términos, la STS 659/2016, de 19 de julio.

³⁵⁹ SAP Cádiz, 103/2020, de 22 de diciembre.

³⁶⁰ SANTANA VEGA, Dulce. *Evolución normativa y cuestiones aplicativas ... cit.*, pág. 1339 y 1340.

esfuerzo, poner los medios para el logro de algo” o “valerse de la cooperación o ayuda de alguien”. O lo que es lo mismo, coadyuvar o contribuir de manera apta a esa entrada o tránsito del extranjero. En lo relativo a las características, se requerirá de la confluencia de tres exigencias: la idoneidad, el desinterés y el consentimiento. Idoneidad, tal y como manifiesta POMARES CINTAS, porque “ya no basta que la operación migratoria en la que se colabore, así, la entrada en territorio español sea “clandestina” u oculta, no basta que el extranjero al que se ayuda no reúna los requisitos administrativos necesarios para entrar, sino que ahora se exige expresamente la idoneidad del comportamiento colaborador para posibilitar que el extranjero “vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros (...)”³⁶¹. Igualmente, se exige una cooperación desinteresada, es decir, sin buscar una contraprestación a cambio o, como estipula SANTANA VEGA, “sin interés por obtener provecho personal de una persona o cosa de naturaleza material”³⁶². En definitiva, sin ánimo de lucro, puesto que en caso de concurrencia de éste nos encontraríamos ante el tipo agravado del apartado 1º, párrafo 3º, que con posterioridad será analizado. Y, finalmente, se precisa de la concurrencia del consentimiento del individuo que entra o transita, al aceptar éste libremente la conducta de ayuda que recae sobre él, por lo que la violencia, engaño, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, etc. quedan fuera de la conducta típica³⁶³.

Por último, es necesario concretizar las conductas en que se puede materializar esa “ayuda”, cuestión ésta que resulta extremadamente difícil, habida cuenta de la ingente infinidad de actos que el verbo “ayudar” puede abarcar. No obstante, los comportamientos estudiados por la doctrina y jurisprudencia incluyen actos como el transporte, alojamiento o el préstamo de dinero, los que a fin de cuentas, integrarían el tipo del 318 bis³⁶⁴. Igualmente, tampoco hay que olvidar reseñar el carácter que debe revestir la entrada, pudiendo ser ésta tanto subrepticia o clandestina, esto es, fuera de los puestos habilitados al efecto, como fraudulenta, es decir, a través de esos puestos de forma engañosa, utilizando, por ejemplo, un documento o pasaporte falso³⁶⁵. Dentro de esta última, entrada fraudulenta, son características las entradas formales en

³⁶¹ POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...* cit., pág. 15.

³⁶² SANTANA VEGA, Dulce. *Evolución normativa y cuestiones aplicativas ...* cit., pág. 1338.

³⁶³ La STS 512/2016, de 10 de junio, así lo establece al disponer que “(...) es consustancial al nuevo contenido del art 318 bis, contar con el consentimiento de quien es así introducido en nuestro territorio (...)”.

³⁶⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos...* cit. (2021), pág. 958. Establece el autor que “Por ayudar puede entenderse cualquier conducta que favorezca o coadyuve a la entrada o al tránsito en territorio español, abarcando conductas de muy diversa significación (desde financiar el traslado, realizar el transporte de personas, facilitarles dinero, alimentos, o simplemente colaborar con la conducción de vehículos, etc.)”. También ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 483, dispone que se produce “trasladando al extranjero de un lugar a otro o dándole un vehículo; facilitándole un billete de avión, reserva en un hotel y dinero; conduciéndole al desembarco en una playa; ayudándole a sortear los controles policiales en puestos habilitados, fronteras, puertos o aeropuertos; procurándole un pasaporte o visado ilegal, o un contrato de trabajo falso, etc.”. Por otro lado, la STS 659/2016, de 19 de julio, excluye solamente del concepto de ayuda las aportaciones de segundo nivel, tales como encargarse de recibir o enviar dinero.

³⁶⁵ En tal sentido, TEIJÓN ALCALÁ, Marco. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 747. En iguales términos, la STS 422/2020, de 23 de julio, que dispone que “no existen razones materiales para negar la punición cuando la entrada se produce con una falsa apariencia de legalidad, pues debe acudir a un concepto amplio de ilegalidad acorde con la normativa europea sobre la materia, concepto que no ha de limitarse por tanto al carácter oculto o subrepticio de la entrada ni a la utilización de documentación falsificada.

frontera como aparente turista, la entrada simulando que existe una relación laboral y la entrada con simulación de vínculo familiar (matrimonial, pareja de hecho, filiación, etc.)³⁶⁶.

En lo que concierne a la “ayuda al tránsito” cabe hacer la siguiente puntualización. Y es que dicho tránsito debe tener por objeto el dirigirse a otro Estado miembro de la Unión Europea, en los casos en los que el extranjero no desee quedarse en nuestro país, previa entrada ya irregular en España. Meridianamente claro en este aspecto es SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS que considera que “ayudar al tránsito se refiere claramente el favorecer la estancia del extranjero en territorio español para salir del mismo. La salida de extranjeros según el art. 23 de la LO 4/2000, de 11 de enero, se podrá realizar libremente salvo limitaciones expresas de la citada ley o del Código Penal, por lo que sólo será relevante cuando, como queda dicho, la entrada temporal en España sea irregular, siendo la irregularidad de la entrada lo que viciaría las posibilidades de salida, pudiendo afectar además de a los intereses españoles, los de la Unión Europea o de terceros Estados”³⁶⁷. Por consiguiente y, a sensu contrario, la ayuda al tránsito para salir de España cuando la entrada previa es regular, no se halla comprendida dentro del tipo y, por ende, resulta impune. En consonancia con lo argumentado, autores como GARCÍA ÁLVAREZ, precisan que se podría haber evitado tipificar la ayuda al tránsito por dos razones: la primera, por el propio carácter transnacional del tráfico de inmigrantes que implica el hecho de cruzar las fronteras nacionales; la segunda, porque la infracción administrativa recogida en el artículo 54.2 b) LOEX³⁶⁸ restringe las exigencias del transporte “hacia” el territorio español y a los “encargados” de tal transporte, por lo que carecería de lógica castigar penalmente conductas de menor entidad³⁶⁹.

Finalmente, es necesario valorar qué ocurre con aquellas conductas de colaboración con el inmigrante, una vez que ya se ha producido la entrada ilegal, es decir, determinar si las conductas subsiguientes a la entrada se hallan o no incardinadas dentro de la modalidad de ayuda al tránsito cuando no existe la intención del extranjero de desplazarse a otro país. De esta forma, doctrinalmente y de forma principal se cree que éstas se hallan englobadas en el tipo. Así lo estima SANTANA VEGA, que manifiesta que dichas conductas “como ir a recoger a los puertos, aeropuertos o a pie de patera o cayucos, una vez que llegan los inmigrantes al territorio español, para transportarlos y/u ocultarlos y/o alojarlos se consideran abarcadas por el artículo 318 bis en su modalidad de tránsito o permanencia ilegal, sin que ahora, a diferencia de la redacción anterior, tenga que haber una conexión con la entrada ilegal en España, pues se configuran como conductas alternativas o independientes, cuyo denominador común es la

³⁶⁶ En esta línea, LAFONT NICUESA, Luis. “El delito de inmigración ilegal tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo”. Curso de especialización en extranjería. Centro de Estudios Jurídicos, 2021, págs. 13 y 14.

³⁶⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos...*cit. (2021), pág. 959. En sentido parcialmente contrario, SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...*cit., pág. 1470 mantiene que el transitar “implica desplazarse de un sitio a otro dentro del territorio español”, sin citar el objetivo de salir de dicho territorio.

³⁶⁸ Semejante precepto de la Ley de Extranjería acoge como infracción muy grave el que “en los transportes de extranjeros, por vía aérea, marítima o terrestre, no se compruebe la vigencia y validez de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, así como, en su caso, el visado”.

³⁶⁹ En tal sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. “El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretativa”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 25, 2023, pág. 5. Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-16.pdf> (fecha de consulta: 26 de febrero de 2024).

ilegalidad de la entrada o tránsito y siempre que no concurra la ayuda humanitaria del número 1 párrafo 2º y el sujeto activo tuviera conocimiento de ellas”³⁷⁰.

1.2. Ayuda a la permanencia

Se recoge esta segunda modalidad del tipo básico en el apartado segundo del artículo 318 bis³⁷¹.

La incriminación de la conducta de “ayuda a la permanencia” es consecuencia directa de la trasposición literal del artículo 1.1 b) de la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, al igual que ocurría con el apartado 1.1. a), constitutivo de la primera de las conductas típicas del delito del artículo 318 bis.

La clave de esta segunda variable que integra este delito está en la necesidad de existencia de ánimo de lucro, a diferencia de lo que ocurre con la primera conducta típica de “ayuda a la entrada o tránsito”, que no lo exige. De esta forma, no es punible la ayuda a permanecer en España cuando no exista esa intención de obtener ganancia o beneficio alguno con la colaboración prestada. También hay que incidir en este aspecto, como ya se ha hecho a lo largo de este trabajo, en que en la conducta típica relacionada, el ánimo de lucro se constituye como elemento integrante del tipo, a diferencia de lo que ocurre en el párrafo tercero del apartado primero, en que el ánimo de lucro se convierte en elemento contingente para dar lugar al primero de los tipos agravados que integran el 318 bis³⁷². En relación con este ánimo de lucro, resulta inevitable especificar, tal y como manifiesta QUERALT JIMÉNEZ que tiene que “suponer un enriquecimiento por parte del sujeto activo; por tanto, si lo que se percibe es dinero o trabajo para compensar el coste de la ayuda, no estamos ante ánimo de lucro y, por tanto, sigue en vigor el tipo básico”³⁷³. Es decir, es necesario probar ese enriquecimiento de quien coopera con el inmigrante para permanecer en España, puesto que la mera compensación por la ayuda prestada no conformaría el ánimo de lucro exigido por el apartado segundo.

Por lo que se refiere a las acciones concretas de “ayuda a la permanencia” que configuran el tipo, pueden ser incluidas aquéllas que impliquen una colaboración que atente contra la Ley de Extranjería, es decir, que conlleve la vulneración de la legislación sobre estancia y residencia de extranjeros en España³⁷⁴. De este modo, tales contingencias se

³⁷⁰ SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...cit.*, pág. 1470.

³⁷¹ Establece de forma literal este artículo que “el que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

³⁷² En la línea del texto, Sáinz-Cantero Caparrós, cuando manifiesta que “este delito de favorecimiento de la permanencia exige en todo caso la presencia de “ánimo de lucro”, elemento subjetivo, que en el caso de la conducta prevista en el número 1 determina una agravación de la responsabilidad. En el caso del número 2, la ausencia de ánimo de lucro determinaría la atipicidad del comportamiento. Pero su presencia, en todo caso, pareciera exigir una mayor reprochabilidad que no se ha tomado en consideración a priori al fijar la tipicidad”. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos... cit.* (2021), pág. 961.

³⁷³ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español...cit.*, págs. 925 y 926.

³⁷⁴ La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Capítulo II, se ocupa de regular las dos situaciones en los que el extranjero puede hallarse de forma legal en

materializarán en dos específicas situaciones: la primera, cuando se ayuda a permanecer al que ha entrado en España de forma ilegal y no tiene intención de salir de nuestro país, es decir, no se encuentra “en tránsito” por España; la segunda, los casos de ayuda a la permanencia de personas que, habiendo entrado de forma legal, su situación deviene en irregular por la pérdida de las exigencias necesarias para la regularidad de la residencia o estancia³⁷⁵. Por ejemplo, el caso de personas con permiso de estancia o residencia caducado, permisos emitidos para una finalidad distinta de la finalmente empleada o respecto a personas a las que nunca les fue expedido tal permiso³⁷⁶. Y es como explicita la citada VILLACAMPA ESTIARTE, “en definitiva, nuevamente debemos acudir a la ley de extranjería para conocer las condiciones de residencia legal y extraer, a sensu contrario, sus incumplimientos”³⁷⁷.

La jurisprudencia y la doctrina también han reprobado la inclusión de esta modalidad típica, por la desnaturalización que se genera del concepto de tráfico de inmigrantes. La razón reside en el elemento básico en que se asienta tal concepto, que es el carácter transfronterizo, es decir, el cruce de fronteras característico de la inmigración. Si lo que se castiga es la ayuda a la permanencia en España del inmigrante, se pierde ese elemento, por lo que con este tipo pretende incriminarse el favorecimiento del inmigrante y no el favorecimiento de la inmigración ilegal³⁷⁸. Aun así, resultaba más evidente ese “favorecimiento del inmigrante” con los anteriores verbos “promover, favorecer o facilitar”, tal y como se observa con las STS 1397/2003, de 16 de octubre³⁷⁹; STS 284/2006, de 6 de marzo³⁸⁰ o la STS 6 de abril de 2017. Y, a mayores, hay

España, bajo las formas de estancia y residencia. En este sentido, en los artículos 30 y 30 bis se regulan de forma genérica las condiciones de la estancia y la residencia, mientras que en los artículos 31 a 35, se acogen las especificidades de cada una de ellas, como son la residencia temporal, la residencia temporal y de trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, la residencia de larga duración, el régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, la residencia de apátridas, indocumentados y refugiados así como los menores no acompañados.

³⁷⁵ En el sentido indicado, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos ... cit.* (2021), págs. 961 y 962.

³⁷⁶ En esa línea, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delitos contra los derechos...cit.*, págs. 762 y 763.

³⁷⁷ *Ibidem*, pág. 763.

³⁷⁸ Muy crítica con la introducción de este apartado es POMARES CINTAS, quien llega a afirmar que con este tipo penal “se estaría coartando la libertad de obrar de los ciudadanos hasta límites insoportables para un Estado social y democrático de Derecho”. POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...cit.*, pág. 17.

³⁷⁹ Establece de forma literal la sentencia mencionada que “si, como aquí ocurrió, la actuación del acusado se produce cuando ya están los inmigrantes dentro del territorio nacional, incluso habían realizado ya dentro de la provincia de Cádiz, algún trayecto desde el lugar del desembarco hasta la ciudad de Tarifa, cuando no consta probada relación alguna anterior a dicho desembarco que pudiera acreditar algún convenio entre Mariano y tales inmigrantes (o los organizadores del viaje), es decir, cuando no aparece en los hechos probados dato alguno que permita hablar de promoción o favorecimiento de esa inmigración clandestina por parte de Mariano, no cabe condenar a éste por el delito del art. 313”, y añade que “inmigrar, según nuestro diccionario oficial, es “llegar a un país para establecerse en él los que estaban domiciliados en otro”. Según los hechos probados de la sentencia recurrida respecto de esa llegada al país (España) no aparece actuación alguna por parte del acusado. Actuó después, cuando ya se había producido esa llegada y los inmigrantes ya estaban en el interior, en la ciudad de Tarifa. No es lo mismo favorecer la inmigración que favorecer al inmigrante (...). Otra cosa había sido posiblemente la solución si, en lugar de haberse acusado y condenado por este delito del art. 313, se hubieran perseguido los hechos en base al nuevo art. 318 bis introducido por L.O. 4/2000 de 11 de enero, dados los más amplios términos en que la conducta punible aparece definida en esta última norma”.

³⁸⁰ En el supuesto enjuiciado, como subraya la Sentencia de instancia, y apunta el Ministerio Fiscal, la actuación de los acusados se produce cuando ya están los inmigrantes dentro del territorio nacional, sin que conste probado dato alguno que permita hablar de promoción o favorecimiento de esa inmigración clandestina por parte de los acusados.

autoras, como PARDO MIRANDA, que estiman esta conducta como “heredera de la antigua inmigración clandestina”³⁸¹. A sensu contrario, sí se atisba una cierta defensa o justificación de su inclusión, como la que realiza LAFONT NICUESA, quien comprende la finalidad para la que se lleva a cabo la reforma, al afirmar que no tiene por objeto el castigo desproporcionado de formas espontáneas de ayuda al alojamiento o al transporte del inmigrante irregular, sino la corrección de la laguna legal que impedía encajar en el art. 318 bis CP conductas de inmigración laboral fraudulentas que se daban cuando el extranjero ya estaba en España y la acción defraudadora no había contribuido a la entrada o permanencia del extranjero en España³⁸².

Por último, también critican los estudiosos de la materia la imposibilidad de que la cláusula de ayuda humanitaria no despenalice la conducta en este tipo en concreto. No obstante, la concurrencia del ánimo de lucro para esta modalidad, difícilmente hace conjugable la conducta altruista de una persona con fines humanitarios y el fin lucrativo de su actuación.

1.3. Territorio español

El núcleo esencial de estos delitos gira precisamente en torno al concepto y alcance de término territorio. En principio para su concreción conceptual hay que acudir al artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que lo fija en relación a los contenidos que estamos analizando, aunque desde una perspectiva de competencia jurisdiccional: “En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y (faltas)³⁸³ cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”. Nos encontramos de esta manera en la exigencia de situar dicho concepto en la idea anterior, comprendido más allá del común entendimiento de la exclusiva superficie terrestre. Como indica MORILLAS CUEVA, la concepción jurídico penal de territorio ha de ser diferenciada de la empleada usualmente y que se precisa en su vertiente exclusivamente geográfica. En esta línea, por territorio del Estado a efectos del principio en estudio hay que distinguir junto a la concepción estricta de la tierra sobre la que el Estado tiene soberanía, otros lugares o espacios donde igualmente posee jurisdicción porque es asimismo soberano. Estos se han de sintetizar en los siguientes: territorio en sentido estricto o terrestre, mar territorial, espacio aéreo, buques y aeronaves³⁸⁴.

Con respecto al primero, el generalmente aceptado desde las más diversas perspectivas nacionales e internacionales, hay que concebirlo como la extensión de suelo comprendida

³⁸¹ PARDO MIRANDA, Marta. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 139, I, Época II, 2023, pág. 56. Aclara la autora que “con independencia de si la entrada en territorio español fue lícita o no, se está permaneciendo en el mismo vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros extracomunitarios, bien por carecer de los oportunos permisos, bien por pesar sobre el sujeto ayudado una orden de expulsión”.

³⁸² En dicha línea, LAFONT NICUESA, Luis. “La protección jurídica penal de los inmigrantes y trabajadores extranjeros”. *Jurisdicción Penal y Extranjería*. Centro de Estudios Jurídicos, 2017, pág. 13.

³⁸³ Curiosamente el legislador español no ha percibido todavía que las faltas, es decir el libro III del Código Penal fue suprimido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

³⁸⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho...cit.*, pág. 249.

dentro de las fronteras del Estado español. Gramaticalmente se suele reducir a ello. Y es que la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española lo define como “porción de la superficie terrestre perteneciente a una nación”. Desde tal perspectiva y ya en lo particular se incluirá no solo la Península Ibérica sino también Islas Baleares y Canarias, Ceuta y Melilla, además de los islotes del Mar de Alborán (Peñón de Alhucemas, Peñón de Vélez de la Gomera, Isla de Alborán e Islas Chafarinas) que conforman un todo, al que cabe denominar territorio español, hasta aquí desde su perspectiva más estricta o puramente terrestre, donde cabe incluir también las aguas interiores –ríos, lagos, etc.– así como legaciones extranjeras, consulados y embajadas³⁸⁵. Algunas de aquellas de especial sensibilidad, dentro de la estructura territorial española en relación con el tema que nos ocupa³⁸⁶.

Como ha sido adelantado en el guion que sistemáticamente se sigue, además de esta versión prioritaria del territorio, hay que hacer referencia al mar territorial, regulado por la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial. El artículo primero de dicha ley es explícito en cuanto señala que la soberanía del Estado español se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, al mar territorial adyacente a sus costas. “Dicha soberanía se ejerce, de conformidad con el Derecho Internacional, sobre la columna de agua, el lecho, el subsuelo y los recursos de ese mar, así como el espacio aéreo suprayacente”. La propia ley establece un límite interior y otro exterior, abarcando el primero, la línea de la bajamar escorada y, en su caso, por las líneas de base rectas que sean establecidas por el Gobierno; el segundo, por la línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de doce millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base a las que nos hemos referido con anterioridad. Además, de interesante interés para esta investigación es la excepción que contempla el artículo 4 : “Salvo mutuo acuerdo en contrario, el mar territorial no se extenderá, en relación con los países vecinos y con aquellos cuyas costas se encuentren frente a las españolas, más allá de una línea media determinada de forma tal que todos sus puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de cada uno de dichos países, trazadas de conformidad con el Derecho Internacional”³⁸⁷.

La tercera variable que encaja en la extensión de territorialidad es el espacio aéreo territorial y tiene, según nuestra opinión, mínima incidencia en atención al tema que nos ocupa de las tipicidades de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. No obstante,

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ Por ejemplo, la Propia LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –reiteradamente citada Ley de Extranjería– en su Disposición Adicional Segunda, resalta, desde una perspectiva procedimental administrativa, pero que resalta peculiaridades del territorio al que se alude, la creación de una comisión bilateral de cooperación Canarias, al señalar que “en atención a la situación geográfica del archipiélago canario, a la fragilidad de su territorio insular y a su lejanía con el continente europeo”; parecido sucede con Disposición Adicional Décima Régimen especial de Ceuta y Melilla “Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”. Incluso en la Disposición Adicional Séptima, se delimita a estos efectos territoriales el Espacio Schengen, como el “conjunto de los territorios de los Estados a los que se aplique plenamente las disposiciones relativas a la supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas, previstas en el título II del Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990”.

³⁸⁷ Ejemplo relevante de estas posibles incidencias es la relación con el Reino de Marruecos, de gran actualidad al respecto.

proceden unas breves líneas: el espacio aéreo territorial se ha definido, no sin debate, como la columna de aire que cubre el propio territorio y el mar territorial. De parecida forma la describe la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea como “el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado español”. El problema fundamental que se presenta es el de la amplitud de las definiciones y hasta dónde realmente le corresponde al Estado soberano llegar, en este caso, España, fundamentalmente con los avances de las tecnologías relacionadas con los espacios siderales. Tres opciones se han ofrecido al respecto: a) libertad del aire: el aire salvando los derechos de propiedad y conservación del Estado subyacente ha de ser libre; b) total soberanía estatal: el Estado posee el completo dominio sobre la columna de aire que cubre su territorio; c) teorías de las zonas: el espacio aéreo se ha de dividir en dos zonas, zona del aire territorial, que sería la que inmediatamente se conecta con la superficie del Estado, bajo la jurisdicción de Estado y zona del aire libre que se remonta por encima de la anterior de manera indefinida y que se manifiesta libre³⁸⁸.

Ha sido mayoritario en la doctrina inclinarse por la segunda de las variables expuestas. Aunque, después de los múltiples Tratados y principios de UN³⁸⁹, y en concreto como ejemplo, el “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes”, su artículo II mantiene que “el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso o ocupación, ni de ninguna otra manera”. En definitiva, desde semejante dimensión puede asumirse en relación con las más modernas propuestas, una doble opción al respecto, sobre una separación material y formal de separación y exclusión del espacio territorial de los espacios siderales, lo que conduce, por un lado, a que el espacio ultraterrestre esté sometido a la legislación internacional, sobre normas y principios del derecho espacial; mientras que el espacio aéreo se identificará con el derecho de soberanía del Estado subyacente³⁹⁰.

Queda, finalmente, para concluir esta reflexión sobre el concepto y alcance del término territorio tan frecuentemente utilizado en los delitos en análisis, hacer alusión al último de los incisos que el artículo 23.1 de la citada LOPJ concreta. Es cierto, no obstante, que el propio artículo citado en la línea de actuación jurisdiccional española ofrece dos posibilidades: una, la vista hasta ahora “hechos cometidos en territorio español”, que en puridad serán los verdaderamente a aplicar, en un planteamiento asimismo restrictivo; otra, separada de la anterior con la disyuntiva o “cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles”, que ciertamente desde un punto de vista formal son diferentes en su base, pero no tanto en su materialidad práctica. Como dice MORILLAS CUEVA, en cualquier caso se opta por el principio del pabellón –pabellón que acoge cualquier buque o aeronave que navegue o vuele bajo pabellón español, por lo que se acepta su inclusión como territorio de soberanía española, en su concepción más amplia– “parecido y complementario al principio de territorialidad según

³⁸⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho...cit.*, pág. 250.

³⁸⁹ Vid. *Tratados y Principios de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre*. Naciones Unidas. Nueva York, 2008.

³⁹⁰ En tal sentido, entre otros, COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 210 y MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho...cit.*, págs. 250-251.

el cual el Estado, cuyo pabellón porta un buque o una aeronave, tiene jurisdicción sobre las conductas delictivas cometidas a bordo, aunque sean realizadas por no nacionales o en alta mar o en aire libre o sobre territorio de soberanía extranjera”³⁹¹. En definitiva, se está asumiendo ello, posiblemente desde una perspectiva diferenciada, pero integradora de territorio, no exento de dificultades por sus diferentes connotaciones.

2. Sujetos

2.1 *Sujeto activo*

Puede ser cualquier persona, ya sea física o jurídica, así como nacional o extranjera, lo que lo convierte en un delito común. En relación con las personas jurídicas, se ha previsto un epígrafe concreto en el último capítulo de este trabajo, por lo que se ahondará postramente en su estudio.

Igualmente, determinadas circunstancias concurrentes en las personas físicas pueden dar lugar a alguno de los subtipos agravados de este delito, como puede ser la presencia de la condición de jefe, administrador o encargado de las organizaciones criminales o asociaciones, acogido en el artículo 318 bis 3 a) o bien la cualidad de autoridad, agente de ésta o funcionario público recogido en el apartado 4, lo que en estos últimos casos de dicho apartado 4 supondría hallarnos ante un delito especial impropio. De esta manera, la razón de la agravación residiría en el aprovechamiento de la posición desigual del funcionario público para la comisión del delito, es decir, del abuso de su situación de superioridad³⁹².

Cabe destacar, como ya se ha dicho a lo largo de esta exposición, que el extranjero no resulta inculpa penalmente por este delito, con independencia de que sea castigado administrativamente con la sanción correspondiente prevista en la Ley de Extranjería. Así, desde un punto de vista penal, el inmigrante se coloca en la posición de testigo. De hecho, en los Juzgados de Instrucción se advierte cómo usualmente se practica la declaración testifical como prueba anticipada, por el riesgo de que el extranjero ya no esté en España en el momento del juicio.

2.2 *Sujeto pasivo*

El legislador acotó lo que en principio podría parecer sujeto pasivo del delito, como ya se ha adelantado, de tal forma, que elimina el término “extranjero” para referirse a “sujeto no nacional de un Estado Miembro”. Por consiguiente, sólo será posible la comisión del hecho delictivo cuando la conducta típica recaiga sobre personas “extracomunitarias”. Se exime, por tanto, a los comunitarios en virtud del principio de libre circulación de personas acogido por la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de

³⁹¹ *Ibidem*, pág. 151. También: COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T. *Derecho Penal...*cit., págs. 210-211.

³⁹² En tal línea, PÉREZ FERRER, Fátima. *Análisis dogmático y político criminal...* cit. pág. 69.

sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Tal y como manifiesta un sector de la doctrina, dicha delimitación no está exenta de problemas. En este sentido, hay que pensar qué ocurre con los ciudadanos de un país perteneciente al Espacio Económico Europeo y los apátridas. Al respecto, POMARES CINTAS dispone que “los nacionales de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo disfrutan del estatuto del autóctono en la medida en que tienen reconocida la libertad de circulación y residencia en el territorio de la UE. No forman parte, como los ciudadanos comunitarios (por ahora), de la política inmigratoria europea sobre autorizaciones de entrada y permanencia. En lo que concierne a los apátridas, el art. 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea los asimila “a los nacionales de terceros países” en el marco de la política común de inmigración, asilo y control de las fronteras exteriores”³⁹³. Por consiguiente, la conclusión que puede extraerse de la divergencia planteada es que los apátridas sí tendrían el estatus de “no nacional de Estado Miembro” a efectos de la aplicación del artículo 318 bis 2, pero no así los nacionales de los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo que, sin embargo, no son Estados miembros (Islandia, Liechtenstein y Noruega), al que hay que añadir Suiza, que aun no perteneciendo al Espacio Económico Europeo se halla físicamente en Europa. Significa, en definitiva, que ciudadanos de estos cuatro países no podrían ser sujetos pasivos de este delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Procede también recordar que desde que se incriminaron de forma separada el delito del artículo 313 y el delito del artículo 318 bis, la condición de trabajador que entonces se exigía para el sujeto pasivo del artículo 313, no es extensible al artículo 318 bis.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, sólo es necesario un único sujeto pasivo, es decir, una única persona, de tal manera que, en caso de que sean varias existiría un único delito por la dimensión colectiva del bien jurídico protegido³⁹⁴, aunque han existido voces favorables

³⁹³ POMARES CINTAS, Esther, *Reforma del Código Penal español...* cit., pág. 14.

³⁹⁴ En este sentido se pronuncia MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 608. De la misma forma, ESQUINAS VALVERDE, quien expone que “al ser el bien jurídico protegido de naturaleza supra-individual, es indiferente el número de ciudadanos extranjeros a los que afecte la conducta delictiva concreta, de manera que, en todo caso, sólo se cometerá un delito de ayuda a la inmigración ilegal”. ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 484. Además, VILLACAMPA ESTIARTE, aclara que “en la actualidad puede con mayor motivo continuarse sosteniendo que no debe haber más de un extranjero ilegal para que el tipo se cometa, pero que el hecho de colaborar con la entrada y el tránsito de varios de ellos no debe conducir a la aplicación de concurso de delitos, salvo que nos hallemos ante supuestos inconexos, justamente en atención a que lo que el delito protege es el control de los flujos migratorios”. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 762. Asimismo, la *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios...* cit., pág. 27 señala al respecto que “de la construcción típica del tipo básico del artículo 318 bis CP se derivan tres consecuencias de especial trascendencia: Primera, aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no es necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica. Segunda, que en el caso del transporte colectivo de inmigrantes, aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito (SSTS 1059/2005, 284/2006, 1119/2006, 605/2007, 152/2008, 17/2009, 330/2010). Tercera, que cuando la actividad del acusado favorecedora de la inmigración clandestina de una pluralidad de personas se haya realizado en distintos actos y momentos sin solución de continuidad durante un periodo de tiempo cualquiera que sea su duración no es posible apreciar la continuidad delictiva (art. 74 CP) por ser incompatible con la estructura del tipo y la naturaleza jurídica de los bienes jurídicos amparados por el artículo 318 bis CP (intereses estatales e intereses colectivos de los extranjeros en España). Solo cabría esa posibilidad para el caso de que se hubiera producido una interrupción del actuar delictivo de los acusados que pudiera justificar, mediante la renovación de las conductas delictivas, una punición por separado de los distintos supuestos de inmigración clandestina y, por ende, la aplicación del artículo 74 del Código Penal (STS 330/2010)”.

a la interpretación del bien jurídico de manera más personalista, tanto desde una perspectiva tanto jurisprudencial como doctrinal, lo que supondría aplicar tantos delitos como extranjeros afectados por dicha conducta³⁹⁵.

Asimismo, la condición de ciudadano extracomunitario debe ir estrechamente vinculada a la vulneración de la normativa de extranjería, es decir, dicho ciudadano extracomunitario debe ser inmigrante ilegal. Y, además, también es necesario en este delito desligar la condición de sujeto pasivo de la condición de víctima. De hecho, no son víctimas del delito esos “ciudadanos no nacionales de un Estado miembro”, pues como expone QUERALT JIMÉNEZ, “estamos ante un delito meramente formal, sin víctima personal; todo lo más un delito contra la comunidad política en cuanto se vulnera una prohibición, sin que conste lesión ni peligro”³⁹⁶. También aclara ESQUINAS VALVERDE que el inmigrante ilegal no es el sujeto pasivo puesto que “habrá consentido el traslado e, incluso, habrá buscado por su propia iniciativa a la persona que le ayude a entrar ilegalmente en España. Así pues, tampoco será responsable penalmente por dicho delito, ya que actúa como “partícipe necesario”. Eventualmente será autor de su propia infracción administrativa (art. 53.1. a) LO 4/2000, de 11 de enero).”³⁹⁷. Y, en la misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en diversas resoluciones ha establecido que “(...) de ahí que se haya dicho con buen tino que el extranjero es en el tipo penal más que víctima, como sugiere la citada rúbrica, objeto de la infracción”³⁹⁸. De hecho, puede corroborarse esta afirmación acudiendo a los procedimientos penales abiertos por este tipo de delitos, en que, efectivamente, la mayor parte de los ciudadanos extracomunitarios declaran como testigos.

Una segunda tendencia con relevancia es la de los autores que van más allá en atención al bien jurídico y al sujeto pasivo, para evitar, como se ha adelantado, la identificación entre sujeto pasivo y ciudadano extracomunitario, desde la dimensión individual con que se ha tratado párrafo *supra*. En el sentido indicado se manifiesta VILLACAMPA ESTIARTE que, habida cuenta de que el sujeto que padece el delito no es el titular del bien jurídico protegido, hace alusión al “objeto material de la conducta de ayuda”³⁹⁹. También emplea esta expresión SANTANA VEGA, la cual sitúa como objeto material a toda persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, es decir, los ciudadanos extranjeros

También las Audiencias Provinciales, han venido condenando, con carácter general, por un solo delito, aunque haya una pluralidad de migrantes afectados. En tal dirección, SAP Melilla, 19/2018, de 29 de junio.

³⁹⁵ En esa línea, tal y como apunta IZAGUERRI GRACIA, en la STS 538/16, de 17 de junio, se abre el debate a la existencia de pluralidad de delitos por la referencia expresa al término “persona” que se da a la nueva redacción del artículo 318 bis. De tal forma, que en determinados supuestos y atendiendo las circunstancias concurrentes podría haber tantos delitos de inmigración como personas afectadas. Y concluye la autora manifestando que “dejaríamos fuera de la posible pluralidad de delitos las acciones delictivas exclusivamente ligadas a la inmigración clandestina, donde el propósito criminal es únicamente la trasgresión de la normativa de entrada, estancia y permanencia de extranjeros en España y el bien jurídico lo constituye principalmente la protección política migratoria del Estado (y de forma colateral la dignidad y seguridad del migrante en los subtipos agravados). Proponemos sin embargo la posibilidad de configurar tantos delitos como personas traficadas en los casos en los que dicho tráfico va directamente asociado a la trata de seres humanos”. IZAGUERRI GRACIA, María del Pilar. *Delito contra los derechos...* cit., pág. 14. También la STS nº178/2016, de 3 de marzo, apunta en este sentido.

³⁹⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español...* cit., pág. 925.

³⁹⁷ ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 484.

³⁹⁸ STS 646/2015, de 20 de octubre.

³⁹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 761.

extracomunitarios⁴⁰⁰. Es cierto que incluso antes de la reforma de 2015 en la que se especificó la expresión “sujeto no nacional de un Estado miembro”, resultó ser bastante controvertido este tema en atención a que, dado que mayoritariamente se concibe que el bien jurídico protegido es el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, parte de la doctrina entendió que el sujeto pasivo del delito era el propio Estado. No obstante, esta premisa no es tan discutida, como se ha dicho, a partir de la última reforma operada sobre el artículo 318 bis CP⁴⁰¹.

El tema esencial que se está tratando es qué posición se ha de tomar en esa dicotomía compartida relacionamente entre sujeto pasivo y objeto material. Procede recordar que el sujeto pasivo del delito, en términos generales, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por los hechos delictivos cometidos, mientras que el objeto material es la persona o cosa sobre la que recae la acción típica. Se diferencia claramente del bien jurídico protegido, como ha puesto de manifiesto MORILLAS CUEVA, en cuanto el objeto material actúa sobre una persona o cosa y aquel es un valor seleccionado para su protección penal⁴⁰².

Con esta perspectiva dependerá la decisión final, de la posición que se adopte sobre el bien jurídico. Por tanto, si se entiende que la protección ofrecida por el tipo es individual, personal, es decir, se afecta a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, habrá una confluencia entre sujeto pasivo y objeto material, porque en este caso será el sujeto protegido y al mismo tiempo el objeto de la acción, la persona física citada; si, por el contrario, y es la posición que entendemos mayoritaria y la defendida en esta investigación, se sitúa el bien jurídico en el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, entonces habrá que distinguir entre bien jurídico colectivo, el Estado, y la persona física sobre que se actúa, es decir el objeto material del delito. En definitiva, distinción bien jurídico/objeto material.

Por último, cabe hacer una puntualización respecto a dos supuestos: menores de edad y discapacitados intelectuales. En atención a dicha circunstancia se pronuncia SANTANA VEGA, al señalar que “en el caso de que los ciudadanos extracomunitarios fueran menores de edad no acompañados o personas con discapacidad intelectual equiparable a la minoría de edad se aplicarán los tipos de trata de seres humanos (supra art. 177 bis. 2)”⁴⁰³. Es decir, los supuestos referenciados se entienden como hipótesis de “explotación” y se incardinarían en el artículo referente a la trata del 177 bis CP.

3. Elemento subjetivo: dolo

⁴⁰⁰ SANTANA VEGA, Dulce. *Evolución normativa y cuestiones aplicativas ...* cit., pág. 1341.

⁴⁰¹ GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA sostenían que los sujetos pasivos del delito son conjuntamente el Estado y los extranjeros, debido al carácter pluriofensivo del artículo 318 bis. GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 8. Igualmente, SANTANA VEGA especifica que los sujetos pasivos son “el Estado español, e indirectamente, pese al cambio de la literalidad del tipo, la Unión Europea, más claramente, en el espacio Schengen”. SANTANA VEGA, Dulce. *Evolución normativa y cuestiones aplicativas ...* cit., pág. 1337.

⁴⁰² En tal línea, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho...* cit., pág. 452.

⁴⁰³ SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 1469.

Con la inclusión del término “intencionadamente” es claro el propósito del legislador, no sólo de excluir las conductas imprudentes sino también de especificar la modalidad de dolo exigida, apostando por el dolo directo y descartando el dolo eventual. Tal expresión está prevista en la Directiva 2011/36/UE, cuya traslación al Derecho propio dio como resultado que, con la reforma del año 2015 se añadiera a la regulación, con objeto también de prescindir del dolo eventual⁴⁰⁴. No obstante, no ha estado exento de críticas la inclusión de tal término. Y es que hay autores que entienden que la no previsión de conductas imprudentes provoca de por sí el que la conducta sea exclusivamente dolosa, por lo que la introducción del vocablo “intencionadamente” sería una redundancia⁴⁰⁵. No obstante, en mi opinión, esta última postura es cuestionable, en tanto, la indicación en cualquier delito del citado vocablo intencional junto al dolo, supone la presencia de un elemento subjetivo del injusto que, en principio, excluye la posibilidad del dolo eventual. De hecho, procede seguidamente mostrar al lector cómo hasta la inserción del vocablo “intencionadamente” con la modificación de 2015, ciertos autores se posicionaban en defender que el dolo eventual era posible. En esta línea, por ejemplo, ARANGUEZ SÁNCHEZ, que así lo pensaba en el caso de transportistas de mercancías o conductores particulares que aceptaban trasladar a personas a España, admitiendo la posibilidad de que éstas no dispusiesen de la documentación necesaria para su entrada⁴⁰⁶. También admitía el dolo eventual RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, quien manifestaba que “es punible exclusivamente la comisión dolosa (al carecer de tipificación expresa la comisión imprudente) y, en principio, por lo que se refiere al tipo básico cabría cualquier clase de dolo. No dudo de la conveniencia de exigir dolo directo, ante la necesidad de restringir el amplísimo alcance del precepto, pero me resulta muy difícil fundamentar legalmente esta exigencia. (...) Y por lo que se refiere a la expresión «tráfico», excluido del tipo básico el ánimo de lucro, tampoco puede deducirse de ella la exclusión del dolo eventual”⁴⁰⁷. No obstante, hay que apuntar que aun cuando cierto sector doctrinal aceptaba el dolo eventual, mayoritariamente se optaba sólo por el dolo directo⁴⁰⁸.

En otro orden de cosas, al ser la ayuda “dolosa” requiere de consciencia y voluntad de las circunstancias del hecho delictivo, esto es que se conozca la condición de ciudadano extracomunitario del sujeto pasivo del delito, así como la irregularidad de la entrada, tránsito o permanencia. Sin embargo, a SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, asumiendo las dos anteriores, no le parece necesario “que se exija un específico elemento subjetivo del injusto relativo a la finalidad de infringir la normativa de extranjería”⁴⁰⁹. Por otro lado, si efectivamente se precisa del conocimiento de todas las condiciones que exige el tipo penal, se haría muy difícil la apreciación del error de tipo y prohibición. Así lo expresa QUERALT JIMÉNEZ, al establecer

⁴⁰⁴ En tal línea de tratar de excluir el dolo eventual, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 608.

⁴⁰⁵ Así lo entiende IGLESIAS SKULG, Agustina. *Artículo 318 bis: delitos...* cit., pág. 944.

⁴⁰⁶ ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “Reformas introducidas en el Código Penal por la LO 4/2000 (disposiciones finales primera, segunda y tercera)”. *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Moya Escudero (Coord.), Comares, Granada, 2001, pág. 921.

⁴⁰⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Ley de extranjería...* cit., pág. 6.

⁴⁰⁸ Por ejemplo, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Los delitos contra los derechos...* cit., pág. 390, al apostar por el dolo directo “ya que estamos aquí ante una figura harto necesitada de restringir su ámbito de aplicación dada la ausencia de específicas modalidades ejecutivas de comisión u omisión”.

⁴⁰⁹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos...* cit. (2021), pág. 959.

que esa consciencia y voluntad, del dolo reduplicado, es decir del elemento subjetivo del injusto, en el conocimiento de todos los elementos del tipo, hacen que el error de tipo (desconocer la extranjería del sujeto) y de prohibición, tengan escasísimo recorrido⁴¹⁰. A sensu contrario, otros autores sostienen que podría apreciarse ese error de tipo en cuanto a la nacionalidad española o comunitaria de las personas introducidas en España o sobre la documentación exhibida por la persona ayudada⁴¹¹, así como también el error de prohibición⁴¹².

En cuanto a la jurisprudencia habida sobre la materia, el Tribunal Supremo apuesta por el dolo directo, incluso previo a la modificación de 2015, al disponerse al respecto que se “se exige el conocimiento de las circunstancias y elementos objetivos del delito -que los inmigrantes son ilegales- y la voluntad de omisión o ejecución -favorecer y facilitar el tráfico o su permanencia en España contraviniendo la legislación de Extranjería, bastando que el sujeto activo del delito sea consciente que con su conducta, se ven seria y negativamente afectados, de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de convicción altamente probable, los intereses del Estado en el control de sus flujos migratorios”⁴¹³.

Igualmente, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 5/2011, establece que “el tipo básico del artículo 318 bis CP es un delito esencialmente doloso que no admite la comisión por impudencia”⁴¹⁴ para, a continuación, hacerse eco de la jurisprudencia del TS habida sobre la materia, que si bien es anterior a la última reforma de 2015, se mantiene de igual manera en la concepción del dolo. Así, concluye que “las conductas que lo integran deben estar dirigidas por su autor al tráfico ilegal o a la inmigración clandestina desde, en tránsito o con destino a España o a otro país de la Unión Europea. Por ello, el dolo debe comprender el sentido o finalidad perseguida por su conducta —de promoción, favorecimiento o facilitación- y la conciencia de la ilicitud del desplazamiento de las personas a las que afecta, sin que sea preciso que concurra ninguna otra finalidad o móvil espurio distinto —como el ánimo de lucro- que de existir daría lugar a la aplicación del subtipo agravado del apartado tercero del artículo 318 bis CP (SSTS 1330/2002, 1059/2005, 569/2006, 773/2006, 1292/2006, 526/2007, 768/2007)”⁴¹⁵.

4. Vulneración de normativa administrativa

⁴¹⁰ En tal línea, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español...cit.*, pág. 925.

⁴¹¹ En dicha línea, SANTANA VEGA, Dulce. *Evolución normativa y cuestiones aplicativas ... cit.*, pág. 1339.

⁴¹² También admite el error de tipo y prohibición RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Ley de extranjería...cit.*, pág. 6, quien pone un ejemplo en los siguientes términos: “una persona facilita el viaje a España a otra creyendo que esta última tiene permiso de trabajo y residencia, cosa que es falsa: se trata de un error de tipo; si lo que desconoce es que facilitar la venida de inmigrantes ilegales es ilegal, estamos ante un error de prohibición”. SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Los delitos contra los derechos...cit.*, pág. 390, admite el “error de tipo acerca de la cualidad de extranjero del sujeto pasivo e incluso acerca de algún presupuesto fáctico de una causa de justificación, por ejemplo, el estado de necesidad”. Sin embargo, a diferencia de lo que estimaba Rodríguez Montañés, este autor no contempla el error de prohibición al disponer que “resulta impensable apreciar error de prohibición en todas sus modalidades”.

⁴¹³ SAP de Barcelona (Sección Tribunal Jurado) 46/2020, de 11 de diciembre, en consonancia con la STS 1087/2006, de 10 de noviembre.

⁴¹⁴ Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios... cit., pág. 26.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

Comparte la doctrina la idea de que el artículo 318 bis es una norma penal en blanco, a la que ya se hizo referencia en el último epígrafe del anterior capítulo. La razón radica en la necesidad de acudir a la Ley de Extranjería para complementar el precepto, es decir, para entender cuándo se produce la “vulneración de la legislación sobre entrada, tránsito o permanencia de extranjeros” que dé lugar a la comisión del delito, lo que en términos jurídicos se ha venido en llamar “heterointegración administrativa”. En dicho sentido, ya se ha apuntado a lo largo de este trabajo que son los artículos 25 y siguientes de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social los que regulan las condiciones para la entrada y salida del territorio español.

No obstante, siendo rigurosos, no existe precepto en la LO 4/2000, de 11 de enero, en que se prevean circunstancias de irregularidad en el tránsito. De este modo, los artículos mencionados regulan sólo las condiciones de entrada, salida, estancia y residencia. De semejante forma, el presupuesto de irregularidad del tránsito se producirá por la propia irregularidad de la entrada. Es decir, no existirá delito cuando el extranjero que ha entrado en España de forma regular es a posteriori auxiliado para continuar en tránsito a terceros países⁴¹⁶. Como sentencia QUERALT JIMÉNEZ, “quien recibe la ayuda ha de ser exclusivamente un sujeto indocumentado para entrar en España y que por tanto carezca de base legal para la mínima residencia tácita posible”⁴¹⁷.

Supuestos concretos de entrada irregular, de conformidad con la Ley de Extranjería, pueden ser la no realización por los puestos habilitados al efecto o la ausencia de documentación necesaria (pasaporte o documentos para su identificación, documentación relativa al objeto y condiciones de la estancia, medios económicos o la posibilidad de obtenerlos y sobre todo el visado)⁴¹⁸. Como ha señalado el Tribunal Supremo, “han de producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas legitimadoras de ingreso transitorio en el país pero con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones”⁴¹⁹. Por otro lado, tras la reforma del año 2015, el Alto Tribunal exige identificar no sólo la conducta probada sino también la concreta infracción administrativa que se comete y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuricidad meramente administrativa, añadiendo que sólo ante esta

⁴¹⁶ Es preciso hacer aquí la aclaración de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos...* cit. (2021), pág. 959. “Ayudar al tránsito se refiere claramente el favorecer la estancia del extranjero en territorio español para salir del mismo. La salida de extranjeros según el artículo 28 de la LO 4/2000, se podrá realizar libremente salvo limitaciones expresas de la mencionada ley o del Código Penal, por lo que sólo será relevante cuando, como queda dicho, la entrada temporal en España sea irregular, siendo la irregularidad de la entrada lo que viciaría las posibilidades de salida pudiendo afectar además de a los intereses españoles, los de la Unión Europea o de terceros Estados”.

⁴¹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español...* cit., pág. 925. “Ese ingreso o tránsito en territorio español contraviniendo la normativa al efecto, de hecho, sólo podrá ser aplicable a la entrada irregular, no a la estancia derivada de una entrada regular, aunque limitada. Así es, si quien entra con visado de turista o de estudios, es auxiliado a seguir su tránsito a terceros países, en nada se ha vulnerado la legislación española (...)”.

⁴¹⁸ Son éstos los requisitos para la entrada en territorio español, establecidos en el artículo 25 LOEX, ya examinado en esta tesis, mientras que las condiciones para la autorización de estancia o residencia se recogen en los artículos 29 y ss. LOEX.

⁴¹⁹ STS 385/2012, de 10 de mayo en relación con la STS 1059/2015, de 28 de septiembre.

completa identificación del título de condena cabe ejercitar una adecuada defensa⁴²⁰ o como expresa POMARES CINTAS, se exige expresamente la idoneidad de la conducta para posibilitar que el extranjero “vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”, es decir, que éste cometa un ilícito administrativo relativo a la entrada o circulación según la legislación de extranjería vigente⁴²¹. Asimismo, si la entrada es regular no existe delito⁴²².

5. Penalidad

Las penas vigentes son las resultantes de la última reforma realizada sobre el artículo 318 bis, es decir, por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En lo que respecta al tipo básico, se redujo la pena privativa de libertad hasta el umbral de los tres meses al año y se añadió la posibilidad de optar por la pena de multa de tres a doce meses, por lo que ambas, prisión y multa, se constituyen en penas alternativas.

Previo a esta modificación y desde el año 2003, la pena del tipo básico oscilaba entre los cuatro y los ocho años de prisión. Por consiguiente, la reducción propiciada por el cambio de 2015 fue más que considerable. Las razones del destacado incremento producido en 2003 y la drástica disminución en 2015, serán analizadas a continuación.

Rezaba la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que “los umbrales de penas resultantes satisfacen plenamente los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares”. Es decir, viene a transmitir la necesidad de responder al esfuerzo efectuado por la Unión Europea para combatir el tráfico ilegal de personas y la inmigración clandestina con una penalidad acorde al mismo y en consonancia con la Decisión marco referenciada.

No obstante, resulta cuanto menos curioso comprobar cómo el legislador de 2015 justificó la rebaja de la penalidad del tipo básico con la misma norma utilizada para respaldar el aumento anterior, esto es, la previamente señalada Decisión marco 2002/946/JAI, de 18 de noviembre. Procede, por tanto, comprobar cuál de las dos opciones (incremento o rebaja) era la correcta.

Acudiendo al artículo 1.3 de la DM 2002/946/JAI se aprecia cómo éste, efectivamente, prevé un límite máximo no inferior a ocho años de prisión. Sin embargo, tal límite se especificaba exclusivamente en conductas con ánimo de lucro y para aquellos casos más graves, como el peligro para la vida o formar parte de una organización delictiva, lo que en nuestro sistema penal estaba previsto como tipos agravados del artículo 318 bis. Es decir, se estipularon

⁴²⁰ En tal línea, por ejemplo, en STS 646/2015, de 20 de octubre o STS 656/2017, de 5 de octubre.

⁴²¹ POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...* cit., pág. 15.

⁴²² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos...* cit. (2021), pág. 959.

penas para el tipo básico que la normativa europea contemplaba para los que constituían nuestros tipos agravados⁴²³.

Por eso la reprobación doctrinal de la reforma es consecuente con las previsiones comunitarias, puesto que en ningún caso exigía la Unión Europea una penalidad tan rígida para supuestos menos graves. Así lo exponen autores como CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ, quienes manifiestan que “con la última reforma del art. 318 bis CP (reforma de 2003), el legislador cumple, por lo tanto, con lo exigido por la Unión Europea respecto a las modalidades en las que concurre el ánimo de lucro, la pertenencia a una organización delictiva y el riesgo para la vida de las personas, pero al mismo tiempo introduce una muy importante agravación de la pena en el resto de modalidades. La mayor pena en estas otras modalidades no se debe, realmente, a exigencias de la normativa europea. Nada impedía establecer una pena más baja en el tipo básico y configurar un tipo agravado para los supuestos indicados por la Directiva”⁴²⁴.

Por causa de la excesiva dureza impuesta en las penas del tipo básico se produjo la variación de la penalidad con la modificación del año 2015, fijándola para el tipo básico en las penas alternativas de multa y prisión ya indicadas. No obstante, aunque la doctrina aplaude esta rebaja de pena continúa en la censura, no sólo de la penalidad, sino de la totalidad del precepto. En este sentido se pronuncian autores como PÉREZ ALONSO, quien expone que “pese a ello, hay que reconocer la importante rebaja de pena producida en el tipo básico que ya no resulta contraria al principio de proporcionalidad”⁴²⁵. Aunque, como ya se mostró con anterioridad, este autor aboga por la derogación del precepto para que sea sólo el Derecho Administrativo sancionador quien intervenga en el control de los flujos migratorios o bien que se restrinja la intervención penal sólo a aquellos casos en los que la ayuda a la inmigración clandestina se lleve a efecto con ánimo de lucro y en el marco de la delincuencia organizada”⁴²⁶.

En otro orden de cosas y como después se presentará, también hay que mencionar la vulneración del principio de proporcionalidad al respecto de la equivalencia de penalidad de las dos conductas que integran el tipo básico. En tal línea se manifiesta SANTANA VEGA, que menciona la incoherencia de la pena para el caso concreto al declarar que “las penas previstas en el tipo básico alternativo -las mismas que para la ayuda a la entrada y tránsito sin ánimo de lucro- son incoherentes con el principio de proporcionalidad, pues previéndose para la entrada y tránsito, cuando se realizan con ánimo de lucro, la imposición de la pena en su mitad superior, no se explica el déficit punitivo para los supuestos de ayuda a la permanencia con ánimo de

⁴²³ Establece el artículo 1.3 de la Decisión marco que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones definidas en la letra a) del apartado 1 del artículo 1 y, en la medida correspondiente, en la letra a) del artículo 2 de la Directiva 2002/90/CE que hayan sido cometidas con ánimo de lucro, sean punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, cuando hayan sido cometidas en alguna de las circunstancias siguientes: infracción cometida como parte de las actividades de una organización delictiva con arreglo a la definición de la Acción común 98/733/JAI (1); infracción cometida poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción”.

⁴²⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel-MARAVÉR GÓMEZ, Mario. *El derecho penal español ante la inmigración...*cit., pág. 58.

⁴²⁵ PÉREZ ALONSO, Esteban. *Los delitos contra los derechos...*cit., pág. 1845.

⁴²⁶ En esta línea, *ibidem*.

lucro, si bien en este supuesto podría considerarse que el ánimo de lucro sería una circunstancia que abonara una mayor frecuencia en la imposición de la pena privativa de libertad”⁴²⁷.

En cuanto a la graduación de la sanción por parte de los Tribunales, dada la alternatividad entre la pena de prisión y la de multa, el Tribunal Supremo en STS 512/2016, de 10 de junio, apunta que el consentimiento del inmigrante es irrelevante a la hora de graduar la pena, habida cuenta de que tras la reforma del año 2015 es consustancial al delito del 318 bis. Audiencias Provinciales, como la de Málaga con sede en Melilla, en SAP 57/2015, de 3 de diciembre, atendió a la sofisticación en la comisión del hecho delictivo, con utilización de terceras personas encargadas de determinadas actuaciones (alojamiento y traslado de inmigrantes, obtención de documentación, etc.) para escoger la prisión en lugar de multa. Y otro criterio de elegibilidad que se advierte en la jurisprudencia es la intervención de más de un viaje, según se comprueba en el ATS 1028/2017, de 22 de junio.

Asimismo, se objeta por parte de un sector de la Fiscalía la rebaja de penalidad que se llevó a cabo en 2015 por dos motivos: de un lado, la simplificación de los plazos de prescripción del delito (reducción de diez a cinco años, de acuerdo con el artículo 131 CP); de otro, la revisión de sentencias firmes, por ser la nueva regulación más favorable que la anterior, lo que ha supuesto la puesta en libertad de condenados que cumplían su pena en prisión. Incluso al respecto de la disminución de plazos de prescripción del delito, MUÑOZ MESA señala que puede afectar significativamente a las investigaciones cuando se cometan por mafias u organizaciones criminales, por la dificultad de esclarecer los hechos y la determinación de los responsables, lo que hace que la investigación tienda a dilatarse en el tiempo⁴²⁸.

Seguidamente y para concluir este epígrafe se incluye una tabla ejemplificativa de la penalidad asociada al tipo básico que integra el artículo 318 bis.

Tabla 10. Penalidad asociada al tipo básico del artículo 318 bis

TIPO	PENALIDAD
<p><u>Básico:</u> ayuda a la entrada o tránsito (art. 318 bis 1)</p>	<p><u>Prisión:</u> de 3 meses a 1 año <u>Multa:</u> de 3 a 12 meses</p> <p>} Alternativa</p>
<p><u>Básico:</u> ayuda a la permanencia (art. 318 bis 2)</p>	<p><u>Prisión:</u> de 3 meses a 1 año <u>Multa:</u> de 3 a 12 meses</p> <p>} Alternativa</p>

Fuente: elaboración propia

⁴²⁷ SANTANA VEGA, Dulce. *Evolución normativa y cuestiones aplicativas ... cit.*, pág. 1345.

⁴²⁸ MUÑOZ MESA, Silvia. “Aproximación al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Centro de Estudios Jurídicos, 2016, pág. 11.

6. Relaciones concursales

Es necesario iniciar este apartado recordando que existe un único delito pese a ser varias las personas objeto del tráfico ilegal. A partir de ahí, existen múltiples posibilidades de concurso en todas sus modalidades (real, medial e ideal). No obstante, quizá son dos los tipos penales con los que mayor concurrencia exista junto con nuestro estudiado artículo 318 bis: con el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis, en su modalidad de concurso real según dispone el apartado 9 de tal 177 bis; y con el delito contra los derechos de los trabajadores, también en concurso real, en particular con el artículo 311 bis, letra a) CP (empleo reiterado de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo) y el 312.2 CP (empleo de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen legal o contractualmente reconocidos).

En relación con el concurso entre trata de seres humanos del artículo 177 bis y el delito en estudio del artículo 318 bis, tráfico ilegal de personas, la inclinación mayoritaria, como hemos visto, se da por un concurso real de delitos, en cuanto los tipos del artículo 177 bis en su desarrollo concreto parecen potenciar esta variable del concurso de delitos. No obstante, la cuestión no es pacífica, pues junto a ello se ha fomentado la idea alternativa del concurso medial, que se podrá dar, en opinión de SANTANA VEGA, en los supuestos en los que los ciudadanos extracomunitarios fueran menores de edad o personas con discapacidad, o asimismo mayores de edad y extracomunitarios y se hubieran utilizado los medios y perseguido las finalidades previstas en el artículo 177 bis⁴²⁹. La Fiscalía General del Estado, en su Circular 5/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, en sus conclusiones, en relación al delito de trata de seres humanos mantiene que “la regla del párrafo 9 del art. 177 bis del CP define un concurso de delito –normalmente medial del artículo 77.1–entre el tipo básico de delito de inmigración clandestina y el que corresponde del delito de trata de seres humanos, pues es imposible delimitar un solo subtipo cualificado del artículo 318 bis CP que no se encuentre contemplado en cualquiera de los subtipos agravados del delito de trata⁴³⁰. De parecida manera se manifiesta MARAVER GÓMEZ que a partir de la idea (fundamentada en la hipótesis de que el traslado o desplazamiento que caracteriza a la trata se produce sobre persona que no reúne los requisitos para entrar o permanecer en España y la convicción que en estos casos se atenta, por un lado, contra el interés del Estado en controlar el traspaso de las fronteras y, por otra parte, contrario a la libertad y dignidad de la persona objeto de trata), aprecia “dos delitos diferentes contra bienes jurídicos distintos. Y, en principio, dado que lo normal es que el favorecimiento de la inmigración ilegal se lleve a cabo como medio necesario para cometer el delito de trata -como medio frecuente, de someter a la víctima a una relación de poder y dependencia-, lo correcto sería apreciar un concurso medial del artículo 77.1CP”⁴³¹. No obstante, el mismo autor asume que no puede desconocerse que hay “tipo de casos, en los que el propio precepto menciona la

⁴²⁹ SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 1469.

⁴³⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 5/2011 sobre criterios...*cit., pág. 120.

⁴³¹ MARAVER GÓMEZ, Mario. “La trata de seres humanos”. *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero)*. Díaz-Maroto y Villarejo (Dir.), Civitas, Navarra, 2011, págs. 327-328.

necesidad de aplicar la pena de otro delito y tanto la jurisprudencia como parte de la doctrina tiende a apreciar un concurso de delitos”⁴³².

Como es conocido, el concurso medial se da cuando un delito es medio necesario para cometer otro. Dicha necesidad no tiene que ser absoluta y excluyente, pues como dice MORILLAS CUEVA lo ha de ser “interpretada en el sentido concreto antes referido, lo que supone que la interrelación entre ambos delitos es preciso determinarla en cada caso, en atención a sus características y a la dinámica de sus acciones; bien entendido, no obstante, en mantenimiento de la regla derivada de la necesidad: el delito final no puede ser cometido si no es mediante el delito medio”. No parece que de los dos delitos presentados se den semejantes requisitos, fundamentalmente de medio a fin entre el delito de tráfico, como medio, y el de trata de personas como fin⁴³³. Dicho esto, nuestra convicción descansa sobre el concurso real de delitos, por lo que supone varias acciones, varios delitos que parece sustentar, incluso, el propio legislador cuando en el artículo 177bis señala que en todo caso, “las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”. No obstante, no es necesario excluir la posibilidad del concurso medial –no, con el ideal–, en todos los supuestos, pues dada la variedad de conductas y tipologías entre ambas formas delictivas, no es excluyente que en lo concreto pueda plantearse puntualmente semejante alternativa, más cuando el artículo 381 bis, no presenta ninguna cláusula al respecto y es relevante la proximidad del concurso medial con el real, después de la reforma llevada a cabo al respecto por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Otra opción diferente es la del concurso de leyes penales, distinta al de delitos –en aquél el conflicto se produce cuando varias normas son de aplicación, pero únicamente se ha de aplicar una de ellas; mientras que en el concurso de delitos una o varias acciones producen varios delitos, ideal o real, o un delito es medio necesario para la comisión de otro, medial, como se ha visto *supra*-. Esta variable del concurso de leyes se ha argumentado sobre la idea de que el artículo 177 bis no excluye la posibilidad de que la captación, transporte, traslado, acogimiento o recepción recaiga sobre un extranjero al que se introduce ilegalmente en territorio español, con lo que cabe plantear que el delito de trata absorbe al delito de tráfico ilegal de personas, eso sí con la finalidad de explotación, convirtiéndose, el delito de trata en un delito especial frente al 318 bis, con lo que se completaría el concurso de leyes. Desde una posición más pragmática, SANTANA VEGA, formula que, dada la entidad de la pena concursal a imponer, se asiste “a una sistemática aplicación del concurso aparente de leyes por alternatividad”⁴³⁴. Estando, en principio, de acuerdo con esta posibilidad, la discrepancia viene, fundamentalmente en la regla recogida, como de alternatividad, en cuanto ésta no es citada por el artículo 8 del Texto punitivo, que, en todo caso, se refiere en su número 4, al de mayor gravedad punitiva, pero lo hace en defecto de los otros tres. Algunos autores, con buen criterio, han considerado que lo más acertado es el de agrupar todos –el todos es referido únicamente al

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho...* cit., pág. 990. En parecido sentido, PARDO MIRANDA, Marta. *El delito de trata...* cit., págs. 381-382.

⁴³⁴ SANTANA VEGA, Dulce. *IX. Delitos contra los derechos...* cit. (Derecho Penal Económico y de la Empresa), págs. 657-658.

de consunción, pues no parece que el de subsidiaridad reúna las condiciones del concurso de normas—, pues en él se sitúan las variables de los demás en especial del susodicho de consunción y dejar el de mayor gravedad para los supuestos excepcionales, si es que existen⁴³⁵.

Por otro lado, sobre la relación entre la prostitución y el artículo 318 bis se manifiesta el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2008, que dice que “la relación entre los artículos 188.1 y 318. bis del Código Penal, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución es la propia del concurso real de delitos. Tales conductas serán calificadas con arreglo a los artículos 188.1 y 318 bis 1., descartando la aplicación del artículo 318 bis 2. al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo”.

Finalmente, existen otros supuestos de concurrencia, como pueden ser el homicidio o lesiones imprudentes (cuando fallezca o se lesione gravemente el inmigrante), las detenciones ilegales (cuando no son necesarias para la ejecución del delito), la estafa (cobro de dinero para la tramitación de permisos de trabajo y residencia imposibles), la falsedad documental o atentado, la explotación coactiva a la prostitución, el delito contra los derechos de los trabajadores, tráfico de menores para la adopción ilegal, entre otros⁴³⁶.

Tabla 8. Tipo de concursos con otros delitos de conformidad con la jurisprudencia.

CONCURSO	DELITO
Real	Homicidio o lesiones imprudentes ⁴³⁷ Detención ilegal ⁴³⁸ Falsedad documental ⁴³⁹

⁴³⁵ En semejante sentido, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “De la concreción conceptual y alcance del concurso de leyes penales”. *El Derecho Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*. Marín de Espinosa Ceballos (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 309-332.

⁴³⁶ En esa línea, ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *Delitos contra los derechos...cit.*, pág. 489 y SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos... cit.*, 1478.

⁴³⁷ La STS 22/2012, de 23 de enero, establece los motivos por los que nos situamos ante un concurso real, al señalar que “peligro que se vería concretado en el fallecimiento de varios de los ocupantes de la embarcación (...) defunciones que, por otra parte, no pueden ser absorbidas por el delito cometido contra sus derechos sino que constituyen otros tantos homicidios imprudentes en concurso ideal, al tratarse de infracciones independientes, que afectan a bienes jurídicos distintos y que, además, no excluirían, en ningún caso, la sustantividad propia de la infracción de la que fueron víctimas igualmente los supervivientes, lo que impide la integración de ambos delitos, el del artículo 318 bis.3 y el complejo concursal de los homicidios, en un concurso ideal de delitos como los recurrentes pretenden”. En los mismos términos reflejados por la anterior resolución lo expresa la SAP Las Palmas 128/2022, de 5 de abril, que con fundamento en lo antedicho apuesta por el concurso real.

⁴³⁸ La STS 270/2008, de 13 de mayo, apuesta por el concurso real, al establecer que “por otro lado, tampoco hubo necesidad de un delito para la comisión de otros, pues, como bien dice el Ministerio fiscal ninguna necesidad había de que un traslado en patera a Canarias para un ulterior traslado por vía aérea a la Península fuera objeto de una fase intermedia de secuestro. Entendemos que nos hallamos ante diferentes infracciones penales en concurso real”.

⁴³⁹ Por ejemplo, la SAP Melilla 7ª 28/2015, de 26 de mayo condena por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y por dos delitos de falsificación de documento público de forma independiente.

Medial	Falsedad documental ⁴⁴⁰

Fuente: elaboración propia.

III. AYUDA HUMANITARIA, TIPO ATENUADO Y TIPO DE FICTICIA ATENUACIÓN

1. Cuestiones preliminares

Este epígrafe tiene por objeto analizar aquellos supuestos en que, debido a la forma, características, condiciones etc. de comisión del hecho delictivo, el sujeto autor del mismo es merecedor de un reproche penal menor.

Particularmente llamativa resulta la cláusula de exoneración penal de “ayuda humanitaria”, respecto a la que no existe acuerdo doctrinal sobre el concepto ni la naturaleza jurídica. Una definición amplia podría implicar la automática desarticulación del precepto. Sin embargo, una definición restrictiva podría desarticular la aplicación de la propia cláusula. En cuanto a la naturaleza jurídica, no hay otro supuesto parecido en el Código Penal español, de tal forma, que ningún otro precepto la acoge. Asimismo, tampoco se incardina en ninguno de los escenarios de la parte general del Código Penal, como puedan ser circunstancias eximentes, -como las causas de justificación o excusas absolutorias- o algún tipo de circunstancias atenuantes, sino que específicamente está prevista en el propio artículo, por tanto, en la parte especial, y sólo es válido para éste. Quizá ya a estas alturas se pueda advertir, con independencia de los estudios doctrinales llevados a cabo sobre esta circunstancia, cómo el legislador reconoce implícitamente su excesivo rigor punitivo con la incriminación de tales conductas. Y es que, como apunta MUÑOZ RUIZ, el 318 bis CP no incrimina la vertiente más dramática de la inmigración, donde al éxodo se suman abusos y lesiones de los derechos de los inmigrantes. Se sancionan “conductas que no sólo no dañan esos bienes jurídicos, sino que, en muchas ocasiones, contribuyen a salvar vidas, restaurar la maltrecha salud, o incluso, la dignidad del

Igualmente, la [STS 169/2015, de 13 de marzo](#) ratifica la condena a Victoriano por un delito continuado de falsedad en documento oficial y por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros también de forma independiente.

⁴⁴⁰ En tal línea, la [STS 853/2021, de 10 de noviembre](#), ratifica la condena de dos de los acusados (funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, y funcionaria de la Brigada de Extranjería) por delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, en concurso medial con un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, habida cuenta de que ambos se valían de su condición de funcionario para expedir autorizaciones de residencia o regreso a ciudadanos extranjeros.

inmigrante”⁴⁴¹. Es esta última consideración una de las causas que ha podido propiciar la introducción de esta cláusula de exoneración de responsabilidad penal.

El tipo atenuado utiliza una expresión amplia, vaga e imprecisa relativa a un ingente número de circunstancias que pueden darse en el hecho delictivo. Todas ellas de marcado carácter subjetivo, lo que deja al arbitrio del juzgador su apreciación. Probablemente sea ésta otra muestra más de arrepentimiento del legislador, que deja margen a una extensa interpretación sobre las condiciones concurrentes en los hechos y el culpable a fin de rebajar la pena asociada al delito. En este aspecto, autores como TORRES FERNÁNDEZ consideran que este tipo aboca a la inseguridad e incertidumbre. En concreto afirma que todas las expresiones empleadas en este tipo atenuado “amplía, aún más, la extensión del marco penal que puede recorrer el aplicador del derecho, contribuyendo a la incertidumbre sobre la entidad de la consecuencia a imponer en el caso concreto”⁴⁴² y añade que “hubiera sido preferible que, en cada tipo penal, el legislador hubiese fijado de manera taxativa la duración de la pena a imponer entre un límite mínimo y otro máximo, teniendo en cuenta las circunstancias y hechos concretamente valorados en cada supuesto”⁴⁴³.

Finalmente, una de las cuestiones más interesantes de este epígrafe recae sobre lo que vamos a denominar, a partir de este momento, “tipo de ficticia atenuación”, que es la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito recogida en el apartado primero del artículo 318 bis. Y es que, como después se profundizará, el legislador español ha distinguido las dos conductas constitutivas del tipo básico a través de un elemento que en una de ellas actúa como circunstancia agravante, cual es el ánimo de lucro. Tal contexto implícitamente supone asumir que la otra modalidad en la que el ánimo de lucro no forma parte del tipo es realmente un tipo atenuado. Se hace uso del adverbio “ficticiamente” porque, aunque el legislador no lo reconozca como tal, es a lo que verdaderamente conlleva. A mayor abundamiento, en lo que concierne a esta problemática, no se observa en el Código Penal español otro precepto en que se inserte una circunstancia agravante como elemento diferenciador en una de las conductas que conforman el tipo básico. Difícilmente se puede comprender cómo el ánimo de lucro actúa como elemento constitutivo del tipo básico y como agravante de la otra conducta, lo que da como resultado, sin tener que llevar a cabo un análisis exhaustivo, a que automáticamente se deshabilite la primera conducta integrante del tipo o, por lo menos, que resulte muy complicada su apreciación. Todo lo relacionado con la coyuntura aquí expuesta, será examinada a continuación.

2. Ayuda humanitaria

⁴⁴¹ MUÑOZ RUIZ, Josefa. “La ayuda humanitaria ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº18, 2016, pág. 7. Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-08.pdf> (fecha de consulta: 17 de febrero de 2024).

⁴⁴² TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal”. *Diario La Ley*, nº 6491, Sección Doctrina, 2006, pág. 17.

⁴⁴³ *Ibidem*.

Se estipula esta cláusula de ayuda humanitaria en el párrafo segundo del apartado primero del precepto⁴⁴⁴. A la par, se incluye a través de la reforma propiciada por la LO 1/2015, de 30 de marzo y ha de ponerse de manifiesto que sólo actuará en las conductas típicas de ayuda a la entrada o tránsito, dado que, en los supuestos de ayuda a la permanencia, la exigencia de ánimo de lucro la hacen incompatible con la prestación de este tipo de auxilio.

El principio de nuestro análisis ha de comenzar con la delimitación del concepto y la naturaleza jurídica de tal cláusula, o al menos, con la revisión de las teorías fundamentales en que se sustenta.

Con relación al concepto, se define en el ámbito internacional como la asistencia que tiene por objeto salvar vidas, aliviar el sufrimiento, así como mantener y proteger la dignidad humana. De conformidad con tal definición, GARCÍA ÁLVAREZ añade que “la ayuda humanitaria cubriría cualquier tipo de ayuda que se preste a una persona que se encuentre en una situación de necesidad, siempre y cuando ésta sea prestada, eso sí, de una forma digamos institucionalizada (‘asistencia diseñada para’) quedando fuera la ayuda prestada (...) a título particular”⁴⁴⁵. Agrega esta autora el fuerte rechazo doctrinal de tal concepción debido al carácter restrictivo de la ayuda prestada, en la que no se incluiría, por ejemplo, la proporcionada por familiares o amigos⁴⁴⁶.

En lo que concierne a la naturaleza jurídica de la cláusula, pueden contabilizarse un total tres teorías diferenciadas: la primera, aquélla que concibe la ayuda humanitaria como una excusa absolutoria; la segunda, que apuesta por la causa de justificación; finalmente, la tercera, que aboga por la cláusula de atipicidad.

La noción de excusa absolutoria implica concretar que “el delito existe y el sujeto es penalmente responsable, por lo que procedería la pena; la excusa se establece, precisamente, para que no se genere el efecto propio de la existencia de responsabilidad penal, es decir, la aplicación de la consecuencia jurídica principal -la pena-. En definitiva, las excusas absolutorias son causas que eliminan la pena que debería imponerse a una conducta que es típica, antijurídica y culpable”⁴⁴⁷. Es partidario de la primera tesis -excusa absolutoria- el Consejo General del Poder Judicial, que en su Informe de 16 de enero de 2013 sostiene que debe atribuirse esa naturaleza cuando la gravedad de los hechos fuese escasa y en atención a la importancia de la finalidad perseguida por el autor⁴⁴⁸. En iguales términos se pronuncia el Tribunal Supremo, por ejemplo, en STS 261/2017, de 6 de abril. Entre la doctrina proclive a esta primera postura se

⁴⁴⁴ De forma literal, dicho apartado dispone que “los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”.

⁴⁴⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *El tenor literal del artículo ...* cit., pág. 7.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, pág. 8.

⁴⁴⁷ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 17 y 18.

⁴⁴⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Informe de 16 de enero de 2013 al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pág. 226. Disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/ Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/ Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_d e_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal (fecha de consulta: 17 de febrero de 2024)

hallan, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE⁴⁴⁹, GARCÍA ÁLVAREZ⁴⁵⁰, PARDO MIRANDA⁴⁵¹, MARAVER GÓMEZ⁴⁵² o MERINO RODRÍGUEZ, quien, por ejemplo, declara que “aquí no estaríamos hablando de un supuesto de ausencia de antijuricidad sino de renuncia de punibilidad, en definitiva, con una excusa absolutoria, por lo que habiéndose cometido infracción puede ser exigida responsabilidad administrativa”⁴⁵³.

Para fundamentar el motivo de esta exclusión de punibilidad ante el hecho delictivo, muchos autores se basan en la mayor ventaja que proporciona la no aplicabilidad de la sanción frente al castigo. Así lo concibe, por ejemplo, MANJÓN CABEZA que explica que el acogimiento al beneficio proporcionado por una excusa absolutoria se desencadena “en aquellos supuestos en que la pena se revela innecesaria, por más que sea merecida, pudiendo ser su aplicación contraproducente (lo que puede observarse en las excusas que se refieren al parentesco) o ser recomendable excusarla (por estar ante un comportamiento posterior positivo)”⁴⁵⁴. Por consiguiente, la conducta sería típica, antijurídica y culpable, excluyéndose la pena cuando, debido a la ayuda humanitaria prestada, se percibe que es más beneficioso no hacer uso de ella. No obstante, como seguidamente se verá, dado que sí hay delito y lo único que se excluye es la responsabilidad penal, sí puede tener cabida la responsabilidad civil.

Entre los detractores de esta tesis, o al menos los que no están conformes con la misma, se encuentra MUÑOZ RUIZ que duda de que estemos ante una excusa absolutoria, por el siguiente motivo: estima la autora que las excusas absolutorias recogidas en la Parte Especial del Derecho Penal se basan en causas personales de exclusión de pena, como el parentesco, o en un comportamiento post-delictivo (por ejemplo, una regularización fiscal posterior a la comisión del hecho delictivo o la evitación de la propagación de un incendio). Sin embargo, la ayuda humanitaria no entraría en ninguna de las categorías señaladas, por lo que, habida cuenta de que la conducta no es peligrosa ni lesiva para el bien jurídico protegido (derechos de los inmigrantes) y dado el interés superior en atender la vida, salud, dignidad o seguridad del inmigrante, se excluiría la antijuricidad de la conducta⁴⁵⁵.

Continuando con el estudio de la segunda teoría, procede efectuar un examen de los postulados defendidos por aquéllos que apuestan por la causa de justificación, concibiendo a éstas como causas de exclusión de la antijuricidad que convierten una conducta ilícita en lícita. De esta forma, dentro de esta vertiente se sitúa, por ejemplo, SANTANA VEGA que especifica que es una causa de justificación especial porque la asistencia a que da pie esta cláusula es una ayuda en positivo que actúa a caballo entre el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho humanitario⁴⁵⁶. Adiciona la autora que, al singularizar el precepto la ayuda en una única persona con la expresión “la persona de que se trate”, parece, a priori, evitar su aplicación cuando se

⁴⁴⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delitos contra...*, cit., pág. 765.

⁴⁵⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *El tenor literal del artículo ...* cit., págs. 7 y 8.

⁴⁵¹ PARDO MIRANDA, Marta. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 54.

⁴⁵² MARAVER GÓMEZ, Mario. *Delitos contra los derechos...* cit. (2023), apartado 13427.

⁴⁵³ MERINO RODRÍGUEZ, Juan Francisco. “El delito de ayuda a la entrada, tránsito y permanencia ilegal de ciudadanos extranjeros: artículo 318 bis del Código Penal: 1.-La ayuda humanitaria como exclusión de la punibilidad. 2.- Subtipo atenuatorio”. Centro de Estudios Jurídicos, Sevilla, 2019, pág. 4.

⁴⁵⁴ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. *Las excusas absolutorias...* cit., pág. 32.

⁴⁵⁵ En el sentido del texto, MUÑOZ RUIZ, Josefa. *La ayuda humanitaria...* cit., pág. 19.

⁴⁵⁶ SANTANA VEGA, Dulce. *Evolución normativa y cuestiones aplicativas...* cit., págs. 1343.

trate de ayudar a un conjunto de personas, lo que sería una muestra clara de prevalimiento del control de los flujos migratorios frente a la vida humana⁴⁵⁷.

Otros autores, entre los que se encuentran MUÑOZ CONDE o MUÑOZ RUIZ, van más allá y llegan a concretizar el tipo de causa de justificación en el estado de necesidad. Por ejemplo, MUÑOZ CONDE atestigua que se trata de “atemperar el excesivo rigor que supone la aplicación del párrafo primero cuando la ayuda (...) se hace por razones humanitarias, consagrándose así una especie de ayuda necesaria a quien se encuentra en una situación evidente de estado de necesidad”⁴⁵⁸. Además, MUÑOZ RUIZ se refiere a un “estado de necesidad justificante que se resuelve en base al principio del interés preponderante (...). No se trata de que la exención penal quede reservada única y exclusivamente para los casos de riesgo para la vida o integridad del inmigrante irregular, sino incluso para aquéllos en que la ayuda se presta con el fin de restablecer su dignidad o su seguridad”⁴⁵⁹. Igualmente, lo han valorado así algunas Audiencias, como la de Málaga con sede en Melilla, cuando mantiene que “en teoría, es posible apreciar la justificante del estado de necesidad (art. 20.5 CP) cuando la salida, la entrada o el tránsito del extranjero por territorio nacional se hace para evitar un mal ajeno. Por ejemplo, individuos perseguidos por motivos políticos, por su etnia o creencias religiosas, etc., que se encuentren amenazados de muerte en sus países de origen”⁴⁶⁰.

Finalmente, una última opción en cuanto a teorías sobre la naturaleza de la cláusula de ayuda humanitaria es aquélla que integra a los autores defensores de la cláusula de atipicidad. En este sentido se pronuncia MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que establece que, con esta cláusula, “el legislador vino a atender la solicitud de la doctrina, que ya había venido siendo acogida por nuestra jurisprudencia”⁴⁶¹ o ESQUINAS VALVERDE para quien “parece más coherente entender que nos encontramos ante una cláusula de atipicidad”⁴⁶².

Analizadas todas las posibilidades existentes en relación con la naturaleza jurídica de esta cláusula, procede, seguidamente, establecer qué implica en la práctica acogerse a la misma. De esta manera, es concluyente la no incriminación del autor cuando su objetivo es prestar ayuda humanitaria. Pero ello no quiere decir que se despenalice la conducta, sino que no se sanciona al autor lo que significa, en definitiva, que los hechos fundamentados en la ayuda prestada por éste, siguen siendo hechos delictivos, se comete delito, pero por razón del objetivo perseguido por el sujeto activo, no se va a producir su castigo.

La razón de su inclusión en el 318 bis radica también en la Directiva 2002/90/CE, al igual que ocurre con el tipo básico, ya que se prevé igualmente en su artículo 1.2 esta estipulación relativa a la ayuda humanitaria. En concreto y de forma literal se establece que “los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”. Por consiguiente y aun cuando a través de la mencionada Directiva se faculta, no se obliga a los

⁴⁵⁷ *Ibidem* págs. 1343 y 1344.

⁴⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...* cit., pág. 393.

⁴⁵⁹ MUÑOZ RUIZ, Josefa. *La ayuda humanitaria...* cit., pág. 22.

⁴⁶⁰ SAP Melilla 15/2001, de 13 de marzo.

⁴⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Delitos contra...* cit., pág. 608.

⁴⁶² ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 485.

Estados miembros a despenalizar la conducta cuando concurra ayuda humanitaria, el legislador español optó por su asunción mediante la inserción en el párrafo segundo del apartado primero del 318 bis.

Los reproches doctrinales han sido fervientes no por razón misma de su acogimiento en el 318 bis, sino por otras motivaciones. La primera amonestación se fundamenta en el hecho de que la cláusula en sí no evita la apertura de diligencias penales contra el autor, quien será investigado a través del oportuno proceso penal⁴⁶³. No obstante, cabría analizar si es presumible -por analogía con la excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 CP-, admitir la posibilidad de que la cláusula produzca sus efectos ya en la fase de instrucción o en la fase intermedia mediante la oportuna resolución de sobreseimiento. Y es que el Tribunal Supremo sí aprueba esta vía con la mencionada excusa absolutoria del artículo 268 CP, lo que en caso de aplicarse también al artículo 318 bis, permitiría considerarla en dichas fases⁴⁶⁴. La segunda crítica es la vulneración de la presunción de inocencia del autor, habida cuenta de que se genera una inversión de la carga de la prueba, de tal forma que el sujeto activo deberá demostrar que le movió un aspecto humanitario a la hora de prestar la ayuda. Todo ello se agrava por la fácil solución que, entiende la doctrina, superaría la problemática aludida y que se justifica en la exigencia de ánimo de lucro también para la primera de las modalidades delictivas que integran la conducta típica, es decir, para la ayuda a la entrada y al tránsito⁴⁶⁵. El tercer reproche, como ya se ha apuntado, es el hecho de que la exención de responsabilidad penal por la aplicación de la mencionada cláusula no evita la exoneración de la responsabilidad civil⁴⁶⁶. Y el cuarto, se centra en la determinación o interpretación de lo que se juzga como “ayuda humanitaria”. De esta forma, la RAE, define humanitario como “benigno, caritativo, benéfico”. Es decir, estaríamos ante una ayuda que acogiese tales rasgos. Pero esto supondría realizar una exégesis tan amplia del término, que podría llevar a la inaplicación práctica de la primera de las modalidades típicas. A sensu contrario, una interpretación restrictiva del vocablo podría conducir a todo lo contrario, es decir, al castigo de la protección o cooperación que, cuando no existe ánimo de lucro, se brinda a los inmigrantes irregulares. Existe, no obstante, una vía intermedia basada en el Derecho Internacional (Resolución Asamblea General Naciones Unidas 46/182 de 14 de abril de 1992 y artículo 214 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) que entendería la ayuda humanitaria como “la ayuda de emergencia que se presta en situaciones de catástrofe natural o humana, incluyendo dentro de esta última la guerra o conflicto armado. Es una ayuda, según las propias normas internacionales que se debe

⁴⁶³ En tal sentido, POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal...* cit., pág. 15. Añade también que “el Anteproyecto de octubre de 2012 preveía la inclusión de una cláusula que otorga al Ministerio Fiscal la potestad discrecional de no emprender acciones penales para perseguir conductas colaboradoras que obedezcan únicamente a fines humanitarios”. No obstante, podemos observar cómo en la redacción definitiva nada se dice acerca de esa facultad del Ministerio Público.

⁴⁶⁴ Así se establece, por ejemplo, en STS 618/2010, de 23 junio o en STS 361/2007, de 24 de abril en los delitos patrimoniales.

⁴⁶⁵ En el sentido del texto, POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...* cit., págs. 15 y 16.

⁴⁶⁶ La STS 361/2007, de 24 abril, también en relación con la excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 CP establece que “la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos (...). Tal afirmación normativa puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a fin de que, una vez apreciada la excusa, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil. También previamente, entre otras, en la STS 719/1992, de 6 de abril.

proporcionar conforme a principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, lo que significa, en lo que aquí importa, que no abarcaría los casos en los que la ayuda se presta a familiares o personas afines”⁴⁶⁷. Humanidad, habida cuenta de que el ser humano debe ser tratado humanamente en toda circunstancia a través de la protección de vidas y aliviando el sufrimiento, al mismo tiempo que se asegura el respeto del individuo; imparcialidad, no basada en la nacionalidad, la raza, la religión o el punto de vista político, sino que ha de estar basada en la necesidad exclusivamente; y neutralidad, que supone no involucrarse en ningún momento en controversias de una naturaleza política, racial, religiosa o ideológica.

Continuando con el concepto de ayuda humanitaria, desde una perspectiva jurisprudencial existen resoluciones de las Audiencias Provinciales que buscan el sentido y características de la ayuda, para así concluir que se trata de un “concepto relacionado con la asistencia diseñada para salvar vidas, aliviar el sufrimiento y mantener y proteger la dignidad humana, en prevención o en situaciones de emergencia y/o rehabilitación (...) El concepto de ayuda humanitaria debe contemplar supuestos más extremos que el que nos ocupa, en los que esté en riesgo la vida, la integridad física, la dignidad de las personas afectadas”⁴⁶⁸. Por consiguiente, una definición muy en la línea de las Naciones Unidas, en el sentido de que debe de haber una afectación significativa a bienes importantes como son la vida o la integridad de las personas.

Por otro lado, la Fiscalía también se pronuncia al respecto de la definición pudiendo atenderse para ello a las conclusiones extraídas en las jornadas de Fiscales de Delegados de Extranjería celebradas en el año 2019, para decretar, según éstos, que “1. No es necesario que el migrante sea merecedor de protección internacional, basta con probar que el autor se mueve por razones humanitarias para aplicar la excusa 2. Se puede equiparar razones humanitarias a altruismo, debiendo entenderse como tal, lo que socialmente así se considera basándose en elementos objetivos, no lo que estime el autor de forma subjetiva. Por tanto, debe ser un motivo de importancia y reconocido socialmente, debiendo servir de referencia lo dispuesto en la propia legislación de extranjería. 3. Se deben valorar las circunstancias del caso concreto, debe excluirse su aplicación cuando concurre ánimo de lucro, habitualidad, profesionalidad o tipos agravados”⁴⁶⁹.

Avanzando en el análisis, cabe igualmente apuntar que la observancia de esta cláusula no eximiría de la aplicación de causas de justificación genéricas o cualquier otra eximente genérica completa o incompleta⁴⁷⁰. Y también que la ayuda ha de desvincularse de ciertas condiciones que pueden concurrir en el sujeto que la presta, tales como una situación de familiaridad o parentesco. De esta forma, me parece acertada la reflexión de POMARES CINTAS, que considera que la ayuda prestada a fin de poder encuadrarse en la cláusula despenalizadora de ayuda humanitaria prevista en el 318 bis 1 párrafo segundo debe de estar

⁴⁶⁷ MARAVER GÓMEZ, Mario. *Delitos contra los derechos...* cit. (2023), apartado 13427.

⁴⁶⁸ En la SAP Vizcaya 1639/2021, de 25 de mayo o SAP Vizcaya 50/2019, de 27 de junio. Esta última dispone, a mayor abundamiento, que “la alegación defensiva de que la conducta de la acusada es atípica porque se limitó a prestar una ayuda humanitaria, no puede ser acogida porque ninguna de las tres personas a las que ayudó a entrar ilegalmente en nuestro país, estaba en una situación de riesgo vital o de grave peligro que inevitablemente exigiere de su intervención exonerante; motivo por el que sus conductas son típicas en el sentido ya expresado”.

⁴⁶⁹ Se refiere a estas conclusiones, LAFONT NICUESA, Luis. *El delito de inmigración ilegal...* cit., pág. 18.

⁴⁷⁰ En este sentido, SANTANA VEGA, Dulce. *Evolución normativa y cuestiones aplicativas...* cit., pág. 1344.

presidida por los principios de imparcialidad e independencia, de tal forma que, a los familiares del sujeto pasivo que colaboren para su entrada, tránsito o permanencia no les será de aplicación esta cláusula, dado que les movería un propósito de protección de personas allegadas en el que las características de imparcialidad e independencia no están presentes, es decir, no es una ayuda desinteresada⁴⁷¹.

Por último, para finalizar con el estudio de la cláusula de ayuda humanitaria, hay que acudir a los Tribunales y demás órganos judiciales para extraer los criterios que rigen en la sustentación de ésta. No obstante, del análisis jurisprudencial que va a incluirse seguidamente, puede inferirse que no existen pautas irrefutables a las que acogerse, por lo que habrá que valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Sin embargo, sí existen ciertos comportamientos típicos de acogimiento a esta cláusula, como pueden ser, aquellos casos en los que el sujeto activo aloja a los inmigrantes, les facilita los trámites de obtención de los permisos de trabajo y residencia o posibilita matrimonios de conveniencia, esto es, simulados con fines de reagrupación familiar.

Igualmente, como establece ESQUINAS VALVERDE, hay que discernir el sentido de las resoluciones judiciales antes y después de la reforma operada en el precepto por la LO 1/2015, de 30 de marzo. De esta forma, cuando el tipo se refería a la promoción o favorecimiento del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas se excluían, bajo el paraguas de la ayuda humanitaria, conductas como el alojamiento de inmigrantes en el periodo de tiempo en que trataban de regularizar su situación o evadirse del control policial o de otros funcionarios de extranjería, incluso cuando cobraban una cantidad por el alojamiento, siempre que este hecho no estuviera vinculado a una fase posterior de colaboración; contratar a extranjeros sin permiso de trabajo y residencia con el pago del avión para entrar en España y alojamiento gratuito los primeros meses; ofertas de empleo para ciudadanos extranjeros sin ánimo de lucro con el objetivo de facilitar la estancia legal en España⁴⁷². Aun así, manifiesta esta autora que no existe una especial diferenciación en la valoración de tales circunstancias una vez el tipo fue modificado por la reforma antedicha, de tal manera que las mencionadas actuaciones y otras semejantes, serían consideradas atípicas cuando la finalidad es prestar ayuda humanitaria al sujeto implicado, añadiendo que se hallan incluidas en tal cláusula las actuaciones de ONG que se dedican al salvamento de inmigrantes en el mar y las costas⁴⁷³.

En el tema que hay que volver a incidir para dejarlo meridianamente claro es que ninguna circunstancia de las anteriormente descritas tiene entidad suficiente por sí misma para quedar amparada por esta cláusula. De hecho, es necesario valorar el conjunto de la situación porque la existencia de otros fines que no sean exclusivamente humanitarios, aunque confluyan con éstos, serán idóneos para anular la posibilidad de acogerse a ella. En estos términos, el ATS 138/2022, de 13 de enero, que excluye su aplicación porque los fines humanitarios no fueron los únicos que presidieron la conducta de los recurrentes, sino que también pretendían obtener mano de obra barata para su negocio⁴⁷⁴. En la misma línea, la STS 536/2016, de 17 de junio,

⁴⁷¹ En la línea del texto, POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...*cit., pág. 17.

⁴⁷² En esta línea, ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *Delitos contra los derechos...*cit., pág. 486.

⁴⁷³ *Ibidem*.

⁴⁷⁴ El ATS 138/2022, de 13 de enero, excluye la posibilidad de acogimiento de esta cláusula. Así, dispone que “los hechos por los que fueron condenados los recurrentes fueron rectamente calificados como constitutivos de un

rechaza la petición de acogimiento a la cláusula de ayuda humanitaria porque no todos los comportamientos del recurrente podían incardinarse en ésta. Así, el Alto Tribunal reconoce que, por sí solos, el alojamiento de inmigrantes o la facilitación de trámites de obtención de permisos de trabajo y residencia constituirían acciones ideales para la aplicación de la cláusula, pero no cuando se combina con otras circunstancias como la exigencia de cantidades de dinero o el establecimiento de una red de colaboradores para hacer contratos de trabajo simulados⁴⁷⁵, por lo que, en definitiva, la existencia de ánimo de lucro y una estructura de colaboración en la comisión del hecho son circunstancias incompatibles con la coyuntura de la cláusula de ayuda humanitaria.

Finalmente, a fin de esquematizar las conductas típicas de ayuda humanitaria, se incorpora una tabla a modo de resumen.

Tabla 8. Conductas más frecuentes de apreciación de la cláusula de ayuda humanitaria

Conductas más frecuentes de apreciación de la cláusula de ayuda humanitaria
Alojamiento de los inmigrantes ⁴⁷⁶
Facilitación de los trámites de obtención de permisos de residencia y trabajo ⁴⁷⁷
Matrimonios de conveniencia con fines de reagrupación familiar ⁴⁷⁸

delito del art. 318 bis. 2 CP, pues, en el acto del plenario quedó acreditada que los fines humanitarios alegados por los recurrentes y cuya existencia fue reconocida por la Sala de instancia no fueron los únicos que presidieron su conducta (fines que, por otro lado, no son exigidos por la conducta contenida en el apartado segundo del art. 318 bis), pues estos se movieron además con el propósito de obtener mano de obra barata para el desarrollo diario de su negocio (dado que los sueldos satisfechos eran, conforme al *factum*, mínimos o inexistentes) colmándose así la exigencia típica de que concurriese el ánimo de lucro”.

⁴⁷⁵ La mencionada STS 536/2016, de 17 de junio, establece al respecto de la ayuda humanitaria en el fundamento de derecho octavo que, “el objetivo de prestar ayuda humanitaria puede amparar algunos de los comportamientos realizados por la recurrente, como el alojar a los inmigrantes o facilitarles los trámites de obtención de los permisos de trabajo y residencia. Pero es incompatible con la exigencia de fuertes cantidades de dinero a los inmigrantes que deseaban trasladarse a España (4000 dólares, según uno de los testigos) o con establecer una red de colaboradores para confeccionar contratos de trabajo simulados con los que engañar a la Administración, cobrando cantidades relevantes a los inmigrantes por estos servicios”.

⁴⁷⁶ La STS 1428/2023, de 12 de abril es un ejemplo de cómo el alojamiento de inmigrantes con fines humanitarios despenaliza la conducta, cuando establece que “la acusada Filomena ó Eva, reconoce en el Acto del Juicio Oral que atendía a algún viajero que su marido, el acusado Luciano, llevaba a casa, pero tratando de destacar en ella una intención meramente humanitaria al momento de atender y ayudar a las personas (reconoció que a tres personas) (...). En los hechos que se declaran probados respecto a su esposo, no se concreta que este llegara a alojar en su domicilio a ningún inmigrante ilegal, lo que deja espacio a la posibilidad de que los que acogiera en su casa no lo fueran, y sobre todo dificulta articular una participación que se perfila como puntual y accesoria a la de él (ella solo ayuda a los que el marido lleva a casa)”.

⁴⁷⁷ La SAP Santa Cruz de Tenerife 265/2017, de 16 de junio, menciona esta posibilidad, aunque finalmente el ánimo de lucro impide la apreciación de la ayuda humanitaria. Dice así: “el objetivo de prestar ayuda humanitaria puede amparar los comportamientos realizados por la encartada, como el organizar el traslado de sus hermanos, alojarlos o facilitarles los trámites de obtención de los permisos de trabajo y residencia. Pero es incompatible con la exigencia de una importante de dinero a una inmigrante que deseaba trasladarse a España”.

⁴⁷⁸ En la STS 261/2017, de 6 de abril, el TS sostiene que el matrimonio simulado con el fin de conseguir la reagrupación familiar en España tiene cabida en el contexto de la cláusula de ayuda humanitaria. En concreto,

Fuente: Elaboración propia

Mi valoración personal sobre esta cláusula pivota sobre dos aspectos: el primero, el concepto. El segundo, la necesidad de su regulación. En cuanto a la definición, una vez analizadas las teorías sobre lo que ha de entenderse por “ayuda humanitaria”, coincido con aquellos autores que apuestan por un concepto restrictivo. Esto es así porque no hay que obviar que las conductas típicas castigadas con el artículo 318 bis son comportamientos, precisamente, de ayuda, que implican una amplitud descomunal de los supuestos que en ella tienen cabida. Por consiguiente, lo que se conciba por “humanitario” debe circunscribirse exclusivamente a aspectos que afecten a bienes trascendentales para la persona como puede ser su vida o su integridad física. De lo contrario, se apreciaría esta cláusula en un número ingente de casos, lo que llevaría a vaciar de contenido el propio precepto. Precisamente en relación con esta última afirmación hay que valorar la necesidad de su regulación, que es el segundo aspecto para tener en cuenta. Ciertamente es que su acogimiento en el artículo 318 bis CP responde a la facultad otorgada por la normativa comunitaria. Pero es también innegable que la propia configuración del tipo básico, en el que el ánimo de lucro sólo está presente en una de las dos modalidades que lo integran, conduce a dos consecuencias: la primera, que en la variante de ayuda a la permanencia que prevé el ánimo de lucro como elemento constitutivo del tipo, dicho ánimo de lucro anula directamente la posibilidad de apreciar la ayuda humanitaria, por la incompatibilidad evidente e inherente de estos dos elementos. Es decir, resulta cuasi imposible, y así lo refrenda la jurisprudencia, apreciar una conducta de ayuda humanitaria cuando coexiste una intención lucrativa en tal comportamiento. La segunda consecuencia, derivada de la anterior, implica que sólo cabría apreciar esta cláusula en la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito, que no requiere el ánimo de lucro. No obstante, la dificultad intrínseca que igualmente supone estimar esta conducta de forma aislada cuando no concurre ánimo de lucro, hace extremadamente dificultoso la consideración de esta circunstancia de ayuda humanitaria también para esta modalidad.

El resumen que puede extraerse de lo argumentado, con independencia del concepto y la naturaleza jurídica de la cláusula, es la prudencia que deben tener los Tribunales en la evaluación de la ayuda humanitaria para evitar la inaplicación práctica del artículo 318 bis, lo que hace reflexionar sobre la inconveniencia de su inclusión, en primer término, o bien en la perversa regulación de este precepto, en segundo, tal y como se expondrá en las conclusiones de esta investigación.

3. Tipo atenuado

Se recoge el tipo atenuado en el sexto y último apartado del artículo 318 bis⁴⁷⁹.

dispone que “en todo caso, dada la relación familiar directa, con finalidad exclusiva de reagrupación familiar, la hija de muy corta edad y el padre del coacusado, concurre de modo inequívoco la excusa absolutoria de ayuda humanitaria, que excluye la punibilidad”.

⁴⁷⁹Dispone el artículo 318 bis 6 que “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 inferior en un grado a la respectivamente señalada”.

El tipo atenuado inserto en el último de los apartados que conforma el artículo 318 bis faculta a los tribunales para poder imponer la pena inferior en grado en atención a las siguientes motivaciones: la gravedad del hecho; las circunstancias del hecho; las condiciones del culpable; la finalidad perseguida por el culpable.

Como puede observarse, otorga un margen de discrecionalidad muy amplio al juzgador, quien puede posibilitar una rebaja de sanción si aprecia que cualquiera de los aspectos señalados tiene la entidad suficiente como para poder reducir la penalidad. No obstante, es necesario reiterar no sólo el arbitrio del juzgador en la evaluación de tales circunstancias sino el hecho de que la atenuación es facultativa a criterio del mismo.

Este tipo atenuado también es conocido como “cláusula innominada” o “tipo privilegiado” y se adopta con la modificación llevada a cabo por la LO 15/2003, de 20 de noviembre. Hay que tener en cuenta que no es hasta el año 2015 cuando se reduce considerablemente la penalidad del tipo básico hasta el año de prisión (hasta entonces, de cuatro a ocho años), por lo que el fin del acogimiento de tal cláusula en ese año 2003 era el reconocimiento del legislador de que la penalidad del tipo básico era excesivamente dura⁴⁸⁰. De esta forma, con dicho tipo pretendía salvarse tal “dureza”, facultando a los tribunales para la disminución de pena con la concurrencia de las circunstancias en ella mencionada⁴⁸¹. Por lo que, a grandes rasgos, su utilización tiene como objeto aplicar una pena proporcional a la entidad del hecho delictivo⁴⁸². Reprueba la doctrina que con la reforma propiciada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en la que se rebajó la penalidad en general del tipo, esta atenuación pierde su razón de ser, a pesar de la todavía elevada pena de los tipos cualificados⁴⁸³. Y, precisamente, en relación con los tipos agravados, también se reprocha la desproporción de la penalidad⁴⁸⁴.

A mayor abundamiento, un sector doctrinal va mucho más allá en la valoración de la inclusión del tipo atenuado al entender que podría verse violentado el principio de legalidad penal. Así lo concibe TORRES FERNÁNDEZ, quien manifiesta que “la previsión de este tipo penal viene a mitigar la considerable escalada punitiva, que se registra por la acumulación sucesiva de cualificaciones elegida para fijar la penalidad de los tipos y subtipos agravados, y

⁴⁸⁰ En el año 2003 se procedió al endurecimiento de las penas del tipo básico, según la Exposición de Motivos de la mencionada LO 11/2003, de 29 de septiembre, con base en la voluntad de cumplir los criterios de armonización impuestos por la UE en la materia. Así, para contrarrestar la elevada penalidad, se introdujo este tipo atenuado.

⁴⁸¹ En relación con tal dureza, puede señalarse a los siguientes autores: SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos...* cit. (2021), pág. 963. Señala que “la atenuación no es sino un reconocimiento, cuando no una muestra de “arrepentimiento”, de la excesiva dureza penológica con que se trata esta fenomenología criminal”. En el mismo sentido, ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros. *El Extranjero...* cit., pág. 392, al exponer que “esta cláusula atenuante, que en circunstancias normales debería ser recibida como un dato positivo en el marco de una disposición cuya penalidad está sobredimensionada, constituye por el contrario un factor perturbador más dentro de una regulación de por sí perturbada, una confirmación de que el Legislador es consciente del desmesurado ámbito de lo típico y de las en exceso elevadas penas y un freno a cualquier interpretación restrictiva del conjunto del precepto”.

⁴⁸² El mismo TS menciona el principio de proporcionalidad, por ejemplo, en ATS 1063/2022, de 24 de noviembre al establecer que “el artículo 318 bis 6 del Código Penal pretende dar respuesta al principio de proporcionalidad cuando la pena del tipo básico resulte excesiva atendidas las circunstancias que se mencionan, de modo que establece la posibilidad de la rebaja de la pena como una facultad del Tribunal sentenciador”.

⁴⁸³ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 610.

⁴⁸⁴ *Ibidem*. También muy crítico con esa desproporción, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. *Delitos contra los derechos...* cit. (2021), pág. 963.

que dada la amplitud del salto penológico, que puede llegar a alcanzarse en algunos casos, podría vulnerar el principio de legalidad en su aspecto de legalidad penal⁴⁸⁵

Asimismo, ha sido también cuestionado por la doctrina si existe la posibilidad de utilizar la atenuación respecto a los tipos básicos o también respecto a los agravados. En este sentido y aunque se cree que atañe a ambos por igual, debido a la expresión “respectivamente señaladas”, opinan los teóricos de la materia que, difícilmente podrán ser aplicadas a los tipos agravados, habida cuenta de que éstos prevén entre las circunstancias de agravación supuestos que se utilizan para la atenuación en esta cláusula innominada (véase la gravedad del hecho equivalente en el tipo agravado a la realización del hecho en el seno de la delincuencia organizada o generación de peligro para la vida salud o integridad), condiciones del culpable (equivalente a “prevalerse de la condición de funcionario o autoridad o pertenecer a organización o asociación criminal”) o finalidad perseguida por el mismo (en consonancia con el ánimo de lucro). Así, concibe tanto la doctrina como la jurisprudencia que resulta complicado poder observar la atenuación para casos distintos al tipo básico⁴⁸⁶. Todo lo anterior, unido a la cláusula de despenalización por ayuda humanitaria, puede llevar a que en la práctica este tipo atenuado sea escasamente aplicado⁴⁸⁷.

La Circular 5/2011, de 2 de noviembre, recoge los casos en los que debe y no debe ser considerado este tipo privilegiado. Así, se determina que “debe ser apreciado” en todo caso cuando exista un vínculo de parentesco entre el autor del delito y la víctima, sin que concurra otra intención que colaborar con el familiar a petición de la víctima o en su beneficio. Que “puede ser apreciado” cuando quede fehacientemente acreditado que los imputados realizaron la actividad como medio de pago de su transporte. Y “no puede ser apreciado” en relación con los agentes de la autoridad corrompidos⁴⁸⁸.

Además, se vislumbra cómo en los juzgados, cuando concurren las circunstancias antes descritas que permiten la moderación de la pena, los procedimientos se tramitan por los cauces del juicio rápido, finalizando por sentencia de conformidad.

Procede, a continuación, determinar qué se entiende por cada una de las expresiones empleadas en la redacción de este tipo atenuado, es decir, “gravedad del hecho y sus

⁴⁸⁵ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. *El tráfico de personas...cit.*, pág. 17.

⁴⁸⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. *Delitos contra los derechos... cit.* (2021), pág. 963. En los mismos términos el Tribunal Supremo en ATS 315/2024, de 12 de enero en relación con la STS 1019/2012, de 21 de diciembre, establece que “esta atenuación, permite a los tribunales imponer la pena inferior en grado a las respectivamente señaladas, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y a la finalidad perseguida por éste. Respecto a su posible interpretación, la doctrina entiende que aunque referido tanto al tipo básico como a las modalidades agravadas (por la referencia a “las penas respectivamente señaladas” se entiende que en los números anteriores), difícilmente podrá apreciarse en las segundas, pues precisamente el fundamento de la agravación de los distintos supuestos hace bien a la gravedad del hecho (el empleo de medios cualificados o abuso de circunstancias diversas, la generación de peligro concreto para la vida, salud o integridad), las condiciones del culpable (prevalerse de su condición de funcionario o autoridad o pertenecer a organización o asociación criminal) o la finalidad perseguida por el mismo (ánimo de lucro). Por ello, difícilmente podrá ser viable la apreciación de la atenuación a supuestos distintos de los contemplados en el tipo básico, bien entendido que este subtipo atenuatorio es potestativo del tribunal, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, sin que quepa generalizar lo que en la Ley constituye una excepción”.

⁴⁸⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. *Delitos contra los derechos... cit.* (2021), pág. 963.

⁴⁸⁸ *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios...cit.*, pág. 31.

circunstancias”, “condiciones del culpable” y “finalidad perseguida”. No obstante, el propio Tribunal Supremo, reconoce en estos términos, su falta de examen respecto a esta atenuación, cuando, por ejemplo, señala de forma literal que “esta Sala Casacional se ha ocupado en escasas ocasiones de analizar este subtipo atenuado (...)”⁴⁸⁹

No obstante, puede acudirse a la STS 503/2014, de 18 de junio, que trata de esclarecer la problemática de la siguiente forma:

- Por *gravedad del hecho y sus circunstancias*, esta resolución del Tribunal remite a la STS 887/2005, de 30 de junio, en la que se entendía que se hace referencia a circunstancias diversas recogidas en los apartados anteriores del precepto, tales como, el ánimo de lucro, minoría de edad, peligro para la salud, condición de funcionario en el sujeto activo, pertenencia a una organización, etc. Y añade que “el mismo criterio interpretativo que se utiliza para la misma expresión en el artículo 66.1.6ª, en todo caso concorde con un criterio de proporcionalidad, pues si hubiera que aplicar la atenuación, la degradación consecuente partiría de la penalidad prevista para el tipo agravado que tal circunstancia ya ponderada, determinase; de donde en este apartado, excluidas aquellas circunstancias, debemos ponderar en beneficio del acusado que se trata de introducir a una sola persona en vehículo particular, aunque en contra, que se trata de un vehículo manipulado para construir un habitáculo oculto”⁴⁹⁰.

- Por *condiciones del culpable*, el TS refiere la neutralidad en las actuaciones, puesto que a la ausencia de antecedentes penales del sujeto se le suma el hecho de que no conste la dedicación de éste al favorecimiento de la inmigración clandestina. Y ve favorable que no se apreciara por el Tribunal de instancia una especial peligrosidad social del acusado.

- Y en relación con la *finalidad perseguida*, incide en que “no constan razones humanitarias, donde la atenuación encuentra mayor acomodo, pero tampoco el lucro ponderado acreditado, debe determinar su incidencia negativa, cuando meramente se logra justificar y es por voluntaria admisión del recurrente, que hizo el transporte a cambio de 150 euros. Tan nimia cantidad, en relación con el riesgo asumido, resulta significativa sobre la necesidad o penuria que le determinaba a actuar”⁴⁹¹.

En la práctica, los casos más comunes de uso de este tipo atenuado son los siguientes: la asunción de riesgos por parte del actor, carecer de antecedentes penales, reducido número de inmigrantes implicados, escaso perjuicio económico generado para el inmigrante, corresponder la iniciativa para entrar, transitar o permanecer en España vulnerando la normativa de extranjería a los propios inmigrantes, el transporte en condiciones ventajosas (por ejemplo, en avión) o cuando el que preste la ayuda o cooperación también pretende procurarse para él

⁴⁸⁹ STS 1025/2012, de 26 de diciembre de 2012. Si bien es cierto que tal resolución es relativamente antigua, no existen otras más recientes que efectúen un análisis exhaustivo de lo que debe interpretarse por cada una de las expresiones que integran este tipo.

⁴⁹⁰ STS 503/2014, de 18 de junio.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

mismo o sus familiares esa entrada ilegal o clandestina, es decir, cuando el autor persiga el mismo objetivo que el inmigrante con quien colabora. Como puede advertirse, son supuestos muy amplios que, en muchas ocasiones precisa de la concurrencia de varios de los mencionados, puesto que, de forma independiente no tendrían la entidad suficiente como para ser atendidos⁴⁹². De hecho, como compendio de algunos de los anteriores casos, se puede volver a incidir en la STS 503/2014, de 18 de junio, anteriormente referenciada, a fin de verificar cómo son criterios válidos para la sujeción a este tipo del apartado sexto, el hecho de introducir a una sola persona en vehículo particular, la ausencia de antecedentes penales y de dedicación previa al favorecimiento de la inmigración clandestina, así como la penuria o necesidad que llevaba a actuar al sujeto activo en relación con el riesgo asumido. En conclusión, un elevado número de condiciones convergentes en el hecho delictivo que, de esta forma, sí permitirían la atenuación. Es por este motivo que resulta amplia la jurisprudencia existente, con un extenso abanico de resoluciones que hacen uso del artículo 316 bis 6, incluyéndose a tal efecto, a continuación, y a modo de resumen, una tabla con las conductas más frecuentes que dan lugar a la utilización del tipo atenuado.

Tabla 8. *Conductas más frecuentes de aplicación del tipo atenuado*

Conductas más frecuentes de aplicación del tipo atenuado
Iniciativa de los propios inmigrantes ⁴⁹³
Conductas de colaboración en un escalón inferior a la organización ⁴⁹⁴

⁴⁹² En relación con la concurrencia de circunstancias para la apreciación de este subtipo atenuado, el ATS 197/2023, de 23 de febrero o ATS 1063/2022, de 24 de noviembre disponen que “la apreciación del subtipo atenuado exigiría no solo un plus de motivación, sino la conjunción de toda una serie de variables, relacionadas con las características del viaje y las propias personales de los acusados, que les hiciera merecedores del menor reproche punitivo establecido por la Ley (...)”

⁴⁹³ Por ejemplo, la SAP Barcelona 587/2008, de 8 de julio, considera que la gravedad de los hechos permite la subsunción de éstos en el tipo atenuado por la iniciativa de las propias inmigrantes. Así, dispone que “el caso enjuiciado no se caracteriza por una especial gravedad. Más allá de que *la idea de venir a España surgió de las propias ciudadanas extranjeras que entraron ilegalmente en nuestro país, siendo ellas quienes se encargaron de gestionar sus pasaportes y billete para el viaje (...)* Ello justifica la atenuación de la pena”.

Igualmente, la SAP Almería 287/2022, de 14 de julio, cuando establece que “en efecto, de la prueba practicada, en especial, las manifestaciones del detenido y las condiciones de su detección, puede deducirse que *la finalidad perseguida por éste era la de migrar clandestinamente con los demás viajeros a España (...)*”

En el mismo sentido, la SAP Las Palmas 281/2018, de 31 de julio, que dispone que “en base a las manifestaciones vertidas por todos ellos y a la notoria situación en la que todos se encuentran, consideramos que *los acusados actuaron con el fin de alcanzar las costas españolas para buscar un mejor porvenir para ellos y sus familias en nuestro País, por ello accedieron a participar activamente en la facilitación de la inmigración clandestina de personas*, y en tales circunstancias esta Sala considera que debe aplicarse el apartado 6º del artículo 318 bis (...)”

⁴⁹⁴ Así se pone de manifiesto en las SSAP Sta. Cruz de Tenerife 639/2008, de 16 de septiembre y 660/2008, de 19 de septiembre, al indicarse que “estima la Sala que tratándose un comportamiento favorecedor del tráfico ilegal, mediante la ejecución de actos de contenido colaborador, *pero sin duda en un escalón por debajo de los organizadores del viaje*, y con el expreso deseo, al ejecutar tales actos, no de obtener un lucro, sino de entrar de forma ilegal, al igual que el resto de los ocupantes de la embarcación, en el territorio español, aunque insistimos,

Reducido número de inmigrantes afectados ⁴⁹⁵
Relación de parentesco entre el sujeto activo y la víctima (inmigrante) ⁴⁹⁶
Escaso lucro económico obtenido por el sujeto activo/escaso perjuicio económico generado a la víctima (inmigrante) ⁴⁹⁷

colaborando con aquéllos, - que es lo que hace típica la conducta -, estimamos de aplicación el tipo atenuado del art. 318 bis 6 (...)."

Igualmente, en la SAP Las Palmas de Gran Canaria 350/2022, de 18 de noviembre, al declararse que "en efecto, de la prueba practicada (...) puede deducirse que la finalidad perseguida por estos era la de migrar clandestinamente con los demás viajeros a España, sin que se haya acreditado que haya recibido remuneración por su conducta *ni que forme parte de la organización que había preparado el viaje y, por ello, sin capacidad de influir sobre las peligrosas condiciones materiales en que se efectuó la travesía(...)*".

En los mismos términos, la SAP Almería 299/2022, de 27 de julio, cuando indica que "ante ello, (...) *ni tampoco consta acreditado que formase parte de la organización que había preparado el viaje (...)*, entendemos justificada la aplicación de este subtipo atenuado".

También en la misma línea, la SAP Almería 287/2022, de 14 de julio, cuando determina que "en efecto, de la prueba practicada, en especial, las manifestaciones del detenido y las condiciones de su detección, puede deducirse que (...), sin que se haya acreditado que haya recibido remuneración por su conducta *ni que forme parte de la organización que había preparado el viaje y, por ello, sin capacidad de influir sobre las peligrosas condiciones materiales en que se efectuó la travesía (...)*".

⁴⁹⁵ En este sentido, las SAP Ávila 173/2009, de 16 de noviembre, que dispone que "un tipo atenuado, en cuya presencia estamos, pues ordena atender a la gravedad del hecho y sus circunstancias, condiciones del culpable y finalidad perseguida por éste, y ahora es de ver que *la magnitud del desvalor es relativa al afectar a un número muy reducido de personas, y haberse materializado el ilícito sin riesgo ni padecimiento de los ciudadanos extranjeros(...)*".

En iguales términos, la STS 887/2005, de 30 de junio, en la que se establece que "si, como ciertamente ocurrió, hay un elemento favorable a la disminución de la pena, *el ser una sola persona la transportada (...)*".

⁴⁹⁶ Un ejemplo de ello es la STS 768/2007, de 1 de octubre, en la que, de forma literal, se establece que "de acuerdo con esta doctrina, la cuestión podría ser examinada en el sentido de establecer si los datos contenidos en el relato fáctico de la sentencia impugnada permitirían afirmar que estamos ante un supuesto de menor gravedad. En la sentencia se dice *que se trata de familiares, que les facilitó la entrada en el buque en el que trabaja, y que los mantuvo escondidos en su camarote. Además, en el fundamento de derecho segundo recoge las declaraciones de uno de los dos familiares de las que destaca que actuó así a petición de ellos y que les llevaba la comida al camarote donde permanecían escondidos. Se trata de circunstancias que pueden ser valoradas más allá de lo realizado por el Tribunal de instancia, pues la gravedad del hecho en relación a la afectación de derechos esenciales se reduce durante el viaje por la presencia del familiar y su actitud, y la finalidad de éste no es otra que prestar ayuda a personas con las que se encuentra vinculado de forma muy cercana*".

Otra resolución que lo estipula es la STS 46/2016, de 3 de febrero, en el que se determina que "*la persona cuya entrada en España trataba de facilitar Gerardo era su propia hija, circunstancia merecedora de menor reproche social y, consecuentemente, de una respuesta penal más favorable. Tal es la consideración que llevo a la misma a aplicar el subtipo atenuado del art. 318 bis 5 Código Penal vigente a tenor de la fecha de los hechos*".

⁴⁹⁷ En dichos términos, la ya mencionada SAP Ávila 173/2009, de 16 de noviembre, que junto al número reducido de inmigrantes también valora positivamente el escaso perjuicio económico generado a los inmigrantes, al disponer lo siguiente: "un tipo atenuado, en cuya presencia estamos, pues ordena atender a la gravedad del hecho y sus circunstancias, condiciones del culpable y finalidad perseguida por éste (...) y ahora es de ver que la magnitud del desvalor es relativa al afectar a un número muy reducido de personas (...), *y con escaso perjuicio económico para los mismos. Procede, en consecuencia, imponer la pena inferior en un grado a la prevista en el primer párrafo del artículo*".

También lo acoge la SAP Las Palmas de Gran Canaria 350/2022, de 18 de noviembre, al estipular que "en efecto, de la prueba practicada, en especial, las manifestaciones de los acusados y las condiciones de su detección, puede deducirse que la finalidad perseguida por estos era la de migrar clandestinamente con los demás viajeros a España, *sin que se haya acreditado que haya recibido remuneración por su conducta (...)*".

En la misma línea, la SAP Almería 299/2022, de 27 de julio, cuando señala que "ante ello, y puesto que *no consta acreditado que haya recibido remuneración por su conducta -por dirigir la travesía-, ni tampoco consta acreditado que formase parte de la organización que había preparado el viaje, ni tampoco se le encontró nada de valor al ser detenido, ni dinero ni otros efectos*, entendemos justificada la aplicación de este subtipo atenuado".

Ausencia de antecedentes penales en el sujeto activo
Asunción de riesgos por parte del sujeto activo
Transporte en condiciones ventajosas (p.ej. en avión)

Fuente: elaboración propia

Como epílogo de este apartado, apporto mi parecer sobre este artículo 318 bis CP. Al respecto, pienso que estamos ante un tipo atenuado muy vago, impreciso, amplio y, en definitiva, escandalosamente subjetivo, que deja al libre albedrío del juzgador la definición de los comportamientos conducentes a la atenuación de la pena. De esta forma, ha sido el Tribunal Supremo el que muy someramente ha interpretado lo que debe de entenderse por cada una de las expresiones utilizadas en el artículo 318 bis 6, sin que sea una exégesis concluyente a la que poder sujetarse. Además, la Fiscalía en su Circular 5/2011, de 2 de noviembre, tampoco ayuda holgadamente a la interpretación, puesto que fija un solo caso en el que este tipo atenuado debe ser apreciado (relación de parentesco) y otro en que no puede ser atendido (corrupción del agente de la autoridad). Por lo que la conclusión es clara: puede haber y hay múltiples situaciones para los que no se ha estipulado absolutamente nada.

Tal subjetividad implica inseguridad, habida cuenta de que la aplicación del tipo atenuado queda bajo el criterio de quien tenga que juzgar el caso concreto. Así, podrá haber variabilidad de resoluciones en función del juez o tribunal que conozca del asunto. A mayor abundamiento, se reitera que no hay una jurisprudencia asentada y consolidada que permita discernir cuándo debe aplicarse y cuándo no este tipo atenuado. Y, además, son numerosas las circunstancias que tienen que concurrir de forma conjunta para que se atenúe la pena, ya que ninguna individualmente tiene la entidad suficiente como para definir la rebaja de la penalidad asociada.

Todo lo anterior se arreglaría si el legislador hubiera sido determinante a la hora de precisar las causas concretas de atenuación de la pena. Sin embargo, el sentido de la inclusión del tipo atenuado, es decir, el arrepentimiento por la excesiva penalidad del tipo básico ha conducido a este apartado, en mi opinión, de regulación nefasta desde el punto de vista de política criminal.

4. Presencia y ausencia del ánimo de lucro en el tipo básico

La dicción literal del artículo 318 bis en su apartado primero y segundo es el punto de partida para examinar las consecuencias de la presencia y ausencia del ánimo de lucro en estas dos modalidades que configuran el tipo básico, es decir, la ayuda a la entrada o tránsito -que no

Igualmente, otra resolución de la misma Audiencia, esto es, la SAP Almería 287/2022, de 14 de julio, acoge este supuesto al establecer que “en efecto, de la prueba practicada, en especial, las manifestaciones del detenido y las condiciones de su detección, puede deducirse (...), *sin que se haya acreditado que haya recibido remuneración por su conducta (...)*”.

prevé el ánimo de lucro en su composición⁴⁹⁸- y la ayuda a la permanencia -que sí prevé el ánimo de lucro en su configuración-⁴⁹⁹.

4.1. Consideraciones previas: consecuencias de la ausencia de ánimo de lucro en el tipo básico (modalidad de ayuda a la entrada o tránsito). Tipo de ficticia atenuación

Como ya se ha manifestado a lo largo de la exposición, la diferencia fundamental entre las dos modalidades que integran el tipo básico del artículo 318 bis radica en la exigencia de ánimo de lucro en la conducta de “ayuda a la permanencia”, ausente en la conducta de “ayuda a la entrada o tránsito”. A dicha situación se llega como consecuencia de la transposición directa de la Directiva comunitaria que lo contempla. Por tanto, ha sido esa exigencia de la Unión Europea la que condujo al legislador español a la redacción del precepto de la forma antes descrita. No obstante, no ha estado exento de reproches la inclusión cual reza dicha Directiva. Y es que entienden algunos autores, entre los que se encuentra POMARES CINTAS, a su vez muy crítica con que se haya hecho de esta forma, que “transponer” exige un juicio de adecuación y coherencia con el ordenamiento interno, no una reproducción literal de lo que dice la Directiva. Por eso se reafirma en que eso no es trasponer, sino reproducir literalmente⁵⁰⁰. De hecho, la Directiva obvia acuerdos previos que sí lo contemplaban, como puede ser el Acuerdo de Schengen de 1985, que en su artículo 27.1 estipulaba el compromiso de sancionar al que “con fines lucrativos ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando su legislación” o el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que pretende combatir el tráfico que se realice “con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

La nomenclatura utilizada para definir este epígrafe, aparte de hacer uso de la expresión “tipo básico en la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito”, acoge también una fórmula creada ad hoc como equivalente de la anterior, que es la de “tipo de ficticia atenuación”. Esta invención responde a la consecuencia directa de la ausencia de ánimo de lucro en esta modalidad, en relación con la segunda modalidad, que sí lo exige. Y es que, si la penalidad es la misma para ambas conductas, automáticamente puede inferirse cómo la primera (ayuda a la entrada o tránsito) -que no requiere el ánimo de lucro, pero tiene igual pena (de tres meses a un año) que la modalidad de ayuda a la permanencia que, a sensu contrario, sí requiere ánimo de lucro- es un tipo atenuado o al menos, como así se ha denominado, de ficticia atenuación. De esta forma, el término “atenuación” se derivaría de atribuir igual penalidad para una conducta que en comparación con la otra modalidad, carece de uno de los elementos constitutivos del

⁴⁹⁸ Reza el 318 bis 1 que “el que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

⁴⁹⁹ Reza el 318 bis 2 que “el que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

⁵⁰⁰ En dicha línea, POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...*cit., pág. 10.

tipo. Mientras que la locución “ficticia” respondería a que, aunque la realidad y la práctica pongan de manifiesto el menor desvalor de injusto por la ausencia de ánimo de lucro en la conducta de ayuda a la entrada y tránsito, el legislador no lo ha previsto como tal, esto es, como un tipo atenuado al uso, sino que lo introdujo y lo ha mantenido en el tiempo como otra de las conductas integrantes del tipo básico. De ahí que “ficticiamente”, no realmente, sea un tipo atenuado.

Ahondando en el examen, se pone de manifiesto cómo la consecuencia directa de la inclusión de la ayuda a la entrada o tránsito sin la exigencia de ánimo de lucro es la elevación a la categoría de delito de meras infracciones administrativas. Ya se esgrimió en Capítulo IV la doble incriminación en que se incurría al contemplar la Ley de Extranjería en el artículo 54.1 b) como infracción administrativa, la misma conducta que se introduce en el Código Penal como delito, con la controversia del ánimo de lucro, presente en el artículo 54.1 b) y ausente en el artículo 318 bis en la modalidad indicada, lo que supone considerar que reviste mayor gravedad la conducta administrativa que la conducta penal. Todo ello conduce a que, mayoritariamente entre la doctrina, se mantenga que la configuración actual de este precepto supone que sea un delito falta de lesividad, con dificultades para que, en la práctica, sea realmente aplicado. A ello hay que añadir el hecho de que dichas infracciones no implican atentar contra los intereses o derechos de los migrantes, sino que se ha utilizado el Código Penal para satisfacer las exigencias europeas y del Estado del control de los flujos migratorios. El propio Tribunal Supremo discute que puedan castigarse penalmente conductas que no lo son desde el punto de vista administrativo⁵⁰¹.

Por las razones antedichas, no son pocas las voces que exigen su derogación, a fin de que sea el Derecho Administrativo sancionador el que intervenga en ese control de los flujos migratorios, o al menos, que se castiguen penalmente sólo a aquellos casos en los que la ayuda a la inmigración clandestina se lleve a efecto con ánimo de lucro y en el marco de la delincuencia organizada⁵⁰².

Finalmente, y en cuanto a la penalidad, es patente la desproporcionalidad del castigo asignado a cada una de las dos modalidades que integran el tipo básico, en el sentido de que la realización de ambas conductas, esto es, ayuda a la entrada o tránsito, por un lado, ayuda a la permanencia, por otro, conlleva la aplicación de la misma pena, es decir, prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses. De este modo, la desproporcionalidad radica en la exigencia de injusto superior en la modalidad de ayuda a la permanencia (a sensu contrario, la rebaja de injusto en la ayuda a la entrada o tránsito).

4.2. Ánimo de lucro en el tipo básico (modalidad de ayuda a la permanencia)

Se ha reiterado en innumerables ocasiones que el ánimo de lucro en el artículo 318 bis CP tiene una doble función: por un lado, actúa como elemento subjetivo específico del tipo en el caso de la segunda de las modalidades delictivas que configura el tipo básico, esto es, en la

⁵⁰¹ Por ejemplo, en STS 212/2012, de 9 de marzo o 466/2012, de 28 de mayo.

⁵⁰² PÉREZ ALONSO, Esteban. *Los delitos contra los derechos...cit.*, pág. 1845.

ayuda a la permanencia del extranjero en España; por otro, funciona como circunstancia agravante en la primera de las modalidades delictivas que constituye el tipo básico, esto es, en la ayuda a la entrada o tránsito, convirtiéndolo en el primero de los tipos agravados.

En lo relativo al tipo básico, el apartado segundo del artículo 318 bis dice que “el que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

No obstante, antes de entrar a valorar cómo opera el ánimo de lucro en esta modalidad, es necesario proporcionar una visión general sobre esta circunstancia. Así, nos hallamos ante un elemento de amplia tradición y de naturaleza subjetiva que normalmente es utilizado en los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico formando parte del tipo como elemento subjetivo, al igual que en esta conducta ahora estudiada. Esto supone concebir el ánimo de lucro como elemento de delimitación del ámbito punitivo, de tal forma que la ausencia del mismo destipificaría la conducta⁵⁰³. De hecho, son numerosas las ocasiones en las que se aprecia en el Título XIII del Código Penal (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) en esa función de elemento constitutivo del tipo. Así, puede observarse en el delito de hurto del artículo 234 CP (El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas...), el delito de robo del artículo 237 CP (Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas...), delito de extorsión del artículo 243 CP (El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación...) o el delito de estafa del artículo 248 CP (Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante...)

En lo que nos atañe, se castiga a quien ayude con ánimo de lucro a un extranjero (no nacional de Estado miembro) a permanecer en España, con vulneración de la legislación de extranjería, lo que deriva en la imposición de la pena de tres meses a un año de prisión o multa de tres a doce meses, es decir, igual sanción que para la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito. En este marco, como se recordará, denominábamos con anterioridad “tipo de ficticia atenuación” a la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito, por no incluir ésta el elemento del ánimo de lucro y, aun así, ostentar la misma pena que la segunda conducta. Sin perjuicio de ello, hay autores que prefieren utilizar una calificación particular o propia para referirse a la modalidad de ayuda a la permanencia. Es el caso, en este sentido, de QUERALT JIMÉNEZ, que habla de “tipo (aparentemente) agravado” y critica que siendo tres los elementos esenciales de la infracción (ayuda, permanencia y ánimo de lucro) llame la atención que la pena de la ayuda sea la misma que la del tipo básico de ayuda para entrar o transitar del apartado 1.I⁵⁰⁴.

Igualmente, también hacíamos referencia previamente a la afectación del principio de proporcionalidad como consecuencia del mantenimiento del mismo castigo para ambas conductas, de tal forma que también ahora hay que insistir en esta idea, debido al déficit punitivo para los casos de permanencia con ánimo de lucro, como así exponen numerosos autores, tales como SANTANA VEGA⁵⁰⁵. A mayores, también se aprecia cómo un sector

⁵⁰³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos...* cit. (2002), págs.106 y 107.

⁵⁰⁴ En ese sentido, QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español...*cit., pág. 927.

⁵⁰⁵ SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...*cit., pág. 1474 y 1475.

doctrinal identifica esta conducta con la antigua inmigración clandestina, debido a que el castigo se dirige a quien permanece en España vulnerando la legislación de extranjería (carecer de permisos, estar sujeto a orden de expulsión, etc.), con independencia de si fue o no legal la entrada⁵⁰⁶. Incluso, de hecho, existen bastantes opiniones contrarias a la tipificación penal de esta modalidad de forma aislada, por entender que con ella se castiga el mero favorecimiento del inmigrante, y no de la inmigración ilegal⁵⁰⁷, como *supra* se ha dicho.

Por último, aparte de que se exige también para esta conducta el dolo, el elemento diferencial sobre el que pivota toda la regulación que es el ánimo de lucro, fundamentalmente se referirá a la explotación sexual o laboral cuando no concurren las exigencias para que se dé el delito de trata del artículo 177 bis, siempre que exista el consentimiento del ciudadano extracomunitario⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ *Ibidem*. Igualmente, ESCOBAR VEAS sostiene que la razón de no incluir el ánimo de lucro en el tipo básico sino como circunstancia agravante de la responsabilidad radica en que en las legislaciones europeas se confunde el delito de tráfico de migrantes, con el ilícito de favorecimiento de la inmigración. ESCOBAR VEAS, Javier. “El ánimo de lucro en el delito de tráfico de migrantes: análisis crítico de la legislación europea”. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad de La República*, nº 46, 2019 pág. 4. Disponible en: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/644/1151> (fecha de consulta: 3 de marzo de 2024).

⁵⁰⁷ En tal sentido, POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...cit.*, pág. 17.

⁵⁰⁸ SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...cit.*, pág. 1474.

PARTE TERCERA

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS TIPOS AGRAVADOS. PERSONAS JURÍDICAS

CAPÍTULO SEXTO
TIPOS AGRAVADOS. PERSONAS JURÍDICAS

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Introducción

Nos adentramos a través de este sexto y último capítulo en el estudio en profundidad y pormenorizado de los tipos agravados del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, precisamente una de las razones de ser de esta tesis doctoral, tal y como reza el título que la preside.

Sin embargo, no sólo en la incriminación de este delito podemos tropezar con estas agravantes, sino que también en la parte general del Derecho Penal se acogen una serie de circunstancias aplicables a cualquiera de los tipos comprendidos en la parte especial. Son los artículos 21 a 23 del Código Penal los reservados a aunar de forma genérica lo que ha venido en denominarse “circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”. Y precisamente, es el artículo 22 el que prevé un total de ocho agravantes destinadas a los delitos que se perpetren con la concurrencia de alguna o varias de éstas y que va a afectar a la pena imponible al responsable de dicho hecho delictivo. Sin embargo, como ya se ha adelantado, de forma específica el legislador también puede prever en la propia descripción típica del delito que la convergencia de alguna circunstancia provoque que el hecho sea susceptible de una mayor penalidad. Es esto lo que ocurre en el caso del artículo 318 bis CP, que acoge hasta cuatro circunstancias agravantes en su articulado, como son, el ánimo de lucro, la comisión por organización criminal, el peligro para la vida o causación de lesiones graves y el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. El fundamento puede estar en la presencia de un mayor desvalor del injusto, bien de acción o resultado, un mayor reproche en la culpabilidad o cualquier otro motivo de política criminal que haga merecedor al infractor de una mayor sanción. La resolución del conflicto que pueda generarse por la confluencia de las agravantes genéricas del artículo 22 CP y las propias de cada delito deberá articularse sin perder de vista el principio de inherencia⁵⁰⁹, a través del que se definirá cuál de ellas es la aplicable y que, en definitiva, supone la anulación o ineficacia de las circunstancias comunes por dos posibles supuestos: el primero, que la circunstancia haya sido descrita en la regulación del tipo, en cuyo caso, la ineficacia deriva del principio *non bis in idem*, es decir, la prohibición de castigar dos veces la misma conducta; el segundo, implica la ineficacia de la circunstancia genérica porque la previsión en la regulación del tipo responde a la necesidad o inherencia a éste, de tal forma que su ausencia provoca que no pueda darse ese tipo concreto.

Son dos de las cuatro agravantes previstas en el artículo 318 bis las afectadas por lo anteriormente descrito, esto es, por la equivalencia o equiparación con alguna de las circunstancias genéricas del artículo 22 CP. Concretamente, se trata del apartado cuarto del artículo 318 bis - los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público- cuya similitud es evidente con la agravante séptima del artículo 22 -prevalerse del carácter público que tenga el culpable-. Y la circunstancia tercera del párrafo

⁵⁰⁹ El artículo 67 del Código Penal dispone que “las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

primero - si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior- que coincide con la agravante tercera -ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa- del artículo 22. Conforme a lo referenciado, automáticamente las agravantes del artículo 22 derivan en ineficaces y, por consiguiente, no serán de aplicación cuando concurren en el hecho delictivo del artículo 318 bis.

2. Referencias sistemáticas

Avanzando en el examen de las circunstancias agravantes, puede subrayarse cómo son numerosas las cualificaciones reunidas en el precepto: ánimo de lucro, organización criminal, peligro para la vida, peligro de causación de lesión grave o prevalimiento de condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Aun así, a partir de la reforma de 2010, a través de la cual se incriminó de forma independiente el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y la trata de seres humanos, fueron muchas las conductas que salieron del 318 bis para integrarse en el nuevo 177 bis (violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima) por lo que, en la actualidad, y respecto a ese año 2010 se han perdido varias circunstancias agravantes que ahora se incardinan en tal artículo 177 bis. A mayores y, en cuanto a la penalidad, cabe enfatizar en la especial gravosidad de los tipos hiperagravados. Y es que éstos contemplan penas de cuatro a ocho años de prisión cuando, en el tipo básico, la pena privativa de libertad no sólo oscila entre los tres meses y el año, sino que, faculta al juzgador para elegir por la pena de multa como alternativa.

La configuración de los tipos agravados del artículo 318 bis en su última redacción, dada como sabemos por la LO 1/2015, de 30 de marzo e inamovible hasta la fecha se caracteriza, a mi entender, por la desorganización, puesto que no hay una correlación lógica que permita establecer una sistematización metódica y racional de los diferentes apartados que conforman el precepto. Tal desorden puede responder a la configuración desigual de las dos modalidades que integran el tipo básico. Y es que, si en una de ellas el ánimo de lucro es elemento constitutivo del tipo y en la otra conducta actúa como circunstancia agravante, ésta última ha de preverse de una manera tal que afecte en exclusiva a la primera de ellas, es decir, a la modalidad en la que el ánimo de lucro no es elemento integrante del tipo. Igualmente, si la cláusula de ayuda humanitaria sólo puede aplicarse a la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito -por no prever en su redacción el ánimo de lucro- también a ésta se le ha tenido que buscar un acomodo apropiado para referirse sólo a esta conducta y no a la modalidad de ayuda a la permanencia, que sí alberga el ánimo de lucro como elemento del tipo.

Marcado por lo señalado previamente, se puede comprobar cómo el párrafo tercero del apartado primero acoge el primer tipo agravado, esto es, el ánimo de lucro, afecto exclusivamente a la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito y que sostiene la pena del tipo básico en su mitad superior.

En el apartado tercero se incardinan otros dos tipos hiperagravados: el primero de ellos, previsto en la letra a), castiga la comisión por organización criminal, con especial penosidad para los jefes, encargados o administradores de dichas organizaciones a los que se les puede

imponer la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado; y el segundo, estipulado en la letra b), castiga aquellas conductas que supongan un peligro para la vida de las personas o un peligro de causación de lesión grave. Las penas oscilan para estos supuestos, letras “a” y “b” entre los cuatro a ocho años de prisión. Tal y como se puede advertir, la elevación de la pena respecto al tipo básico es incuestionable, eliminando incluso la posibilidad de aplicación de una pena de multa más elevada.

Y, finalmente, el apartado cuarto recoge el cuarto de los tipos hiperagravados, que se fundamenta en la comisión del hecho delictivo con prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso, se añade a la pena de cuatro a ocho años de prisión común para el resto de tipos agravados, la obligatoriedad de imponer la pena de inhabilitación absoluta, en particular, en la extensión de seis a doce años.

La comisión por persona jurídica, a la que se dedica un epígrafe independiente de este capítulo, se inserta en el apartado quinto, atribuyéndosele una pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Asimismo, con carácter facultativo se permite hacer uso de las penas del artículo 33.7 letras b) a g). Es necesario resaltar este apartado por novedoso. Y es que hay que remontarse al año 2010 para certificar su incriminación, que se produce por la reforma operada en el precepto por la LO 5/2010, de 22 de junio. La complejidad del concepto y la penalidad a la que se somete, debido a la multitud de consecuencias accesorias aplicables al caso, no dejarán indiferente a nadie.

II. TIPO AGRAVADO POR EL ÁNIMO DE LUCRO

1. Evolución normativa y concepto

El ánimo de lucro como subtipo agravado siempre se ha mantenido en el artículo 318 bis CP desde su inclusión por la Disposición Final Segunda de la LO 4/2000, de 11 de enero. En su origen, se previó en el apartado segundo con otras muchas circunstancias agravantes - violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de necesidad de la víctima- que, como se recordará, salieron del precepto en el año 2010 cuando se crea el artículo 177 bis encargado de regular la trata de personas. Sin embargo, el ánimo de lucro ha permanecido imperturbable a todas las reformas habidas sobre el artículo. Las diferencias observables radican en la reorganización de apartados y en la penalidad. En relación con esta última, inicialmente se estipuló la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses cuando los hechos -promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal de personas- se cometían con ánimo de lucro. Posteriormente, ya a partir de la modificación obrada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se instauró la “pena en su mitad superior” a la del tipo básico, lo que se mantuvo hasta y después del último cambio, el producido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que es la redacción ahora vigente. Por consiguiente, la pena resultante será la prisión en el rango que oscila de los 7.5 meses y un día al año, o bien la multa en el margen que va de los de los 7.5 meses y un día a los doce meses.

En cuanto al concepto de ánimo de lucro desde el punto de vista de Derecho Penal, se puede definir como la “ganancia o provecho económico que se obtiene por la incorporación de la cosa al propio patrimonio. Exige algo más que el mero provecho”⁵¹⁰. De esta forma, se asemejaría a la circunstancia agravante del artículo 22.3ª relativo al “precio, recompensa o promesa” puesto que el fin cuando existe ánimo de lucro es la obtención de un beneficio que, en general, revestirá un carácter económico. De hecho, como se verá seguidamente, de las interpretaciones llevadas a cabo sobre esta cualificación, las mayoritarias excluyen aquella ganancia que no sea de tipo monetario.

2. Interpretación doctrinal y jurisprudencial

De forma literal el artículo 318 bis dispone que “si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior”. En cuanto a los “hechos” a los que se refiere, son los recogidos en el apartado primero, es decir, “el que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o transitar a través del mismo (...)”, o lo que es lo mismo, la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito.

Previo a la última reforma llevada a cabo sobre el 318 bis, autores como RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, LÓPEZ CERVILLA o SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS justificaban la razón de la agravación en el mayor reproche o desvalor de acción que causaba esta conducta, al estar comerciándose con personas⁵¹¹. Además, apostilla SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, que la interpretación del ánimo de lucro como circunstancia agravante debe ser hecha de forma más restrictiva que los casos en que se erige como elemento constitutivo del tipo. Por eso, rechaza una exégesis profunda y amplia que se concede al ánimo de lucro en los delitos patrimoniales, debiéndose, por ende, descartarlo cuando la finalidad sea un lucro moral o ideal. En definitiva, según este autor, se incluiría en el concepto de “ánimo de lucro” del delito de tráfico ilegal de personas cualquier ganancia económica y supuestos próximos al precio, recompensa o promesa. Además, sostiene que esta circunstancia agravante se extiende a todos los partícipes en el hecho delictivo, es decir, no sólo a quienes busquen ese fin lucrativo sino incluso a aquéllos que ofrecen el precio o la recompensa para la realización del tráfico cuando igualmente ellos aspiran a obtener alguna ventaja de la operación⁵¹².

⁵¹⁰ Diccionario panhispánico del español jurídico.

⁵¹¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Ley de Extranjería...* cit., pág. 6. De forma literal establece la autora que “se trata de una cualificación heterogénea, basada en un mayor desvalor subjetivo de la acción en el supuesto del ánimo de lucro (finalidad espuria especialmente disvaliosa si se tiene en cuenta que se está comerciando con personas)”. LÓPEZ CERVILLA, José María. “El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales. (Artículos 318 bis, 313.1 y 312.2.2º del Código Penal)”. Centro de Estudios Jurídicos, pág. 2728. Establece que “el fundamento de esta agravación consiste en la mayor reprochabilidad de la conducta de quien comete el delito por intereses económicos”. También SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos...* cit. (2002), pág. 106 al afirmar que “el fundamento es la mayor reprochabilidad que comporta el hecho de realizar las conductas de tráfico con una motivación de orden económico, o lo que es lo mismo es más reprochable cuando se pretende con él la obtención de un lucro o ventaja patrimonial”.

⁵¹² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos...* cit. (2002), pág. 106.

Otro sector de la doctrina es más reacio a la inclusión del ánimo de lucro como circunstancia agravante en el artículo 318 bis CP. Así lo comparten PÉREZ ALONSO o PARDO MIRANDA, quienes estiman que el ánimo de lucro está ya incluido en la definición de tráfico ilegal de migrantes, de conformidad con el concepto acogido por el artículo 1a) del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, por lo que ya es un elemento esencial de la propia concepción y núcleo esencial del delito⁵¹³. Igualmente, opinan estos autores que desdibujar su naturaleza como elemento esencial del delito para transformarlo en un elemento accidental que sólo condiciona una agravación de la pena, pero no la pena, resulta criticable porque supone una injustificada ampliación del ámbito de intervención penal en esta materia, más propia del expansionismo y punitivismo del enfoque trafiquista mantenido hasta ahora por la política criminal del Estado español y de la UE⁵¹⁴.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, viene entendiendo por ánimo de lucro el beneficio económico obtenido por el sujeto activo⁵¹⁵. No obstante, el Tribunal Supremo, en STS 1059/2006, de 31 de octubre, no sólo concibe el ánimo de lucro como la contraprestación que se hace en dinero sino también la efectuada en especie, al afirmar en dicha resolución que “el hecho de ser eximido del pago de los 1.500 euros del traslado, a cambio de integrarse en el grupo de personas que gobernaban el barco, tomaban las decisiones y llevaban el mando, expresa la realización del hecho delictivo con ánimo de lucro, al menos en lo que concierne a no abonar la cantidad dineraria estipulada para el transporte lo que equivale a un palmario provecho económico”⁵¹⁶. También Audiencias Provinciales como la de Las Palmas señalan la contraprestación en especie como ánimo de lucro en las SAP Las Palmas 59/2009, de 27 de mayo⁵¹⁷ o SAP Las Palmas 52/2007, de 2 de abril⁵¹⁸.

A sensu contrario, tal y como manifiesta SANTANA VEGA, no constituyen ánimo de lucro “las contraprestaciones de tipo moral, que deberán ser reconducidas, en su caso, a los tipos genéricos (amenazas, coacciones, etc.)”⁵¹⁹ y añade que “por ser inherente al mismo no será de aplicación la agravante genérica del 22.3º (precio, recompensa o promesa)”⁵²⁰.

En cuanto a la prueba de ánimo de lucro, se conseguirá en condiciones normales mediante el testimonio de las víctimas junto con la valoración conjunta de una pluralidad de indicios que derivan de la forma en que se hace el transporte del inmigrante⁵²¹.

⁵¹³ PÉREZ ALONSO, Esteban. *Los delitos contra los derechos...cit.*, pág. 1842 y PARDO MIRANDA, Marta. *Delitos contra los derechos...cit.*, págs. 61 y 62.

⁵¹⁴ PÉREZ ALONSO, Esteban. *Los delitos contra los derechos...cit.*, pág. 1842 y PARDO MIRANDA, Marta. *Delitos contra los derechos...cit.*, págs. 61 y 62.

⁵¹⁵ La STS 700/2021, de 16 de septiembre, al respecto señala “(...) ni que obtuviese beneficio económico alguno, por lo que tampoco había ánimo de lucro en su conducta”.

⁵¹⁶ Es éste un supuesto en el que a uno de los inmigrantes transportados se le exime del pago de los 1500 € que se exigía por la travesía, a cambio de ejercer las funciones de jefe de cocina durante el trayecto.

⁵¹⁷ En este caso señala la resolución que “Serafín no pagó porque el pago de su precio fue llevar la patera”

⁵¹⁸ Indica esta sentencia que “el acusado no abonó nada por el viaje a cambio de, según sus palabras, achicar el agua, luego si nada pagó es claro que concurre el ánimo de lucro entendido no solo como obtención de una ganancia sino exclusión de una pérdida patrimonial que debía haber asumido, pagar por viajar”.

⁵¹⁹ SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...cit.*, pág. 1474.

⁵²⁰ *Ibidem*.

⁵²¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios...cit.*, pág. 28. Se ejemplifica de la siguiente forma: “en los casos de las travesías marítimas en cayucos o pateras, pues se trata de una actividad retribuida, ajena a cualquier atisbo de altruismo, como suelen reconocer los detenidos y se desprende

III. TIPOS HIPERAGRAVADOS

1. Cuestiones preliminares

El punto de partida del apartado que principia es fundamentar la razón de denominar a los tres tipos aquí estudiados -organización criminal, peligro para la vida o causación de lesiones graves y prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público- como “hiperagravados”. Así, si nos retrotraemos al epígrafe anterior dedicado al “tipo agravado” de ánimo de lucro, la respuesta puede ser relativamente simple, esto es, que la penalidad asociada al hecho delictivo cometido con ánimo de lucro es superior a la del tipo básico, pero inferior a la de estos tipos “hiperagravados”. O, dicho de otra forma, son hiperagravados porque la penalidad va a alcanzar la cota máxima, sin que existan otras circunstancias a lo largo del precepto que las superen en cuanto a la sanción que llevan aparejada.

Cada una de las anteriores circunstancias agravantes van a dar lugar a apartados independientes en las que de forma común se valorarán los siguientes aspectos: la evolución normativa que ha seguido el precepto desde la introducción por la Disposición Final Segunda de la Ley de Extranjería hasta la última reforma obrada por la LO 1/2015, de 30 de marzo; el concepto, esto es, lo que se entiende por cada una de las circunstancias agravantes insertas en el artículo 318 bis CP; la interpretación doctrinal y jurisprudencial efectuada conforme a la redacción vigente de cada momento, así como la crítica realizada por matices relacionados con la redacción empleada, técnica legislativa, conveniencia de la regulación, adaptación a la normativa comunitaria, penalidad, etc.; así como una recopilación de conductas más comunes en los que juzgados y tribunales han aplicado las circunstancias cualificantes referidas.

En particular, cuando se analice la comisión por organización criminal, se pondrá de manifiesto la problemática generada por la coexistencia con otro concepto de organización criminal previsto en el artículo 570 bis CP, así como la resolución concursal a la que se da lugar y las diferencias existentes con grupos reducidos de personas que, si bien no alcanzan a incluirse en la estructura de organización, también pueden cometer el hecho delictivo, como son los grupos criminales y los casos de codelincuencia. Se examinará, por consiguiente, si tales agrupaciones de personas a los efectos del artículo 318 bis CP pueden incardinarse en la definición de organización criminal. Igualmente, será objeto de estudio la comisión del delito por los jefes, administradores o encargados de tales organizaciones y el porqué decidió incriminarse a las personas mencionadas no en el origen del precepto, sino a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

lógicamente de la actividad por ellos desplegada (STS 1312/2002), a través de los denominados "motores humanos"; o cuando se ha llevado a cabo ocultos en determinados receptáculos realizados en un vehículo a motor y no existiendo una relación de conocimiento, amistad o parentesco próximo entre los inmigrantes y el conductor (STS 610/2004); la realización de modificaciones en el compartimiento del motor de su vehículo para acondicionar un espacio en el que pudiera alojar a una persona solo se explica por el propósito de obtener algún beneficio de ello (STS 1183/2006), pues no entra en la naturaleza de la cosas que nadie arriesgue una pena de cárcel por mero ánimo de liberalidad unido al acceso a la furgoneta que se realiza de forma alternativa sino que, para colocarse uno encima de otro en un espacio de treinta centímetros de ancho, es necesario proceder a una carga conjunta, lo que implica un convenio previo cuya única explicación es el pago del precio concertado (STS 87/2007)".

Con la circunstancia agravante del peligro para la vida o causación de lesiones graves, se observará el vaivén al que el legislador la ha sometido en cuanto al propio concepto -que pasó de un inicial “peligro para la vida, salud o la integridad de las personas” al definitivo “peligro para la vida de las personas o peligro de causación de lesiones graves”-, así como las razones del cambio. Igualmente, la extracción del precepto en el año 2010 de circunstancias antes agravantes como la violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como la minoría de edad o incapacidad, provocarán diversas modificaciones en la enumeración de los distintos apartados, entre los que también se vio afectado el peligro para la vida o causación de lesiones graves. De esta forma, de estar inserto en el año 2000 en el apartado tercero, pasa a incardinarse en el apartado segundo, hasta finalmente reflejarse en la letra b) del apartado tercero. Además, se incluirá un gráfico de las conductas más visibles causantes del peligro analizado, como pueden ser los viajes en patera o cayuco, el transporte en habitáculos de coches o camiones, o los llamados “motores humanos”, así como la respuesta jurisprudencial que se da a todos ellos.

Finalmente, en la circunstancia del prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público será importante determinar el concepto penal de los sujetos en ella insertos, habida cuenta de las similitudes existentes entre todos ellos. E igualmente, se establecerán los requisitos para apreciar la concurrencia de tal circunstancia, sobre todo en lo que atañe a la necesidad o no necesidad de que se cometa por los cargos referidos en el ejercicio de sus funciones.

2. Organización criminal

2.1. Evolución normativa y concepto

2.1.1. Evolución normativa

Este tipo hiperagravado, 318.3. a), nace como apartado quinto del primitivo delito contra los derechos extranjeros, es decir, del introducido por la Disposición Final Segunda de la LO 4/2000, de 11 de enero. De tal definición⁵²² procede destacar, especialmente, el ahínco empleado en la existencia misma del tipo, habida cuenta de que tienen cabida en el referido apartado incluso aquellas organizaciones o asociaciones de carácter transitorio. Tres años después de su inserción en el Código Penal, con la primera reforma llevada a cabo sobre el artículo que emana de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se producen varias modificaciones. De este modo, de la nueva redacción sobresalen cuatro aspectos específicamente vinculados con la penalidad asociada a este tipo: en primer lugar, la imposición de la “pena superior en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo”; en segundo, la adición de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio industria o comercio durante el tiempo de la condena; en tercero, la inserción de la comisión por jefes, administradores o encargados de las

⁵²² De forma literal rezaba el precepto 5. “Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades”.

organizaciones o asociaciones. Y, por último, la posibilidad de aplicación de las medidas recogidas en el artículo 129 del Código Penal⁵²³.

Ahondando en el análisis de la reforma producida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se puede afirmar, en relación con la pena, que el legislador mantiene la sanción en la “pena superior en grado”, tal y como originariamente se reguló en el Código Penal, pero matizando la pena de referencia. Ello supone que, mientras que en la primera composición del precepto (introducida con la LO 4/2000, de 11 de enero), se aludía a las “penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores”, con la reforma se delimita en la “pena superior en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo”. A efectos prácticos tal concreción resulta indiferente. Sin embargo, la doctrina no ha pasado por alto la particular gravosidad del castigo en estos supuestos. Y es que tomando como referencia la pena del tipo básico conforme a la reforma de 2003 (cuatro a ocho años de prisión), el reproche penal en caso de que concurriera organización u asociación era contundente, al extenderse la sanción de los ocho a los doce años de prisión.

Otra de las modificaciones descritas propiciadas por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, implicaba la inclusión de la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión, oficio industria o comercio durante el tiempo de la condena, recogida de forma genérica en el artículo 56.1. 3º del Código Penal. Es ésta, por tanto, una de las llamadas penas accesorias genuinas, es decir, aquéllas que resultan imponibles junto a la pena genuina de prisión, a diferencia de lo que ocurre con las penas accesorias *sui generis*, cuya imposición no depende de la pena principal.

Igualmente, como se ha dicho, también con esta reforma se castigaba de forma particular a los jefes, administradores o encargados de la organización o asociación, al obligar al juzgador a la imposición de la pena en su mitad superior y facultarle para aplicar la superior en grado. Tal requisito significaba que la pena no sería inferior al rango que oscila entre los seis años y un día a los ocho años de prisión. Pero, a mayores, era factible poder elevarla, a criterio del juzgador, hasta los doce años de prisión. En este aspecto, tal y como manifiesta VILLACAMPA ESTIARTE nos situamos ante “una hiperagravación o agravación de tercer nivel que excede claramente del ya elevado marco punitivo contemplado en la DM 2002/946/JAI”⁵²⁴.

Como punto final del examen de la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, cabe afirmar que se preveía la posibilidad de aplicar las medidas del artículo 129 del Código Penal. Acudiendo al mismo, remite el precepto en su apartado primero a las penas consideradas

⁵²³ Tras la reforma del año 2003 por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, el artículo referenciado queda de la forma que sigue: 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 inmediatamente superior en grado. En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código Penal.

⁵²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Delito contra los derechos...* cit., pág. 767.

como “graves” que se pueden imputar a las personas jurídicas y que se estipulan en los apartados “c” a “g” del artículo 33.7. Las siguientes: c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

De esta forma, y en definitiva, se puede hablar de una reforma enérgica y exigente en la incriminación de este tipo hiperagravado, al incrementar la punición asociada al delito, en esta modalidad, con las penas de los artículos 56.1. 3º y 33.7 CP. La pregunta que podría plantearse al respecto es el porqué de los trascendentales cambios en la penalidad, tan sólo tres años después de la creación del delito. En tal sentido, no puede olvidarse la incidencia de las conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo de Tampere de 1999. Y es que, de la reforma ahora examinada, ya se subrayó en el capítulo correspondiente que, como consecuencia de dicha convocatoria, los Estados miembros acordaron adaptar las normas de Derecho Penal para luchar contra la trata de seres humanos y contra la inmigración clandestina. Fruto de tal acuerdo se adoptó la Decisión marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, que expresamente establecía la obligación de los Estados miembros de acondicionar sus legislaciones penales para castigar con pena privativa de libertad no inferior a ocho años los supuestos en que la actividad se lleve a cabo como parte de una organización delictiva. Por tales motivos, es precisamente la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que da lugar a la primera modificación del artículo 318 bis del Código Penal, la que acoge las mencionadas obligaciones. No obstante, como ya se ha puesto de manifiesto en este epígrafe, existe una explícita crítica doctrinal que será estudiada con detenimiento seguidamente.

En este punto, procede continuar estudiando los cambios advertidos en el precepto propiciados por las reformas subsiguientes. De este modo, si bien es cierto que con la modificación obrada por la LO 5/2010, de 22 de junio, se produce una reorganización de los apartados en lo relativo a la numeración de los mismos (el anterior apartado quinto pasa a ser apartado cuarto), no hay aspectos reseñables en cuanto al fondo, por lo que se ha de acudir a la sucesiva y última reforma, llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁵²⁵. Es ésta la que exige de una mayor pausa en su estudio, ya que, además de afectar al aspecto formal en lo relativo a la reordenación de los apartados (finalmente, este tipo hiperagravado se recoge en el apartado tercero), ocasiona también transformaciones en cuanto al fondo, que se resumen en las siguientes:

⁵²⁵ Tras la última reforma del año 2015, recoge el precepto: 3. Los hechos a los que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare 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 inmediatamente superior en grado.

La primera y más importante supone la eliminación de la transitoriedad de la asociación u organización. Téngase en cuenta que en la anterior redacción se incluía la expresión “incluso de carácter transitorio” que es suprimida por el legislador de 2015. Es el cambio de mayor repercusión de los acaecidos y las razones, así como los efectos o las consecuencias de la variación serán posteriormente analizadas, por la gran implicación en cuanto al alcance, que conlleva a que sólo aquellas organizaciones estables destinadas a estos fines sean castigadas bajo el amparo de este precepto.

Igualmente, se suprime la posibilidad de aplicación de las penas accesorias recogidas en los apartados c a g del artículo 33.7, así como la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio del artículo 56.1.3º. Tal opción es, en la actualidad, exclusivamente factible para la comisión del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por persona jurídica, albergada en el apartado quinto del artículo 318 bis. En mi opinión, fue una decisión acertada por el legislador, debido al difícil encaje de las consecuencias previstas en dichas letras para una organización criminal. Así, penas como la suspensión de actividades (letra “c”) o la inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas (letra “f”), carecen de todo sentido, dada la clandestinidad inherente a este tipo de formaciones y las finalidades que persiguen, que suelen ser, en exclusiva, la comisión del delito.

Finalmente, varía el quantum de la pena, cuya disminución es considerable, al reducirse desde los ocho a doce años de prisión, al rango que oscila entre los cuatro a ocho años de prisión. Con esta merma en la penalidad, se viene a acallar la crítica de la doctrina, que siempre censuró la especial gravosidad de ésta y los excesos del legislador español con respecto a lo ordenado por la normativa comunitaria.

2.1.2. Concepto

Para poder precisar una definición correcta y acorde con la evolución acaecida sobre el precepto, es necesario iniciar este epígrafe como comenzábamos el anterior y que, por ende, supone retrotraernos al año 1999 y al Consejo de Tampere. Son las conclusiones de dicho Consejo las que se materializan, entre otras, en la ya expuesta Decisión marco 2002/946/JAI, cuyo artículo 1.3 dispone que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones definidas en la letra a) del apartado 1 del artículo 1 y, en la medida correspondiente, en la letra a) del artículo 2 de la Directiva 2002/90/CE que hayan sido cometidas con ánimo de lucro, sean punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, cuando hayan sido cometidas en alguna de las circunstancias siguientes:- infracción cometida como parte de las actividades de una organización delictiva con arreglo a la definición de la Acción común 98/733/JAI (8)⁵²⁶”

Por consiguiente, el concepto primitivo de organización delictiva al que alude la Decisión marco referida es el establecido en el artículo 1 de la Acción Común del Consejo de 21 de diciembre de 1998, que considera a tal organización como “una asociación estructurada

⁵²⁶ Debe puntualizarse que las infracciones aludidas por el artículo 1.3 de la Decisión Marco recogidas, a su vez, en la Directiva 2002/90/CE son las relativas a la ayuda a la entrada, tránsito y permanencia que conforman la base del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismo o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública⁵²⁷. En resumen y, aparte de que la nota característica de la definición radica en la imperiosa necesidad de no imponer una pena inferior a cuatro años, pueden destacarse los siguientes requisitos esenciales: agrupación de más de dos personas, la estabilidad, el concierto en su actuación y la finalidad delictiva.

Aunque el término “organización criminal” ha sido pulido a posteriori, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se observa cómo tres de los cuatro elementos básicos previamente relacionados se van a mantener o perdurar con independencia de la incidencia de esa mencionada evolución jurisprudencial y doctrinal en el concepto. De contrario, el único requisito que no ha subsistido es el relativo a la transitoriedad de la organización. Y es que, como ya se advirtió previamente, con la reforma del año LO 1/2015, de 30 de marzo, se suprimió la referencia al “carácter transitorio”, lo que eliminaba toda posibilidad de que la organización delictiva no fuera estable en el tiempo.

Examinando las apreciaciones doctrinales existentes al respecto de la definición, pueden reseñarse las de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS o SERRANO PIEDECASAS, entre otros. Así, el primero de ellos, previo a la variación del año 2015, hablaba de un concepto variable y mutable, habida cuenta de los vaivenes en la delimitación del concepto de “crimen organizado” y opta por concebir la organización criminal como una “red más o menos estructurada que facilite la comisión delictiva, teniendo en cuenta la especial capacidad de mutación del concepto de criminalidad organizada, respecto a la cual los caracteres de organización, jerarquía o reparto de funciones, así como su mayor o menor estabilidad temporal, dejan de ser caracteres esenciales, determinando un fenómeno de variación del concepto mismo de organización delictiva”⁵²⁸.

Por su parte, SERRANO PIEDECASAS, también antes de 2015, definía la organización criminal conforme al análisis de la jurisprudencia existente sobre la materia, en concreto, con base en las STS 8 de febrero de 1991, STS 18 de abril de 1991 y STS 12 de julio de 1991, entendiéndola como una estructura jerárquica, más o menos formalizada y establecida, con pluralidad de personas que se distribuyen las tareas con una cierta estabilidad⁵²⁹.

Finalmente y en lo que respecta a la jurisprudencia, no pueden obviarse tres sentencias imprescindibles e indispensables para comprender la interpretación del Alto Tribunal: la STS 309/2013, de 1 de abril, STS 855/2013 de, 11 de noviembre y STS 400/2018, de 12 de septiembre. Veamos su influencia.

⁵²⁷ Acción Común de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea publicada el 29 de diciembre de 1998 en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

⁵²⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos...* cit. (2002), pág. 116.

⁵²⁹ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Los delitos contra...*cit., pág. 398.

Todas las resoluciones apuntadas, remiten al artículo 570 bis CP, inserto en el capítulo VI “De las organizaciones y grupos criminales”, para delimitar el concepto de organización criminal, en contraposición al grupo criminal y la codelinquencia. Así se manifiesta al disponer que “respecto a lo que deba considerarse organización en una interpretación integrada del CP, hemos de acudir a la definición legal que incorpora el artículo 570 bis redactado por la LO 5/2010(...) siendo que ésta es una agrupación formada por más de dos personas con carácter estable por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”⁵³⁰. Se añade que “ahora el subtipo previsto en el artículo 318 bis 3 a) CP incorpora para la organización la exigencia de estabilidad que impone el artículo 570 bis, y se excluye de la agravación el consorcio meramente transitorio u ocasional que abarcaba en la regulación anterior a la reforma de 2015”⁵³¹.

Un punto de inflexión en la argumentación que se está exponiendo a través de este epígrafe es el fundamento de derecho cuarto, apartado cuarto de la STS 400/2018, de 12 de septiembre, que como ya se ha puesto de manifiesto, comienza por diferenciar la regulación actual (introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo) respecto a la incriminación anterior a dicha reforma. De nuevo procede traer a colación a estas alturas que, con la modificación derivada de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se introduce una nueva redacción del actual artículo 318 bis 3 del Código Penal que fulmina toda opción de transitoriedad en la organización criminal. De esta forma, la norma vigente al eliminar esa remisión provoca que, por oposición, sea imprescindible la exigencia de estabilidad en las organizaciones criminales. Así lo declara la resolución al disponer que “la modalidad agravada prevista tras la LO 1/2015 en el artículo 318 bis 3 a) CP, que es la aplicada en este caso, se enuncia para «cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades». Su precedente legislativo se refería a “cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades”⁵³². Desde semejante perspectiva, la propuesta recogida por el artículo 318 bis, obviamente no es una reproducción exacta de los contenidos de los artículos 570 bis a 570 quater que, como se verá más adelante, lo trata en forma de delitos desde una perspectiva general con posible relación concursal con las concretas tipificaciones que acogen estas figuras, generalmente como modelo agravatorio. De este modo se plantea en el texto que se analiza, en razón a la pertenencia de los sujetos a una organización, abierta a las más diferentes hipótesis, siempre dentro de las actividades propias que sanciona el artículo 318 bis.

En tal dimensión, cabe inicialmente resumir, a través en esencia de las declaraciones jurisprudenciales, los requisitos básicos por los que se estructura semejante figura penal, en este caso concretada en la susodicha tipología superagravada. Son: a) red estable y jerarquizada, con exclusión del mero concierto de varias personas; b) dedicación a la inmigración ilegal en sus diferentes variables, ello conlleva la exigencia de realización de dos o más conductas referenciales en dicha línea; c) con estructura concertada y coordinada con reparto de tareas y

⁵³⁰ STS 400/2018, de 12 de septiembre.

⁵³¹ *Ibidem*.

⁵³² *Ibidem*.

funciones y con medios materiales y humanos para traer ciudadanos extranjeros con entrada en España ilegalmente

En dicha línea, se completa el breve resumen expuesto como añadido interpretativo, con la relativización de la importancia del quantum de delitos, ensalzando la intención de que, con las acciones realizadas (con independencia del número) se dé lugar al hecho delictivo. De esta forma se determina al considerarse que “lo relevante para la concurrencia de las mismas es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica, por ejemplo, en el caso del tráfico de drogas”⁵³³.

Finalmente, se introduce a continuación, la característica relativa al concierto o coordinación exigida para que los integrantes de esa organización queden subsumidos en este tipo agravado del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En tal sentido, se menciona en la STS 400/2018, de 12 de septiembre a “redes mínimamente estructuradas que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, propician un más fácil aprovechamiento para los autores, y también una eventual gravedad de superior intensidad en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión. Son estas consideraciones las que justifican la exacerbación de la pena”⁵³⁴.

Por otro lado, hay que puntualizar también, tal y como lo hace QUERALT JIMÉNEZ la ausencia (o al menos, no necesidad) de lucro en la organización, así como la exclusión de responsabilidad en aquéllas que por motivos humanitarios auxilian a ciudadanos extranjeros para ingresar en España o transitar a otros países. De esta manera, se refiere el autor a “organizaciones, lucrativas o no (el lucro podrá tener transcendencia a la hora de la medición de la pena), destinada a la ayuda de extracomunitarios irregulares y tener tal organización ese objetivo”⁵³⁵. No obstante, desde mi punto de vista y tal y como refrenda la jurisprudencia estudiada a fin de elaborar este epígrafe, es difícil encontrar en la práctica organizaciones cuyo “móvil” delictivo, no sea el lucro. A sensu contrario, si no hay lucro ni ayuda humanitaria, ¿cuál sería la finalidad de cometer el delito? Pregunta de difícil respuesta, o incluso, sin respuesta. Y es que el ánimo de lucro está muy presente en todos los integrantes de las organizaciones creadas para tal fin. De hecho, tal y como expresa SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, muchos de estos grupos dedicados a la actividad criminal como medio para la obtención de dinero fácil, han cambiado sus campos de actuación, abandonando aquéllos relacionados con el tráfico de drogas, armas o arte por la actividad relacionada con la introducción de ciudadanos extranjeros en España. Esto es así por el menor peligro que supone (riesgos y costes) y por la facilidad en la obtención del lucro. En consecuencia, el autor sostiene que nos hallamos ante un verdadero negocio para el crimen organizado⁵³⁶.

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ *Ibidem*.

⁵³⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español...* cit., pág. 928.

⁵³⁶ En el sentido del texto, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos...* cit. (2002), págs. 115 y 116.

2.2. Diferencia entre codelincuencia, grupo criminal y organización criminal

Otra de las necesidades que surgen en cuanto a la interpretación del concepto de “organización criminal” es su inexorable diferenciación de otras “agrupaciones” de personas que, sin embargo, no quedan subsumidas en dicha definición. Sobre el particular, es inevitable volver a la STS 400/2018, de 12 de septiembre, que en su fundamento jurídico cuarto viene a ratificar lo que hemos puesto de manifiesto a lo largo de capítulo, esto es, que no necesariamente todo grupo de personas articulado para una finalidad delictiva puede ser considerado “organización criminal”. Así, se dispone en el mencionado fundamento que “la jurisprudencia, al interpretar esta agravación, ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos, indica una pluralidad de autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización”⁵³⁷. A mayor abundamiento, enfatiza en la especial diligencia que ha de tenerse para discernir entre coautoría y organización criminal. Por eso, agrega que “la pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación; la intervención de varias personas, aun coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto un aliud y un plus, frente a la mera codelincuencia (SSTS 706/2011 de 27 de junio; 940/2011 de 27 de septiembre; 1115/2011 de 17 de noviembre, 223/2012 de 20 de marzo o 145/2017 de 8 de marzo)”⁵³⁸.

Llegados a este punto en que, concluido que no toda participación de varias personas con un fin delictivo supone la existencia de organización criminal, procede determinar cuándo una agrupación de personas con el fin de cometer este delito no sería considerada como la organización criminal que exige el 318 bis apartado 3 CP. De esta forma, podemos poner sobre la mesa, hechos delictivos perpetrados por un conjunto de personas que, sin embargo, podrían ser estimados como “grupo criminal” o “codelincuencia”. Es la STS 309/2013, de 1 de abril, en relación con la STS 239/2012, de 23 de marzo la que afirma que “a la vista de tales conceptos se impone en el supuesto de pluralidad de sujetos activos la diferenciación entre codelincuencia, grupo criminal y organización criminal”⁵³⁹.

De semejante manera y conforme a la meritada sentencia, por “grupo criminal” se entiende la unión de más de dos personas con la finalidad de cometer delitos. Desaparece, por tanto, la necesidad de estabilidad y estructuración (reparto de tareas) que se exige para la organización criminal. Así se declara en la resolución: “la ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas”⁵⁴⁰. Esta interpretación se ha hecho en consonancia con el concepto acogido

⁵³⁷ STS 400/2018, de 12 de septiembre.

⁵³⁸ *Ibidem*.

⁵³⁹ STS 309/2013, de 1 de abril.

⁵⁴⁰ *Ibidem*.

por el artículo 570 ter del Código Penal, que define al “grupo criminal” como “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

Continúa la sentencia con una alusión a la Convención de Palermo, en la que se recogen definiciones de lo que ha de entenderse por grupo organizado y organización, que son la base para la diferenciación de nuestros conceptos de organización criminal, grupo criminal y codelinuencia. En este sentido, señala ésta que “en el Artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”⁵⁴¹. Como puede apreciarse, para definir al “grupo criminal” también la Convención se desvincula de los requisitos básicos que perfilan el concepto de “organización criminal”, esto es, la exigencia de estabilidad y estructuración.

Por otro lado, en lo que respecta a la “codelinuencia” se concibe como la unión o agrupación de sólo dos personas (en ocasiones, más de dos) que se juntan fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. Se define este concepto también en base a una interpretación conjunta del Código Penal español y la Convención de Palermo, adicionando la STS 309/2013, de 1 de abril, que “cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al *ordenamiento español*. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país”⁵⁴².

Para finalizar, se enuncia el más que definido concepto de “organización criminal” inserto en el artículo 570 bis del Código Penal y dado por bueno por doctrina y jurisprudencia, entendido como la “agrupación de más de dos personas con la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad”.

A mayor abundamiento, la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado, fundamentándose en la jurisprudencia habida al respecto, también contribuye a la separación de los conceptos de organización criminal, grupo criminal y la codelinuencia, con el alcance que sigue: “se trata de perseguir la comisión del delito mediante redes mínimamente

⁵⁴¹ *Ibidem*.

⁵⁴² *Ibidem*.

estructuradas que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, propician un más fácil aprovechamiento para los autores, y también una eventual gravedad de superior intensidad en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión. Son estas consideraciones las que justifican la exacerbación de la pena”. Añade que “la idea de organización no se refiere solamente a la constatación de que unos miembros de la agrupación de personas desempeñen unas tareas distintas de las que otros desarrollan, sino a que lo hagan dentro de una estructura dotada de una cierta consistencia y rigidez, mantenida en el tiempo, tanto en la jerarquía como en la distribución de roles, superior en todo caso a la que ordinariamente aparece en cualquier unión de personas con fines delictivos, sea encuadrable en el grupo criminal o en supuestos de mera codelinquencia (SAP de Tenerife, secc.2ª, nº 175/2018, de 28 de mayo)”⁵⁴³.

2.3. Artículo 318 bis vs artículo 570 bis CP

Uno de los problemas a los que puede dar lugar el subtipo agravado objeto de este epígrafe es su coexistencia en el Código Penal con el artículo 570 bis 1º. Ténganse en cuenta que este precepto se enmarca en el Capítulo VI titulado “De las organizaciones y grupos criminales” y castiga con pena de prisión de cuatro a ocho años a “quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos”. Asimismo, define en el segundo párrafo de este artículo el concepto de “organización criminal” no difiriendo en absolutamente nada con la definición proporcionada en el anterior epígrafe. De esta manera, se establece que “a los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. De hecho, tal y como ya se ha apuntado, la referencia parcial para contactar con la “organización criminal” de nuestro estudiado artículo 318 bis, bien entendido que en él solo se habla de organización sin aludir expresamente al término criminal, es el artículo 570 bis CP y así lo refrendan las también analizadas STS 309/2013, de 1 de abril, STS 855/2013 de, 11 de noviembre y STS 400/2018, de 12 de septiembre⁵⁴⁴.

⁵⁴³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. UNIDAD DE EXTRANJERÍA. *Boletín de Jurisprudencia. Inmigración ilegal. Art. 318 bis CP. Ocupación ilegal de trabajadores extranjeros. Art. 311 bis*. Madrid, segundo semestre 2018, págs. 19, 21 y 22.

⁵⁴⁴ Con una perspectiva más amplia y enumeración descriptiva de los delitos a incluir, la LECr. en el artículo 282 bis. 4, y solo a efectos de actuación de la Policía Judicial, considera “como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal. b) Delito de secuestro de personas previsto en

La cuestión que surge a continuación es determinar cuándo se aplica el subtipo agravado del 318 bis 3 a) del Código Penal y cuándo se aplica el artículo 570 bis del Código Penal en los supuestos de existencia de una organización criminal. El tema se ha de resolver, como ya ha sido puesto de manifiesto, a través del concurso aparente de normas penales, aunque con algunas variables que es preciso detallar.

Desde el punto de vista normativo, parece que el legislador tiene clara la solución con la redacción que establece en el artículo 570 quater. 2. párrafo 2º – “en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8”–, es decir en concurso aparente de normas.

Así lo entiende la Fiscalía General del Estado, en la Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, establece pautas claras acerca del modo de actuar en caso de concurrencia de los artículos 570 bis y 570 ter con los subtipos agravados de pertenencia a organización, asociación o grupo criminal de la parte especial del Código Penal. En lo que nos atañe, se explicita de forma ineludible la vulneración del principio *non bis in idem* en aquellos supuestos en que se castigue de forma autónoma la pertenencia a una organización criminal por la vía de los artículos 570 bis o 570 ter, habida cuenta de la utilización por partida doble del mismo hecho para agravar la pena⁵⁴⁵. Sin embargo, la solución proporcionada por la Fiscalía radica en la ya dicha regla del artículo 570 quáter 2 in fine es decir, según la Fiscalía el principio de alternatividad. Solución adoptada a pesar de la subsidiariedad de la regla contenida en tal apartado 4 del artículo 8 y que justifica la Fiscalía en el mandato del legislador desde el planteamiento de que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales⁵⁴⁶. Finaliza su argumentación con una recomendación clara para los

los artículos 164 a 166 del Código Penal. c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal. d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal. i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal. l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal. m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal. o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando”. Como puede comprobarse se incluye la tipología del artículo 318 bis, objetivo de esta investigación, en el que no se concreta el término delincuencia organizada, sino de organización dedicada a la realización de las actividades previstas en el citado artículo. Con carácter general, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Capítulo 1. Globalización y delincuencia organizada. Respuestas penales”. *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*. Garrido Carrillo (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022, págs. 39-49.

⁵⁴⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales*, pág. 28. Disponible en https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_02_2011.pdf (fecha de consulta: 6 de marzo de 2024).

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

Fiscales al disponer que “los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos –se entiende referido a un concurso de normas penales– entre el art. 570 bis o el art. 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado”⁵⁴⁷.

No cabe duda que la intención normativa es la de salvar la punición más grave, en relación a los delitos de los citados artículos 570 bis y, en su caso, el 570 ter, pero lo plantea con carácter generalista para aquellos supuestos en los cuales la referencia no es el precepto de parte especial sino el de los susodichos artículos 570 bis y ter al decir “cuando las conductas previstas en dichos artículo estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código” De todo ello cabe, deducir, al menos desde nuestro punto de vista, que la remisión no es directa y que la interpretación más adecuada es la aplicación de la más especial, número 1 del artículo 8, en este caso el susodicho tipo agravado del artículo 318 bis, 3 a), frente al menos, artículo 570 bis. Ello no ocasiona ninguna disfuncionalidad en cuanto a las penas, pues el tipo prevalente por su especialidad, en tal supuesto, por agravación, tiene pena mayor, por lo que se respetaría incluso el de mayor gravedad del número 4, que dada su aplicación en defecto de los demás no sería de relevante utilización. Así en concreto, si procede, por tanto, al estudio de la gravedad de la pena en función de la aplicación de uno u otro precepto (artículo 318 bis o artículo 570 bis) se observa cómo, el primero de ellos castiga a los autores con pena de prisión de cuatro a ocho años, mientras que el segundo prevé pena de prisión de dos a cinco años cuando la finalidad es la comisión de delitos graves y pena de prisión de uno a tres años en el resto de los casos.

La hipótesis de los tipos agravados del artículo 570 bis, no procede equipararla a los del artículo 318 bis, pues el que nos importa, la agravación, está reducida a una organización que se dedique a la realización de las actividades prevista en el artículo 318 bis, que no relaciona con los tipos agravados de aquel. Además, cuando el propio legislador se refiere expresamente a delitos que conllevan agravación –artículo 570 bis. 3- hace referencia únicamente a los que fueren contra la vida, o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, no se cita expresamente los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

En definitiva, de lo indicado anteriormente cabe señalar que efectivamente estamos ante un concurso de normas penales, con observación para su solución de la regla 1ª del artículo 8 del Código penal, principio de especialidad que, como *supra* se ha detallado supone la prioridad con los demás principios, incluido lógicamente el de mayor pena que a pesar de su regulación en el mencionado artículo 570 quater no deja de ser en defecto de los demás, en este caso, del de especialidad, reducida la aplicación de aquél en los supuestos especiales en atención a la pena y a su contenido, cuestión esta de difícil apreciación en el tipo agravado que nos ocupa. Como bien dice SAINZ-CANTERO CAPARROS al respecto, a pesar de su concreta previsión en el artículo 570 ter, y con la expresa causa subsidiariedad de en defecto de los anteriores “habrá que comprobar que el posible concurso aparente de leyes entre los delitos relativos a las organizaciones criminales y otros de similar estructura y fundamento no puede encontrar

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

solución con la aplicación, preferente o principal, de los otros criterios contenidos en el art. 8 del CP”⁵⁴⁸.

2.4. *Comisión por jefes, administradores o encargados*

Nuestro estudiado apartado 3 a) del 318 bis acoge una agravación específica para los dirigentes de las organizaciones criminales (jefes, administradores o encargados)⁵⁴⁹:

En el originario 318 bis introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, no se preveía una gravosidad mayor para los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones que cometiesen el hecho delictivo. Es la LO 11/2003, de 29 de septiembre, la que fundamentada en la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco de 28 de noviembre de 2002, pone el foco de atención en el particular castigo que merecen los dirigentes de tales organizaciones u asociaciones.

De esta forma, una vez incluida en el artículo, la agravación para estos dirigentes va a permanecer imperturbable en el tiempo y a las reformas posteriores operadas sobre el precepto, con independencia de la variabilidad en la pena que se va a producir como consecuencia de la modificación de la pena genérica del delito, ya vista en apartados anteriores (se reduce la pena del tipo básico desde los cuatro a ocho años de prisión a la prisión de tres meses a un año o multa).

Para definir quién o quiénes son los sujetos activos del delito puede acudir, como de costumbre, a la doctrina y jurisprudencia. En estos términos, autores como QUERALT JIMÉNEZ manifiestan que comprende a “quienes, en mayor o menor medida, dirigen a la organización: jefes, administradores o encargados, sean cargos orgánicos, de haberlo, o no; esto es comprende a todos los sujetos capaces de tomar decisiones y no a los que la ejecutan⁵⁵⁰” o como consideran IGLESIAS SKULJ o SANTANA VEGA, “tales personas deben tener un puesto de mando en la organización jerarquizada poseyendo mayor capacidad de afectación del bien jurídico, lo que se pone de manifiesto en la toma de decisiones, dación de órdenes, directrices o ante las cuales se rinde cuentas”⁵⁵¹. Dichas argumentaciones están en consonancia con la jurisprudencia existente al respecto, uno de cuyos exponentes es la SAP 139/2008, de Madrid, de 13 de octubre, que establece que “la procesada Remedios ostentaba un papel de mando (...). Y se llega a esa conclusión, habida cuenta, como ya se ha expuesto, que incluso a ella acuden otros miembros para dar cuenta de incidencias ocurridas (...)”. De todo ello se desprende que quedaría subsumido en este tipo especialmente agravado cualquier persona

⁵⁴⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARROS, José E. “Capítulo 71. Delitos contra el orden público (V)”. *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial...*cit., pág. 1569.

⁵⁴⁹ Dispone el artículo 318 3 a) que (...) 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 inmediatamente superior en grado.

⁵⁵⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español...*cit., pág. 928.

⁵⁵¹ IGLESIAS SKULJ, Agustina. *Artículo 318 bis: Delitos contra...*cit., pág. 945 y SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...*cit. pág. 1475.

integrante de la organización criminal con capacidad decisoria, con independencia de a quién corresponda la comisión del hecho delictivo.

La justificación del mayor injusto penal que recae sobre éstos la expresa muy bien SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, que establece que “los jefes, administradores o encargados de las mismas se les exaspera la cuantía de las penas pudiéndoseles aplicar las penas previstas en su mitad superior, pudiendo elevarse a la pena inmediatamente superior en grado. Esta mayor pena, aun cuando excesivamente severa, responde a las exigencias de la normativa supranacional, y se justifica en la función directiva, ideativa y mayor capacidad de gestión y decisión que desarrollan los jefes, administradores o encargados, por lo que los simples “pertenecientes”, integrantes o en general los que participan de la actividad de la organización o asociación sin concurrir en ellos ese papel funcional cualificado responden “tan sólo” por la pena inicialmente prevista de cuatro a ocho años”⁵⁵². En definitiva, la mayor capacidad de éstos para la ideación del hecho delictivo es lo que contribuye a la elevación de reproche penal asignado cuando participen, de algún modo, en su perpetración.

2.5 *Crítica doctrinal*

La regulación legal de este tipo agravado no ha estado exenta de reproches por parte de la doctrina, en particular en lo relativo a la especial gravosidad de la pena aplicable para las mismas y para los dirigentes de las organizaciones criminales. En este sentido se pronuncia VILLACAMPA ESTIARTE, que sostiene que no hay apoyo en la normativa comunitaria para entender la agravación de la pena que se impone no sólo a la organización o asociación sino también para los dirigentes de éstas. Así lo manifiesta, cuando establece que en tales supuestos “la regulación interna española vuelve a exceder claramente los requerimientos europeos de sanción de estas conductas. Y ello, por una doble razón. En primer lugar, porque la DM 2002/916/JAI prevé que la pena que corresponda a estas conductas cuando concurre cumulativamente ánimo de lucro y se realizan en el marco de una organización delictiva o poniendo en peligro la vida de las personas debe tener una duración máxima que no puede ser inferior a ocho años de prisión (excepcionalmente seis años si es indispensable para salvar la coherencia interna). En nuestro Derecho interno, tales penas pueden imponerse aun cuando no concorra ánimo de lucro, bastando la mera ayuda a la entrada o tránsito realizada por quien pertenece a una organización, o lo que resulta más comprensible que resulte tan gravemente sancionado, cuando se produce en condiciones en que se pone en peligro la vida de los migrantes o se genera el peligro de ocasionarles lesiones graves”⁵⁵³. Efectivamente, tal y como apunta la autora, el ánimo de lucro sólo se prevé para una de las dos conductas integrantes del tipo básico, como es la ayuda a la permanencia, no así para la otra, esto es, la ayuda a la entrada o tránsito. Por consiguiente, en este último supuesto de no concurrencia de ánimo de lucro, también será aplicable la agravación cuando la comisión se produzca en el seno de organización criminal, a diferencia de lo que la legislación comunitaria recoge en sus resoluciones. Asimismo, agrega que “en segundo lugar, la exacerbación punitiva es todavía más evidente en

⁵⁵² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos ...* cit. (2021), pág. 960.

⁵⁵³ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Delito contra los derechos...* cit., pág. 767.

los casos de delincuencia organizada sin apoyo en normativa comunitaria que imponga esa severidad, porque conforme al Derecho interno español cuando el sujeto activo sea jefe, administrador o encargado de esas asociaciones u organizaciones -sic. pues el término “asociación” no se contenía en el primer pasaje del art. 318 bis 3.a)- se impone la pena en su mitad superior -de seis años y un día a ocho años de prisión-, pudieron elevarse a la superior en grado, esto es, pudiendo escalar la pena hasta los doce años de prisión, con lo que se configura una hiperagravación o agravación de tercer nivel que excede claramente del ya elevado marco punitivo contemplado en la DM 2002/946/JAI⁵⁵⁴. Por tanto, se castiga en nuestro derecho a los jefes, administradores o encargados de estas organizaciones o asociaciones con una pena que excede claramente de lo marcado por el Derecho comunitario, al preverse penas que pueden alcanzar los doce años de prisión.

En iguales términos se expresa POMARES CINTAS, al afirmar que “se pasa de una persecución dentro de la organización a una persecución de conducta individuales”⁵⁵⁵ y añade que “la prisión de 4 a 8 años que se aplica si el autor forma parte de una organización sigue siendo desproporcionada porque se asimila al tratamiento punitivo del delito de trata de seres humanos. Ténganse en cuenta que la intervención de una organización dedicada a facilitar la operación migratoria ilegal, no a la trata de seres humanos que se vincula a una finalidad grave de explotación asimilada a la esclavitud no invalida el consentimiento del extranjero desplazado”⁵⁵⁶. Igualmente lo define QUERALT JIMÉNEZ, al señalar, “pena excesiva sin mediar explotación”⁵⁵⁷.

Otros autores como GARCÍA ÁLVAREZ hacen una valoración positiva, por cuanto las mafias son uno de los mayores obstáculos para la lucha contra la inmigración ilegal, si bien es cierto que reprocha al legislador la técnica empleada al no aclarar si el empleo del término “asociación” -cuando se refiere a los jefes, administradores o encargados- es sinónimo de “organización” o bien responde a dos realidades diferentes⁵⁵⁸. Al respecto de tal argumentación declara LAFONT NICUESA que “debe entenderse que es una errata del legislador al olvidar suprimir inconscientemente la segunda referencia que el subtipo hacía a la asociación”⁵⁵⁹.

Adicionalmente, el propio LAFONT NICUESA apunta que no existe justificación alguna ni razón de política legislativa para que esta agravación de pertenencia a organización criminal se aplique sólo para los supuestos de ayuda a la entrada o tránsito, pero no ayuda a la permanencia⁵⁶⁰.

A la vista de lo estipulado por la doctrina, se advierte cómo, efectivamente, el legislador español ha obviado circunstancias que deberían haber estado muy presentes a la hora de regular este tipo agravado y se ha excedido en la punibilidad, si se tiene en cuenta la entidad del delito y se compara con el alcance de otros, a luces vista, de mucha mayor gravedad. De hecho, se equipara en castigo a aquellos delitos en que se anula la anuencia de la víctima por la

⁵⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵⁵ POMARES CINTAS, Esther. *Reforma del Código Penal Español...*cit., pág. 12.

⁵⁵⁶ *Ibidem* pág. 15

⁵⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español...*cit., pág. 928.

⁵⁵⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *El tenor literal del artículo ...* cit., pág. 11.

⁵⁵⁹ LAFON NICUESA, Luis. *El delito de inmigración ilegal ...*cit., pág. 39.

⁵⁶⁰ LAFONT NICUESA, Luis. *La protección jurídico penal...*cit., pág. 35.

conurrencia de factores como la extorsión o la explotación, como se ha indicado, más propios del delito de trata de seres humanos. Consentimiento, que sí está presente en este delito, pero no sirve para reducir el tratamiento punitivo.

También la Fiscalía General del Estado recoge alguna de las dificultades observadas por los Fiscales en la aplicación de este tipo agravado y reprocha algunas cuestiones, tales como que no se incluyan propiamente la comisión por grupo criminal. Por ejemplo, se expone que la respuesta punitiva no debe ser la misma para el que realiza la conducta de manera ocasional respecto a quien lo hace de manera habitual o profesionalizada fuera del ámbito de una organización criminal, no pudiéndosele inculpar por este tipo agravado; tampoco se entiende que no se inserten dentro del artículo 318 bis 3a) las asociaciones de más de dos personas aunque posean carácter transitorio; o que no se castigue con este tipo agravado al que se aprovecha de las rutas abiertas por mafias, aun sin pertenecer a una organización criminal, poniendo al inmigrante en una situación incierta y en manos de personas con pocos escrúpulos⁵⁶¹.

Por último, se incluye un gráfico que pretende poner de manifiesto las conductas más frecuentes desarrolladas dentro de una organización criminal que da lugar a su apreciación por parte de juzgados y tribunales.

Tabla 9. Conductas más frecuentes para la apreciación de organización

Conductas más frecuentes para la apreciación de organización de este tipo⁵⁶²
--

⁵⁶¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. “Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Marín”, Madrid, 2017, pág. 531 y 532. Disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS17.pdf (fecha de consulta: 7 de marzo de 2022).

⁵⁶² Son muchos los comportamientos que a nivel individual ejercen cada uno de los integrantes en la organización criminal, resumidos en el cuadro inserto. Así, por ejemplo, se muestran en la STS 400/2018, de 12 de septiembre las funciones de los miembros de la organización cuando establece que “la acusada Inés o el conocido como Lucas, que desde Nigeria ostentaba la jefatura, quien, según la prueba practicada, tenía la potestad de fijar o condonar deudas, el hermano de Inés que se encargaba de la obtención y remisión desde Nigeria de los pasaportes falsificados que necesitaba, o la conocida como madre de Mari Jose, que recogía allí el dinero que la recurrente recaudaba en España. Conforme a la prueba practicada la organización lleva funcionando desde el año 2004, urdieron una red para, de manera reiterada, introducir inmigrantes ilegalmente en España a cambio de un precio, para una vez aquí, reclamarles la deuda contraída”

Otro ejemplo de reparto de roles es la STS 1294/2006, de 27 de diciembre, al disponer que “dos de los condenados, quienes realizaban las funciones de dirección, ofertaban los servicios de la organización en Marruecos y en Melilla, por el que pedían una cantidad entre 2400 y 3000 euros, les proporcionaban documentación falsa y posibilitaban el paso del control de documentación mediante la confabulación con los funcionarios de policía que controlaban el acceso al puerto o al aeropuerto, realizan el viaje de acompañamiento o esperándoles al llegar a la península y realizaban los cobros de las cantidades de las gestiones, llegando a retirar la documentación para asegurar el cobro” En los mismos términos, la SAP de Sevilla, de 5 de noviembre de 2018 al señalar que “la existencia de la organización se colige de forma natural si al testigo protegido a su llegada a Algeciras le llaman, es indiferente quién, a un teléfono que le han facilitado en Tánger quien está al frente del operativo y luego es recogida por el procesado que la lleva al domicilio de otra persona. Esto sólo se explica por la presencia de un contacto con quienes embarcaron a la testigo para introducirla a España y la presencia de una organización que tiene como fin introducir inmigrantes. El que cobren, revela que hay una estructura, un reparto de funciones. No es un acto esporádico. En el domicilio había hasta cuatro mujeres y se encontraron restos de tres”

otras personas, se cierra con la participación en España de la acusada que contactaba a los desplazados irregularmente, le proporcionaba alojamiento y se encargaba de exigirles el pago, que luego enviaba al menos en parte a Nigeria. Se dedican a esta actividad desde hace años y hay reparto de roles.”

Obtención y proporción de pasaportes falsos
Recaudación de dinero
Viaje de acompañamiento
Recepción en el lugar de destino
Paso por el control de documentación
Proporción de alojamiento
Empadronamientos ficticios
Tramitación de uniones de hecho

Fuente: elaboración propia

3. Peligro para la vida o de causar lesiones graves

3.1. Evolución normativa y concepto

3.1.1 Evolución normativa

Un caso en que analizada la causa se desmonta la existencia de organización criminal es la SAP 265/2017, de Tenerife, de 16 de junio, para la que no quedaba acreditado que la acusada formara parte de una organización dedicada a empadronar de forma ficticia a ciudadanos hindúes y paquistaníes, tramitar uniones de hechos y acompañar a los inmigrantes a las oficinas administrativas para la obtención de tarjetas de residencia de ciudadanos de la Unión Europea.

A sensu contrario, un último ejemplo de confirmación de la existencia de organización criminal es la SAP 328/2017, de Sevilla, de 4 de julio que hace referencia a una organización criminal que parte de Nigeria, en la que uno de los miembros es el jefe de un grupo dedicado al traslado irregular de súbditos nigerianos a España y a proporcionar a dichas personas trasladadas, pasaportes falsos. Tal jefe se encarga de fijar la deuda y establecer la posibilidad de condonar la misma. Dirige las actividades y es consultado por el resto de los integrantes de la organización. Otro miembro que se halla en Nigeria se encarga principalmente de obtener los pasaportes falsificados y hacerlos llegar a España a través de terceras personas. Asimismo, otro individuo, radicado también en Nigeria, se dedica a recibir los envíos del dinero recaudado en España en pago de las cantidades exigidas a los inmigrantes ilegales. La organización, se cierra en España con la participación de quien contactaba con los desplazados irregulares a fin de proporcionarles alojamiento y exigirles el pago, que después enviaba a Nigeria.

Este tipo hiperagravado nace como apartado tercero del primitivo delito contra los derechos extranjeros junto con la circunstancia de minoría de edad de la víctima, que suponía la aplicación de la pena prevista en los dos apartados anteriores en su mitad superior⁵⁶³.

Como puede comprobarse, inicialmente el legislador equiparó a efectos agravatorios, las circunstancias consistentes en la puesta en peligro para la vida, salud o integridad de las personas con la minoría de edad de la víctima, lo que dio lugar a airadas críticas que seguidamente se expondrán.

Con la reforma propiciada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se introducen modificaciones que tienen como fin reunificar en un solo apartado circunstancias que con anterioridad se recogían a lo largo de los diferentes párrafos del artículo. En concreto, se observa cómo se acoge en un único apartado tercero, circunstancias agravatorias que, previo a la reforma se repartían entre el segundo y el tercer apartado, de tal forma que se unifican todas ellas para conformar el párrafo tercero, manteniendo la pena en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores (prisión de cuatro a ocho años para el tipo básico; prisión de cinco a diez años cuando el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas)⁵⁶⁴.

Llegados a este punto de equiparación, reprocha SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS “el desorden sistemático con que se contemplan las diversas agravaciones, sobre todo si se tiene en cuenta que se agrupan en un mismo número, y con similar eficacia agravatoria circunstancias de muy distinta significación y naturaleza. (...). Valga como simple ejemplo, la equiparación a efectos penológicos de los supuestos en que se genera en la comisión de los hechos un peligro concreto para la vida, la salud o la integridad de las víctimas, con la circunstancia de que alguno de tales sujetos sometidos al tráfico sea menor de edad”⁵⁶⁵. En definitiva, se constata que el legislador, restó importancia y se desprecupó de la entidad, trascendencia o condición de las circunstancias agravatorias, habida cuenta de que, con independencia de tales factores, se agruparon todas ellas en el mismo apartado del precepto, con igualdad en la penalidad que se les asigna.

Cabe recordar que es ésta la reforma que se produce como consecuencia de las decisiones adoptadas en el Consejo Europeo de Tampere que desembocaron en la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre y la Decisión marco de la misma fecha, subrayando respecto a esta última, su especial empeño en el castigo con pena privativa de libertad no inferior a ocho años en los supuestos de comisión por organización delictiva o poniendo en peligro la vida de las personas. A fin de adaptar la legislación española a dicha normativa europea, se varió la

⁵⁶³ En su origen, este apartado 3º del artículo 318 bis establecía que “se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la víctima sea menor de edad”.

⁵⁶⁴ Tras la reunificación en este apartado tercero, éste queda de la forma que sigue: 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.

⁵⁶⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos...cit.* (2002), pág. 104.

pena del tipo básico, elevándola hasta un rango que oscilaba entre los cuatro a los ocho años de prisión⁵⁶⁶.

Con la reforma ejecutada por la LO 5/2010, de 22 de junio, no se advierten cambios, más allá de refundir en el apartado segundo lo que venía a ser anteriormente el apartado tercero, además de elevar la pena en el caso de la minoría de edad o incapacidad de la víctima, por lo que queda en lo que nos atañe, igual que entonces⁵⁶⁷.

Finalmente, con la LO 1/2015, de 30 de marzo, se incluye nuestro estudiado “puesta en peligro para la vida de las personas objeto de la infracción o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves”, separadamente y de manera independiente como letra b) del apartado tercero⁵⁶⁸.

Como puede comprobarse, el legislador de 2015 trató de solventar los problemas sistémicos ya referidos, al regular de forma separada las diversas circunstancias agravatorias, reservando para cada una de ellas, cada uno de los distintos apartados que conforman el precepto. De este modo, se consiguen solucionar las deficiencias advertidas. Así lo pone de manifiesto IGLESIAS SKULJ al establecer que, “esta nueva ubicación sistemática dentro del tipo del art 318 bis CP logra atemperar las consecuencias indeseadas de la redacción anterior”⁵⁶⁹.

Otro de los cambios observados respecto a la anterior redacción radica en la nomenclatura, ya que se sustituye la expresión “poniendo en peligro la salud o la integridad de las personas” por los términos “peligro de causación de lesiones graves”. Con este apunte, se puede dar inicio al siguiente epígrafe, en que se intentará determinar lo que se entiende por ese “peligro de causación de lesiones graves”.

3.1.2. Concepto

Como decíamos con anterioridad, suprime el legislador los vocablos “salud o integridad de las personas” por la expresión “causación de lesiones graves”, lo que no viene más que a complicar la interpretación que se haga de tales acepciones. De esta forma, parte de la doctrina señala como una equivocación la inclusión de tal concepto porque es necesario precisar la noción de “lesión grave”. Así lo declaran autores como QUERALT JIMÉNEZ, que habla de

⁵⁶⁶ En la misma línea, IGLESIAS SKULJ, Agustina. *Artículo 318 bis: Delitos contra...*cit., pág. 945 al manifestar que “la LO 11/2003 incrementó la pena más allá de las exigencias europeas, pasando de seis meses a tres años a la de cuatro a ocho años”.

⁵⁶⁷ Tras la reforma del año 2010, se fija esta agravación de peligro para la vida o salud de las personas en el apartado segundo, quedando de la siguiente forma: 2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior”

⁵⁶⁸ La redacción vigente de esta circunstancia agravante se recoge finalmente en el apartado 3 b del artículo 318 bis, que queda de la forma que sigue: Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.

⁵⁶⁹ IGLESIAS SKULJ, Agustina. *Artículo 318 bis: Delitos contra...*cit., pág. 945.

“circunloquios” del legislador para referirse a ese cambio en la nomenclatura⁵⁷⁰. Otros como SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, van más allá en su análisis y consideran como un error la sustitución efectuada sobre el término, habida cuenta de la necesidad de concretar esas lesiones graves a las que puede dar lugar el peligro. En tal sentido, aclara que “parece errónea la referencia que aparece en el segundo inciso de la letra b del art 318 bis, que, en vez de exigir, como sería más fácil, la generación de un peligro concreto para la salud y la integridad de las personas, exige que en los hechos se hubiera creado el peligro de “lesiones graves”, aunque sólo sea porque impone la necesidad de determinar cuáles son las lesiones graves a las que se refiere”. Y añade que “en nuestra opinión debe abarcar cualquier menoscabo a la salud física o psíquica del sujeto pasivo de los contemplados en los arts. 149 y 150, e incluso los supuestos “agravados” de lesiones previstas en el art 148 CP”⁵⁷¹.

Si acudimos a los preceptos mencionados por SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (artículos 148, 149 y 150 del Código Penal), apreciamos cómo se daría este tipo agravado en los casos de pérdida o inutilidad de órgano, miembro principal o sentido, así como la impotencia, la esterilidad, grave deformidad, grave enfermedad somática o psíquica y mutilación genital e igualmente, también en los casos de pérdida o inutilidad de órgano o miembro no principal o deformidad. Asimismo, los casos “agravados” de lesiones del artículo 148 a los que alude el autor incluirían aquéllas producidas por armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. Como puede evaluarse, un extenso elenco de lesiones que dificulta la concreción del tipo, no sólo por la amplitud de situaciones de peligro que pueden originarse, sino también por la determinación misma de la gravedad del peligro de lesión, que requeriría de un juicio de valor independiente para cada caso concreto.

Otros como MARAVER GÓMEZ, sostienen que el peligro para la vida de las personas o de causación de lesiones graves “implica una cierta entidad del riesgo para la salud y se corresponde en mayor medida con el importante incremento punitivo que lleva consigo este tipo agravado. Tal agravación obedece a lo extremadamente peligrosas que resultan a menudo las vías utilizadas por los inmigrantes para pasar nuestras fronteras; especialmente, cuando se utilizan embarcaciones tan poco seguras como las pateras o los cayucos o como cuando se utilizan vehículos con escondites poco habitables”⁵⁷². Es decir, alude el autor a la peligrosidad excesiva de los medios empleados para el paso de las fronteras sin medir, en particular, el alcance de la lesión.

Por su parte, la jurisprudencia también ha mencionado este cambio de denominación. Precisamente, el Tribunal Supremo entiende que con la regulación vigente se reducen las posibilidades de aplicación del tipo frente a la anterior. Lo subraya, por ejemplo, en la STS 11/2018, de 15 de enero al proponer que “la redacción del actual art. 318 bis se refiere a un *«peligro de causación de lesiones graves»*. Esta expresión sustituye a la que el derogado art. 318 bis incluía en su modalidad agravada, que se refería a *«poner en grave riesgo la vida, la salud o integridad física»*. Se trataba, por tanto, de una tipicidad más amplia que la vigente, que

⁵⁷⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español...cit.*, pág. 928.

⁵⁷¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos ... cit.* (2021), pág. 961.

⁵⁷² MARAVER GÓMEZ, Mario. *Delitos contra los derechos...cit.* (2023), apartado 13443.

exige un riesgo para la vida o, en su caso, peligro de causación de lesiones graves”. Por consiguiente, según el TS, el actual 318 bis 3 quedaría restringido por la propia limitación de la actual expresión “peligro de causación de lesiones grave”, frente a la amplitud de la anterior “riesgo para la vida, salud o integridad física”.

Quien también halla imprescindible restringir el campo de aplicación del peligro es SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS⁵⁷³, en esta ocasión no por la permuta de la expresión en sí, sino por la amplitud de las conductas del tipo básico que, al emplear el verbo “ayudar”, se podría extender a un elevado número de individuos que nada tienen que ver con tal peligro. Por eso, aboga por determinar de forma palmaria el momento de la generación del peligro para evitar que esa descomunal prolijidad de los supuestos que constituyen la conducta típica (ayudar a la entrada, tránsito o permanencia) pueda afectar a personas ajenas a la causación del peligro⁵⁷⁴.

3.2 Interpretación doctrinal

La interpretación acerca de esta circunstancia agravatoria ha girado en torno a la definición de la clase de peligro que tiene que generarse para la vida de las personas o de causación de lesiones graves. En este sentido, de todos es conocido que en el Derecho Penal se distingue entre los delitos de peligro concreto y abstracto, en función de cómo es el peligro que atenta contra el bien jurídico protegido. De esta forma, la intención de este epígrafe es precisar las teorías doctrinales acerca del peligro ocasionado con la comisión del tipo agravado objeto de estudio.

En toda evolución doctrinal y jurisprudencial pueden distinguirse fases en función de las circunstancias que en cada momento son determinantes para el convencimiento o creencia en una específica idea. Por este motivo, las reformas legislativas operadas sobre un específico precepto o la política criminal predominante en un concreto momento contribuyen a la asunción de una u otra postura en relación con un tema en particular. En lo que nos ocupa, se advierten tres fases con respecto a la delimitación del peligro generado para el bien jurídico protegido, que serán desglosadas a continuación.

⁵⁷³ De hecho, manifiesta SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS que “este segundo supuesto hiperagravado del delito de favorecimiento ilícito de la entrada o tránsito de extranjeros en territorio español, aun cuando plenamente justificado en su sentido, merece especiales críticas por la literalidad con que se prevé en la ley vigente. Y ello porque cambia sustancialmente la literalidad con que generalmente se incorpora como motivo de agravación la generación de un peligro concreto para la vida o la salud o integridad de las personas que son objeto de la infracción, de forma que puede generar ciertas dudas interpretativas. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos ...cit.* (2021), pág. 960.

⁵⁷⁴ En tal sentido, *ibidem*, pág. 960 y 961. En concreto, manifiesta este autor que “el fundamento de la agravación radica en la generación de un riesgo o peligro concreto para la vida o la salud en el momento de realización del núcleo de la conducta, esto es, en el modo de proceder a la entrada o tránsito en el territorio español; y el problema surge por la excesiva amplitud de la conducta típica, consistente en “ayudar” y que puede abarcar, como hemos señalado comportamientos muy periféricos en relación con la concreta entrada o tránsito en el territorio, de forma que la agravación puede afectar a meros favorecedores indirectos, ajenos por completo a la generación de la situación de riesgo. Será por ello preciso realizar una aplicación restrictiva de la figura, habida cuenta sobre todo del más que relevante aumento de la penalidad.

En un primer periodo, un sector doctrinal entiende que el peligro es abstracto; un segundo periodo y sector doctrinal sostiene que podría diferenciarse entre el peligro para la vida (abstracto) y el peligro de causación de lesiones graves (concreto); y una última fase y posición doctrinal, opina que tanto el peligro para la vida como de causación de lesiones graves debe de ser concreto.

En lo que concierne a la primera fase, SANTANA VEGA reseña que “según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria el peligro enunciado en el tipo es abstracto, basta que objetivamente se advierta en el viaje circunstancias que hagan altamente probable un resultado lesivo para los sujetos pasivos, debiéndose evaluar el peligro en cada caso concreto”⁵⁷⁵. De este modo, sería suficiente con que la conducta fuera peligrosa en general, sin necesidad de apreciación individualizada del peligro.

En el segundo periodo aludido, algunos autores han diferenciado entre las dos clases de peligro que constituyen el tipo, esto es, el peligro para la vida, por un lado y el peligro de causación de lesiones graves, por otro. En estos términos, algunos como QUERALT JIMÉNEZ estiman que de la lectura del precepto se desprendería un peligro abstracto en el primer caso, es decir, en el supuesto referido a la vida de las personas, mientras que nos hallaríamos ante un peligro concreto en el supuesto de causación de lesiones graves. Pero añade que “sin embargo, ello, amén de dilatar en exceso el ámbito de lo punible sin mandato expreso del legislador no se valora como acertado”⁵⁷⁶. Fundamenta esta idea en la falta de proporcionalidad desde el punto de vista político-criminal al afirmar que “en efecto, sería político-criminalmente incorrecto y desproporcionado dogmáticamente que para la vida el riesgo fuera un peligro abstracto y, en cambio, para la integridad física, el peligro hubiera de ser concreto. La interpretación más teleológicamente acorde ha de ser la que considera que se produce este subtipo agravado cuando la vida y la integridad física se ponen en peligro concreto, de, como mínimo, causar lesiones graves”⁵⁷⁷.

Por último, en la última fase se incardina a SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, que concibe el peligro como concreto, recayendo este sobre bienes jurídicos individuales, como puede ser la vida o la salud de las personas⁵⁷⁸. Esta opinión doctrinal está en consonancia con la mantenida por el TS en STS 1059/2005, de 28 de septiembre, que establece que “nos encontramos ante un delito de peligro concreto que exige la presencia de un resultado consistente en la creación de una situación de riesgo para un bien jurídico concreto e individualizado. La necesidad de que haya provocado una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos contemplados en el precepto requiere la prueba específica de que el peligro se dio en el caso concreto, sin que este pueda presumirse como ligado a ciertas conductas consideradas ex-ante como peligrosas”.

Igual postura adopta MARAVER GÓMEZ que señala que “tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia más reciente han mantenido, en todo caso, que ha de tratarse de un

⁵⁷⁵ SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 1475.

⁵⁷⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español...* cit., pág. 928.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, págs. 928 y 929.

⁵⁷⁸ En la línea del texto, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos...* cit. (2021), págs. 952 y 953. Aquí resalta el autor el carácter pluriofensivo del tipo pues a la lesividad propia del tráfico ilícito de personas añade la concreta peligrosidad para la vida, la salud o la integridad de las personas.

peligro concreto, y que, por tanto, no basta con demostrar la peligrosidad del medio de transporte empleado”⁵⁷⁹. Además, el autor ha de conocer las circunstancias de generación del concreto peligro y deben valorarse otras condiciones concurrentes como la manera de realizar el tránsito, la cantidad de viajeros o el estado de salud del inmigrante”⁵⁸⁰.

GARCÍA ÁLVAREZ también se postula dentro de esta corriente que apuesta por el peligro concreto puesto que, en su opinión, debe constatarse “la puesta en peligro efectiva de la vida de alguno de los extranjeros objeto de la conducta típica o la existencia de un riesgo real de que se le causen lesiones graves”⁵⁸¹.

3.3 Interpretación jurisprudencial

Podemos afirmar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado por concebir el peligro al que alude el artículo 318 bis 3 b) como un peligro concreto, sin perjuicio, no obstante, de que en alguna de las sentencias emitidas por el Alto Tribunal en años anteriores se haya apostado por el peligro abstracto.

Precisamente al respecto del posicionamiento del TS sobre el peligro abstracto, destaca la STS 1268/2009, de 7 de diciembre, en la que se toma partido por este tipo de peligro y en la que se manifiesta expresamente que “debe significarse que el peligro enunciado en el tipo es abstracto, que no concreto, esto es, para apreciar el subtipo basta que objetivamente se advierta en el viaje circunstancias que hagan altamente probable un resultado lesivo para los sujetos pasivos. Cuando el legislador exige un concreto peligro lo establece así expresamente, como acontece con el delito contra la seguridad del tráfico del art. 381 del CP (381.2 tras la reforma operada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre)”⁵⁸².

No deja lugar a dudas el Tribunal Supremo en la estimación del peligro como abstracto, al entender que en caso contrario así lo hubiera dispuesto el legislador, ejemplificándolo con el delito del artículo 381 en que así se hace y fundamentándolo en esa determinada sentencia sobre la base de la peligrosidad “per se” de un viaje en cayuco, sin la necesidad de que en tal travesía deba materializarse en un peligro concreto. Se justifica de la siguiente manera en la resolución, al disponer que “a nadie se le esconde, y desde luego constituye una evidencia palmaria aplicando el más elemental sentido común (además de máximas de la experiencia a la vista del resultado mortal en casos parecidos), de que un trayecto en una embarcación tipo cayuco desde las costas africanas hasta Canarias, al margen de las rutas de navegación y obviando la mínima diligencia exigible para tan largo trayecto, constituye un viaje que entraña serios peligros para la vida de sus ocupantes, como así, por lo demás, lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo”⁵⁸³. A mayor abundamiento, entiende este órgano superior que, con independencia de valorar el peligro en cada caso particular, debe estimarse como abstracto porque esa evaluación del peligro en el supuesto en concreto no impide o limita su apreciación como peligro abstracto.

⁵⁷⁹ MARAVER GÓMEZ, Mario. *Delitos contra los derechos...* cit. (2023), apartado 13443.

⁵⁸⁰ En tal sentido, *ibidem*.

⁵⁸¹ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *El tenor literal del artículo ...* cit., pág. 12.

⁵⁸² STS 1268/2009, de 7 de diciembre.

⁵⁸³ *Ibidem*.

Todo ello amén de continuar esta sentencia con un examen, en mi opinión desacertado, ya que una vez dejado meridianamente clara su posición acerca de la consideración del peligro como abstracto, pudiera parecer, de la redacción subsiguiente, que la evaluación del peligro en cada caso concreto permitiese la posibilidad de estimar el peligro no ya como abstracto, sino como concreto⁵⁸⁴.

Procede, a continuación, analizar la segunda corriente en la interpretación del tipo de peligro al que alude el artículo 318 bis 3 b). Es una tendencia más reciente en el tiempo, que estima el peligro como concreto y que se ilustra con las STS 11/2018, de 15 de enero y la STS 295/2016, de 8 de abril.

Recalca la primera de ellas, STS 11/2018, de 15 de enero, la autocrítica por la exégesis fallida de resoluciones anteriores en la estimación del peligro como abstracto. Dice así:” la jurisprudencia de esta Sala no presenta la uniformidad que habría sido deseable. No faltan resoluciones que etiquetan el riesgo para la *vida, la salud o la integridad de las personas*, como un riesgo abstracto, no concreto, de suerte que «... para apreciar el subtipo basta que objetivamente se advierta en el viaje circunstancias que hagan altamente probable un resultado lesivo para los sujetos pasivos» (STS 1268/2009, 7 de diciembre)⁵⁸⁵. Y continúa expresando las razones por las que el peligro debe valorarse como concreto, fundamentándolo en la necesidad de determinar que el peligro sí se produjo en el supuesto analizado, lo que indicaría claramente que tal peligro al que alude el 318 bis 3 b) es concreto. Lo expresa de la siguiente forma: “pero también hemos dicho que «... la necesidad de que haya provocado una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos contemplados en el precepto requiere la prueba específica de que el peligro se dio en el caso concreto, sin que éste pueda presumirse ligado a ciertas conductas consideradas ex ante como peligrosas» (cfr. STS 1059/2005, 28 de septiembre y ATS 730/2017, 30 de marzo)⁵⁸⁶.

Además, STS 295/2016, 8 de abril, a la que alude la anterior señala que “el peligro para la vida es inherente a una travesía en patera sin medios adicionales de ayuda o apoyo entre cualquier punto, por cercano que sea, de África y el sur de la península Ibérica. Ahora bien, la pobreza narrativa de la sentencia nos impide tener por aseveradas en el hecho probado de forma

⁵⁸⁴ En efecto, esta idea puede extraerse de la redacción literal recogida en la STS 1268/2009, de 7 de diciembre, que establece “que el peligro haya de evaluarse en cada situación en concreto (SSTS 1059/2005 , de 28 de septiembre; 1039/2005 , de 22 de septiembre) no es obstáculo a que, como ha sostenido la Audiencia de instancia y ha señalado esta Sala en ocasiones (Cfr. SSTS 704/2005, de 6 de junio; 1059/2005 , de 28 de septiembre) el peligro haya de reputarse como abstracto, porque, en cualquier caso, como dice la STS 1059/2005 , de 28 de septiembre, se requiere la prueba específica de que el peligro se dio en el caso concreto, debiendo rechazarse que el riesgo pueda presumirse como ligado a ciertas conductas consideradas ex ante como peligrosas, ya que no es menos cierto que, sin perjuicio de aportar en cada momento los elementos probatorios necesarios para concretar, algunos procedimientos para llegar a España son en sí peligrosos. En efecto existen ciertos medios para el transporte que incorporan generalmente este elemento de peligro: traslados en frágiles embarcaciones (pateras o cayucos) desde la costa norteafricana a la española, generan por sí el peligro concreto. Así el subtipo se aprecia cuando los inmigrantes son conducidos desde Marruecos en patera (SSTS 1685/2002, de 15 de octubre; 1248/2002, de 28 de junio; y 1207/2003, de 17 de septiembre)”. Como puede comprobarse, de la lectura detenida de ésta se desprende la mezcla de elementos de juicio que enturbian un posicionamiento que previamente había sido claro sobre el tipo de peligro.

⁵⁸⁵ STS 11/2018, de 15 de enero.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

totalmente concluyente esas circunstancias. Tampoco ofrece la base elemental para reprochar culpabilísticamente a cada uno de los acusados esa eventual situación de riesgo vital”⁵⁸⁷.

Por último, la determinación del peligro concreto requerirá de una valoración por el Tribunal de las circunstancias concurrentes en el caso. Así se dispone expresamente en la STS 388/2018, de 25 de julio, al matizarse que “tal peligro no es en sí mismo una realidad material directamente perceptible por los sentidos, sino, en su caso, el resultado de un proceso intelectual valorativo de las circunstancias objetivas y físicamente constatables que rodean la situación objeto de análisis. Desde esta perspectiva, la invocación de la presunción de inocencia para impugnar la apreciación del Tribunal a quo de la realidad del riesgo para la vida o la integridad física únicamente puede prosperar en el caso de que los datos fácticos circunstanciales que conforman la base del juicio de inferencia no están debidamente acreditados por prueba válida y suficiente, o bien si la conclusión deducida por el juzgador del análisis de esos hechos-base se revela contraria a las reglas de la razón, de la lógica y de los dictados de la experiencia”⁵⁸⁸.

En mi opinión, comparto la posición doctrinal que reprocha la permuta de los términos de esta circunstancia, esto es, el cambio de la expresión “salud o integridad de las personas” por la locución “causación de lesiones graves”. En este sentido, hubiese resultado hábil la modificación en caso de que el legislador hubiera concretado, bien en el propio precepto, bien por remisión a los artículos 147 y siguientes del Código Penal, las lesiones graves a las que alude. Sin embargo, la ausencia de razones o motivaciones a las que acudir para entender la modificación, dejan al intérprete de la ley vacío de argumentos con los que justificar el cambio de postura legislativa. En lo relativo al tipo de peligro, entiendo que, en las dos circunstancias, vida, por un lado, causación de lesiones graves, por otro, nos hallamos ante un delito de peligro concreto, como también sostiene la mayor parte de la doctrina, que implica, en definitiva, la prueba de que en el supuesto concreto se produjo ese peligro. De esta forma, los comportamientos más frecuentes observables en la jurisprudencia, que serán valorados seguidamente, tales como el viaje en pateras o cayucos, el transporte en habitáculos reducidos dentro de un vehículo a motor, así como cuando el propio inmigrante intenta llegar a las costas en lo que se ha conocido como “motor humano”, son conductas que, a pesar de ser peligrosas en sí mismas, requieren de la prueba específica del peligro en el caso concreto, para de esta forma poder dar lugar a la apreciación de este tipo agravado.

Para concluir con este epígrafe se introduce un gráfico con las conductas más frecuentes observables en la práctica de juzgados y tribunales que dan pie a la apreciación de la circunstancia agravante estudiada, añadiendo resoluciones jurisprudenciales que así lo atestiguan:

Tabla 9. *Conductas más frecuentes de peligro para la vida o causación de lesiones graves*

Conductas más frecuentes	
	-Ausencia de salvavidas para los inmigrantes.

⁵⁸⁷ STS 295/2016, 8 de abril.

⁵⁸⁸ STS 388/2018, de 25 de julio.

<p>Viaje en embarcación (patera o cayuco)⁵⁸⁹</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Patera o cayuco sin luces. -Patera o cayuco sin elementos básicos de seguridad (señales de emergencia, bengalas de localización, ...) -Elevado número de personas en la patera o cayuco (sobrecarga de la embarcación) -Desembarco en zona rocosa -Viaje largo (travesía de días de duración y horas nocturnas) -Mal estado de la mar y otras condiciones meteorológicas (oleaje, cambio brusco de factores atmosféricos) -Peligro de animales marinos. -Huida del acusado si sospecha que puede ser detenido. -Teléfonos móviles sin cobertura. -Riesgo de insolaciones e hipotermias.
---	---

⁵⁸⁹ Algunos de los ejemplos en los que viaje en embarcación pueden generar un peligro para la vida o de causación de lesiones graves, según se recoge en diversas resoluciones son, entre otras, las siguientes:

-ATS 603/2018, de 5 de abril, el viaje se realiza en “una embarcación destinada a la pesca de bajura pero no apta para la navegación en alta mar y sin que el hecho de que dispusiese dos motores y un GPS desvirtuasen esta peligrosidad. (...) sus ocupantes carecían de los elementos de seguridad, lo que implicaba que cualquier accidente o caída al mar se transformase en una situación de riesgo extremo (...)”.

-STSJ Andalucía 195/2020, de 7 de julio: “En el episodio enjuiciado la situación de peligro se infiere sin demasiada dificultad de las circunstancias en que viajaron los inmigrantes: 1) en embarcación neumática tipo patera de escasas dimensiones para desplazar 55 personas, lo que denota una patente sobrecarga, determinante a su vez de un claro riesgo de vuelco y/o hundimiento. No en vano, en el viaje fue necesario achicar agua que entraba en la embarcación; 2) para cubrir un largo trayecto lo que determina que el viaje se desarrolle por altamar y durante muchas horas, con inclusión de las nocturnas, lo que aumenta el riesgo anterior, por la mayor exposición al peligro, con el consiguiente incremento de la probabilidad de ser víctima de un posible empeoramiento de las condiciones meteorológicas o de abordaje por otra nave que no se perciba de su presencia, entre otras previsibles incidencias negativas; y 3) sin portar los correspondientes chalecos salvavidas ni otras medidas de seguridad elementales como bengalas o instrumentos para comunicación por radio, debiendo puntualizarse que en alta mar los teléfonos móviles carecen de cobertura, circunstancia que aumenta considerablemente el riesgo de fallecimiento en caso de naufragio, hombre al agua u otro incidente similar”.

-SAP Melilla 3/2021, de 10 de febrero: “3. De esas 52 personas había 18 mujeres y 12 niños, siendo los niños muy pequeños y apenas podían andar, lo que incrementa el peligro de un resultado lesivo para alguno de ellos. 4. El viaje se realiza en medio de la noche, siendo una noche cerrada, con fuerte temporal, con fuerte lluvia, estaba diluviando, según los testigos, mucho viento, en unas malísimas condiciones de navegación. 5. La embarcación no llevaba luces, pese a la escasa visibilidad de la noche y las circunstancias ambientales. 6. Las personas que viajaban en la embarcación carecían de chalecos salvavidas o de cualquier tipo de medidas de seguridad personales en caso de naufragio o caída al agua. 7. La embarcación neumática, tan poco adecuada para el viaje, sin medios de comunicación, balizas o bengalas y con un sistema de alimentación, el motor fuera borda que produce riesgo de incendio y la garrafa de gasolina al lado. 8. El peligro para las personas que viajaban en la embarcación era tan evidente que la misma se dirigía inexorablemente a colisionar con la escollera del puerto, lo que motivó que fuera auxiliada por la embarcación de la Guardia Civil y que tuvieran que abordarla.

	<p>-Insuficiencia de agua y alimentos durante la travesía.</p> <p>-Necesidad de achicar agua que entraba en la embarcación.</p>
Transporte en vehículo a motor (habitáculos) ⁵⁹⁰	<p>-Habitáculo practicado con dimensiones reducidas en la zona del salpicadero, asientos traseros, depósito de gasolina del vehículo.</p> <p>-Permanencia en el interior del habitáculo durante varias horas.</p> <p>-Falta de oxígeno, lo que da lugar a fatiga y respiración agitada cuando el inmigrante es hallado, desvanecimiento.</p> <p>-Elevado número de personas viajando en tales condiciones (hacinamiento) y disposición de los mismos en el vehículo.</p> <p>-Ausencia de movilidad en el traslado.</p>

⁵⁹⁰Algunos ejemplos en los que el transporte en vehículo a motor puede generar un peligro para la vida o de causación de lesiones graves, según se recoge en diversas resoluciones son, entre otras, las siguientes:

-STS 11/2018, de 15 de enero: “Concurre el elemento agravado de grave peligro para la integridad física. En efecto, la forma y lugar en el que se transportaba a los inmigrantes, los síntomas de asfixia que éstos presentaban, tuvieron que emplear una palanca para romper la plancha de madera y a fin de permitir la entrada de oxígeno y la extracción de los inmigrantes y, en fin, la debilidad física de estos que no podían mantenerse en pie («... estaban oprimidos, muy cansados y débiles»), son elementos probatorios que justifican la aplicación del tipo agravado (...) La agravación se basa en el traslado en un espacio de reducidas dimensiones que no permite la movilidad y que sólo pueden salir del habitáculo artificialmente (...) dos habitáculos con inmigrantes en su interior. Uno formado, a modo de falso fondo, con una tabla de aglomerado sujeta a los extremos por cuatro escuadras, a una distancia de 40 centímetros del fondo real del vehículo, con muy escasa ventilación, en cuyo interior se ocultaban de pie seis inmigrantes subsaharianos. Otro habitáculo, justo encima de los asientos del conductor y el correspondiente al acompañante, con salida al habitáculo anteriormente descrito, en cuyo interior se localizaron a dos inmigrantes tendidos. Todas estas personas se encontraban indocumentadas, y carecían de permiso para entrar a España”.

-STS 388/2018, de 25 de julio: “Nuevamente, la conclusión de que hubo ese peligro para las personas transportadas es correcta. El Tribunal lo infiere de los elementos siguientes: las propias características de fabricación de los habitáculos; el cuerpo de la persona transportada contactaba íntegramente con la estructura de chapa metálica del habitáculo; carecían de cualquier medida de seguridad contra los peligros inherentes a la conducción; uno de los departamentos estaba situado cerca del motor y, por tanto, sometía a la persona que iba en su interior a temperaturas extremas; las dimensiones de los habitáculos eran tan reducidas que quien viajaba en ellos debía adoptar una determinada postura para poder encajar en su interior y carecía una vez dentro de la posibilidad de cambiar de posición o moverse; los inmigrantes no podían salir de ellos por sus propios medios; y la duración del viaje fue de 10 a 15 minutos. En consecuencia, indica la sentencia recurrida, los inmigrantes tuvieron que soportar, durante cierto tiempo, los golpes de su cuerpo contra las estructuras metálicas derivados de los movimientos y vaivenes propios de la conducción en carretera y la duración del transporte era lo suficientemente prolongada como para representarse como probable la presencia de cualquier imprevisto en la carretera, que exigiera efectuar maniobras extrañas en la conducción que comprometieran gravemente su vida o integridad. (...) Las propias condiciones del viaje y la necesidad de contar con ayuda externa para salir del lugar en que se hallaban son elementos probatorios que justifican la aplicación del tipo agravado. Tanto por el peligro que representa el hecho mismo de la conducción del vehículo a motor, como por la incidencia que en sus condiciones físicas puede tener el transporte en unos cubículos de reducidísimas dimensiones (uno, de 67 centímetros de longitud por 34 de altura y 65 de anchura; y otro, de 80 centímetros de longitud, 46 de altura y 36 de anchura), estando situado uno de ellos cerca del motor, y de los que no se pueden zafar, salvo que sean extraídos *ex profeso* por un tercero”.

	<ul style="list-style-type: none"> -Salida del habitáculo mediante ayuda. -Altas temperaturas en el viaje. -Ausencia de medidas de seguridad frente al peligro de la conducción.
Motores humanos ⁵⁹¹	<ul style="list-style-type: none"> -Friedad de las aguas que da lugar a hipotermias. -Peligrosidad de la travesía (estado del mar, ...) -Distancia a la costa. -No saber nadar.

Fuente: elaboración propia

4 Prevalimiento de la condición autoridad, agente de ésta o funcionario público

4.1. Evolución normativa y concepto

4.1.1. Evolución normativa

Con la introducción del artículo 318 bis del CP por la Disposición Final Segunda de la LO 4/2000, de 11 de enero, esta circunstancia agravatoria se inserta como apartado cuarto del mismo⁵⁹².

La sanción a la que se alude al indicar “mismas penas del apartado anterior” son las del apartado tercero, que como sabemos prevé una pena de prisión que oscila entre los cuatro y los ocho años.

No obstante, la nota destacable de la regulación radica en la previsión de la pena de inhabilitación absoluta. Es ésta una pena privativa de derechos recogida en el artículo 39 y

⁵⁹¹ Finalmente, un ejemplo de que un “motor humano” conlleva a la apreciación de peligro para la vida o de causación de lesiones graves es la STS 1451/2005, de 14 de diciembre, que dispone que “Los traslados a nado, dentro de la variedad de circunstancias en que pueden hacerse, encierran peligro para la vida, como lo demuestra la práctica diaria. Además, el lugar concreto por el que se accedió a Ceuta era muy peligroso, (...) dado que los informes de la guardia civil son decisivos al concretar que la zona del mar por la que discurrió la travesía tiene corrientes peligrosas y el viento suele desviar la corriente marina al Estrecho. Asimismo, el riesgo para la salud y la integridad corporal también se derivaba de otros datos, como la distancia recorrida y el hecho de que fuera sólo el acusado quien poseyera aletas, cuestión acreditada por el agente que practicó su detención y por el propio inmigrante. (...) Eran la frialdad de las aguas, no saber nadar, la distancia a la costa, el estado de la mar, etc, un conjunto de circunstancias creadoras del peligro”.

⁵⁹² Dicho apartado cuarto del artículo 318 bis dispone que “en las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público”.

siguientes del Código Penal, con unos límites que se extienden desde los seis a los veinte años. En el presente caso, el legislador ha optado por rebajar el límite superior con respecto a la pena genérica, al contemplar su extensión hasta los doce años.

En cuanto al contenido de la pena, tal y como dispone el artículo 41 del Código Penal, “la pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena”. En definitiva, no sólo se anula la ostentación y ejercicio de los derechos derivados de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, sino que también se impide volver a conseguirlos durante el tiempo de la condena.

Con las reformas llevadas a cabo tanto por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, la LO 13/2007, de 19 de noviembre y la LO 5/2010, de 22 de junio, no se advierte variación alguna, más allá de que, a través de esta última, se produce una reorganización en cuanto a la numeración de los apartados, de tal forma que lo que antes constituía el apartado cuarto con la inclusión de la agravación objeto de estudio, ahora pasa a ser el apartado tercero.

Finalmente, con la reforma propiciada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, tampoco se observa ningún cambio, sin perjuicio de que se reorganice de nuevo la numeración de los apartados. De esta forma, otra vez esta agravante vuelve a introducirse en el apartado cuarto, siendo hoy en día la redacción vigente⁵⁹³.

Como puede apreciarse, aparte de las ya enunciadas transformaciones en cuanto a la numeración de los apartados que acoge la agravación, ha sido una de las pocas circunstancias que no ha sufrido permutas desde su redacción originaria, más allá de las lógicas variaciones en la penalidad, derivadas de las alteraciones en la pena del tipo básico.

4.1.2. Concepto

La dificultad en la delimitación del concepto radica en proporcionar una definición uniforme acerca de lo que se entiende por autoridad, agente de esta o funcionario público. En este sentido, ha de reputarse como distinto tal concepto si atendemos a una materia ajena al Derecho Penal. Así lo establece MARAVER GÓMEZ cuando dispone que “hay que tener en cuenta que a efectos jurídico penales el concepto de autoridad y de funcionario público que se maneja es el que establece el artículo 24 CP que no necesariamente ha de coincidir con el utilizado en el ámbito del Derecho Administrativo”⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Quizá una de las circunstancias más llamativas de esta circunstancia agravatoria sea que ha permanecido imperturbable ante las reformas, habida cuenta, no sólo del número de modificaciones recaídas sobre el precepto (un total de cuatro) sino la afectación a todos y cada uno de los apartados que constituyen el mismo, a excepción del presente. No obstante, tal y como manifiesta ABARCA JUNCO, “en este caso la falta de reforma no es una virtud”. Veremos el porqué en los epígrafes siguientes. ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros. *El extranjero...cit.*, pág. 389.

⁵⁹⁴ MARAVER GÓMEZ, Mario. *Delitos contra los derechos...cit.* (2023), apartado 13445.

Centrándonos en nuestro ámbito, el Código Penal ofrece en el artículo 24 una definición de autoridad y funcionario público. En concreto, el apartado primero se destina al concepto de autoridad disponiéndose al respecto que “a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”. Por otro lado, en el apartado segundo del mismo artículo se regula el concepto de funcionario, al establecerse que “se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Se asume, por tanto, que ostentan la condición de autoridad los Diputados, Eurodiputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y Fiscales. A ellos, se añade aquéllos que “tengan mando o ejerzan jurisdicción propia”. Y, por último, se incluyen los funcionarios públicos, entendiendo por tales a los que “participen en el ejercicio de funciones públicas”. Es, por tanto, un concepto amplio que no se limita exclusivamente a las autoridades o funcionarios relacionados con la materia migratoria, sino que se amplía a cualquier disciplina, únicamente con la peculiaridad de que del delito se comete cuando actúan en el ejercicio de sus funciones.

No obstante, tales matices serán analizados en epígrafes posteriores, en que doctrina y jurisprudencia, se encargan de especificar y clarificar los supuestos en los que concurre esta circunstancia agravatoria y el modo en que ha de producirse.

Para concluir este apartado, debe hacerse referencia a la problemática que puede surgir en la interpretación del artículo 318 bis cuarto en conjunto con el artículo 24 del Código Penal. Y es que este último define a la autoridad y al funcionario público a efectos penales, no así al agente de la autoridad. Para paliar tal ausencia, puede acudir a la doctrina, en autores como SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS. Sostiene éste que “es un concepto derivado del de autoridad, y que carece de un contenido propio, y que sobre todo, sólo ocasionalmente permite afirmar que se trate de una condición del sujeto de la que quepa prevalerse. De ahí que, aun cuando la finalidad perseguida por la inclusión legal de este supuesto sea evidente no pueda sino considerarse innecesaria y probablemente distorsionante su inclusión”⁵⁹⁵. En definitiva, a la vez que crítico con su inclusión, el autor entiende que tal condición exigirá de una interpretación de las circunstancias concurrentes en el sujeto a la hora de cometer el hecho delictivo, a fin de determinar si el autor actuaba como agente de la autoridad.

4.2. Interpretación y crítica doctrinal

La postura mayoritaria dentro de la doctrina es aquélla que sostiene que la referencia a autoridad, agente de esta o funcionario público no se circunscribe exclusivamente a aquéllos

⁵⁹⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos...* cit. (2002), pág. 114.

que ostentan tal cualidad en materia de inmigración⁵⁹⁶. Por tanto, cualquier persona con la condición referida sería sujeto activo del delito. Como añade MARAVER GÓMEZ, “la fundamentación de la agravación puede encontrarse tanto en el mayor desvalor de la acción, por la especial facilidad con la que se comete el delito, como en el mayor desvalor de resultado, por atentar también contra el correcto funcionamiento de la Administración”⁵⁹⁷.

Asimismo, otros autores como MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ mantienen que no comete delito quien en el momento de concurrencia de los hechos ostentaba la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, sino que, además, se requiere que se haya prevalido de tal condición para la comisión del hecho delictivo⁵⁹⁸. Esto supone, como dispone SANTANA VEGA, “abusar de las mayores facilidades que se tiene por razón del cargo que ocupa, no siendo necesario estar en ejercicio de las propias funciones”⁵⁹⁹. De conformidad con lo manifestado, nos encontraríamos, por tanto, ante un delito especial impropio.

Para VILLACAMPA ESTIARTE perfectamente podría haberse prescindido de la agravación por no preverlo la normativa comunitaria⁶⁰⁰. Recuérdese en este punto la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre y la Decisión marco de la misma fecha, que establecían la obligación de los Estados miembros de modificar sus legislaciones penales para castigar con pena privativa de libertad no inferior a ocho años los supuestos en que la actividad se lleve a cabo como parte de una organización delictiva. Sin embargo, y tal como recuerda la autora, nada se disponía acerca de la comisión del delito de los derechos de los ciudadanos extranjeros por autoridad, agente de esta o funcionario público. No es de la misma opinión SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, que respalda que la frecuencia con que funcionarios o autoridades corruptos colaboran en el fenómeno de la migración o en el tráfico ilegal de personas justifica esta cualificación⁶⁰¹.

En lo que sí coinciden los autores anteriores, esto es, VILLACAMPA ESTIARTE Y SÁINZ CANTERO CAPARRÓS es en la deficiente técnica legislativa utilizada para la regulación de la agravación. Esto es así por la utilización del párrafo previo como referencia para la sanción del presente (“en las mismas penas del apartado anterior”), da pie a dudar sobre si el legislador pretendía castigar en exclusiva a la autoridad, agente de esta o funcionario público cuando comete el hecho delictivo con pertenencia a una organización criminal o con peligro para la vida o causación de lesiones graves para el ciudadano extranjero. Por ende, tal circunstancia impediría la comisión de los hechos contenidos en el tipo básico con esta condición, es decir, no podría ser partícipe la autoridad, agente de esta o funcionario público de la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia de los ciudadanos extranjeros, sino sólo cuando los mismos fueran cometidos con peligro para la vida o salud de las personas o como integrantes de una organización criminal⁶⁰².

⁵⁹⁶ MARAVER GÓMEZ, Mario. *Delitos contra los derechos...* cit. (2023), apartado 13445.

⁵⁹⁷ *Ibidem*. También en el mismo sentido, ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros. *El extranjero...* cit., pág. 389.

⁵⁹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 609.

⁵⁹⁹ SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...* cit., pág. 1476.

⁶⁰⁰ En el sentido del texto, VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Delito contra los derechos...* cit., pág. 767.

⁶⁰¹ En la línea referenciada, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos ...* cit. (2021), pág. 962.

⁶⁰² En consonancia con el texto, *ibidem*. También en el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Delito contra los derechos...* cit., pág. 767 y 768.

Una interpretación literal la realiza VILLACAMPA ESTIARTE, quien considera que la inhabilitación absoluta a la que alude el apartado cuarto no podría imponerse en las modalidades del tipo básico (ayuda a la entrada y tránsito o ayuda a la permanencia) como pena principal (al no ser supuestos regulados en el apartado tercero) sino como pena accesoria. A mayor abundamiento, la aplicación como pena accesoria impediría acogernos a la inhabilitación absoluta, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 56 del Código Penal, las penas de prisión inferiores a diez años llevan asociadas inhabilitación especial para empleo o cargo público, no absoluta. Añade la autora que, todo ello con independencia del castigo al funcionario público por una eventual comisión de algún delito contra la administración pública, como el delito de soborno⁶⁰³.

Por otro lado, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS entiende que debe hacerse una interpretación extensiva, de forma que la agravación se refiere tanto a los supuestos o modalidades básicas como a las cualificadas, criticando, no obstante, que la pena imponible a la autoridad, agente de ésta o funcionario público, sea la misma con independencia de que se cometan exclusivamente los hechos que constituyen el tipo básico como si los hechos son cometidos en el seno de una organización criminal o con peligro para la vida o salud de los inmigrantes⁶⁰⁴.

Por último, otros autores como TERRADILLOS BASOCO aseguran que los agentes de autoridad ya son funcionarios, por lo que no ha sido correcta la técnica legislativa utilizada al incluir a tales agentes junto a los funcionarios, sobrando, por consiguiente, la referencia a dichos agentes de la autoridad⁶⁰⁵.

En mi opinión, la regulación merece dos críticas: la primera, la inclusión en la definición del agente de la autoridad; la segunda, la no clarificación por parte del legislador de los conceptos de los sujetos en ella incluido.

Comenzando por el primer reproche al que hago referencia, no existe a día de la fecha un concepto de “agente de la autoridad”. Así lo dispone MUÑOZ GARCÍA/MEDINA PÉREZ cuando establecen que “el concepto de agente de autoridad y policía judicial no se encuentra debidamente diferenciado y delimitado en nuestra legislación, lo que lleva muchas veces a confusión entre ambas figuras acerca de sus funciones, potestades y protección”⁶⁰⁶. No obstante, si entendemos al “agente de la autoridad”, como aquel funcionario que ejecuta órdenes de la autoridad o actúa en representación de ésta⁶⁰⁷, nos hallaríamos ante una redundancia, porque tales sujetos entrarían dentro de la categoría de funcionario público. Por lo que, el primer reproche es, bien haber incluido al agente de la autoridad en la definición si el legislador lo

⁶⁰³ En estos términos, VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Delito contra los derechos...* cit., pág. 767 y 768.

⁶⁰⁴ En la línea del texto, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E. *Delitos contra los derechos ...* cit. (2021), pág. 962

⁶⁰⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “Tráfico ilegal de emigrantes”. Conferencia en el XIII Congreso de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca -Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías-. Colex, 2001, pág. 27.

⁶⁰⁶ MUÑOZ GARCÍA, Sergio David/MEDINA PÉREZ, Patricia. *La figura del agente de la autoridad y su relación con la policía judicial*, Bosch, 2020, pág. 13.

⁶⁰⁷ Definición conforme al Diccionario panhispánico del español jurídico.

entiende equivalente al funcionario público, bien no haber aclarado lo que se entiende por éste, habida cuenta de que, a día de la fecha, no existe un concepto válido en Derecho.

En cuanto a la segunda crítica, merece la pena llamar la atención al legislador sobre la técnica empleada en la redacción de este apartado. Y es que difícilmente pudo no pensar en las consecuencias de no aclarar los conceptos en ella incluidos. No sólo en cuanto a la propia definición, sino también en cuanto a la comisión o no en el ejercicio del cargo. Una mínima remisión al artículo 24 CP hubiera sido suficiente para aclarar que la autoridad y funcionario público referidos son los utilizados penalmente en el artículo 24. O bien, a sensu contrario, estipular en la redacción del precepto los condicionantes o características que deben confluir en esa autoridad o funcionario público para poder ostentar la condición de sujeto activo de este delito.

Finalmente, hay que apuntar que los casos más característicos que pueden observarse en la jurisprudencia, no sólo en la del Tribunal Supremo, sino también en la de Audiencias Provinciales, son aquéllos en los que agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (Policía Nacional, Guardia Civil) con funciones en el control de entrada de extranjeros en puertos y aeropuertos, aprovechando esa condición, facilitan tal entrada a sabiendas del incumplimiento de los requisitos establecidos (ausencia de documentación, documentación falsa, etc.)

Destaca, en particular, la extensa jurisprudencia procedente de las Secciones correspondientes de las Audiencias Provinciales de Cádiz (Sección Ceuta) y Málaga (Sección Melilla), habida cuenta de la multitud de supuestos de ayuda a la entrada al extranjero desde las Ciudades Autónomas hasta la Península, a través del barco, en ambas ciudades y el avión respecto a Melilla. Se ha planteado, en alguna ocasión, la imposibilidad de aplicar este tipo a funcionarios que facilitan la entrada en la Península desde Ceuta y Melilla por el hecho de que tanto la ciudad de salida (Ceuta o Melilla) como la de llegada (algún punto de la Península) son españolas. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS 740/2009, de 30 de junio, en la que se pone de manifiesto, que no se puede excluir el régimen de control de acceso de extranjeros desde las Ciudades Autónomas, en virtud del Acuerdo de 19 de junio de 1990, para la aplicación del Convenio Schengen de 14 de junio de 1985, en cuyo apartado tercero del acta final (Declaración relativa a las Ciudades de Ceuta y Melilla, apartado 5) se dispone que “en aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. (...). A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio”.

En definitiva y en virtud del Convenio Schengen de 14 de junio de 1985, la autoridad, agente de ésta o funcionario público que facilite la entrada de extranjeros desde Ceuta o Melilla

a la Península, es sujeto activo del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en su apartado cuarto.

Como conclusión de este epígrafe en paralelo a lo que se ha hecho con las otras agravaciones, se inserta a modo de resumen una tabla con las conductas más frecuentes de prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.

Tabla 10. *Conductas más frecuentes de prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*

Conductas más frecuentes de apreciación de comisión con prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público
Cuerpos y Fuerzas de Seguridad con funciones en el control de entrada de puertos y aeropuertos ⁶⁰⁸
Cuerpos y Fuerzas de Seguridad con funciones de tramitación de expedientes de extranjería ⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ La STS 1294/2006, de 27 de diciembre, recoge la comisión de este delito con prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público con funciones de control en puertos y aeropuertos. En concreto “se afirma en el relato fáctico que este acusado, encargado del control de documentación de viajeros en puestos del puerto y del aeropuerto prestó su colaboración para que los trasladados pudieran cruzar el mecanismo de control con seguridad de no ser advertidos, acción que realizaba a cambio de dinero”. (...). En particular, “la intervención de un funcionario de policía para asegurar el paso por el control de documentación (...)”. “Funcionario de policía que dejaba pasar a los inmigrantes provistos de identificaciones falsas (...)”. En los antecedentes de hecho se establece que “para superar los controles policiales sitios en los embarques de puerto y aeropuerto, contaban con la colaboración del agente del Cuerpo Nacional de Policía Rafael, que tenía encomendada la función de control de documentación de viajeros en los precitados puestos, recibiendo por sus servicios una cantidad de dinero que era abonada por Imanol. Así y puestos de acuerdo con este agente los acusados hacían el transporte los días y horas que previamente Rafael indicaba a Imanol o José Miguel”.

Otro ejemplo es la SAP de Ceuta 46/2015, de 13 de abril, que dispone que “con motivo de unas investigaciones policiales llevadas a cabo por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras (UCRIF) en la Ciudad Autónoma de Ceuta bajo el nombre de operación "EUVI" se constató cómo se estaban organizando "pases" de extranjeros, marroquíes, carentes de la documentación habilitante para su entrada a la Península, previo pago de una cantidad de dinero del orden a los 6.000 euros en cuanto se aseguraba el éxito de cada operación gracias a la implicación retribuida de un policía nacional de servicio en el control de embarque en los transbordadores que unen la Ciudad Autónoma de Ceuta con Algeciras (...) Una vez en el control de la Policía Nacional el acusado Abelardo se aproximó a la ventanilla correspondiente al conductor y recibió de Evangelina su documentación propia, que le habilitaba para acceder a la Península, luego abrió la puerta trasera de la furgoneta y le presentaron la siguiente documentación de los demás ocupantes del PEUGEOT 807 (...) El acusado Abelardo, de acuerdo con lo que tenían concertado, examinó tales documentaciones y, pese a apreciar sus irregularidades y sus alteraciones, se los devolvió a Evangelina autorizándole a embarcar en el transbordador con los otros ocupantes del vehículo. A continuación, pasó también el mencionado control el PEUGEOT 307 en el que iban los acusados Ruth y Fausto”.

⁶⁰⁹ Un supuesto de este tipo agravado en que el acusado tiene funciones de tramitación de expedientes de extranjería lo recoge la STSJ Cataluña 168/2021, de 11 de mayo, en el que un Subinspector de Policía tramitó expedientes a inmigrantes paquistaníes y marroquíes a cambio de un precio y la garantía de otorgar autorización de residencia. En concreto, se establece que “Cirilo en el ejercicio de sus funciones públicas, guiado con un ánimo de lucro indebido y puesto de acuerdo con el acusado Amador y con la intervención del también acusado Fidel tramitó el expediente administrativo de regularización de ciudadano extranjero al amparo del art. 59 de la L.O. 4/2000, en favor de Gustavo , nacional de Pakistán, quien llegó a abonar, como pago de la tramitación del expediente administrativo, la cantidad de 9.000 euros, abonando Amador a Cirilo un porcentaje no determinado de la cantidad recibida por Gustavo obteniendo éste la autorización de residencia en territorio nacional gracias a los trámites realizados por Cirilo en la forma antes descrita”.

Fuente: elaboración propia

IV. DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS COMETIDO POR PERSONA JURÍDICA

1. Cuestiones preliminares

Previo a conocer la trascendencia de la responsabilidad de la persona jurídica en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros es necesario apuntalar una serie de cuestiones genéricas aplicables a cualquier persona jurídica, por lo que este epígrafe introductorio será clave para entender con posterioridad el alcance y repercusión que tiene la regulación de la persona jurídica en el artículo 318 bis CP. Antes, matizar que la inclusión junto a los tipos agravados en el mismo capítulo, no es una anomalía sino una forma sistemática de completar la exigencia interpretativa de aquellos tipos, de especial interés para esta investigación, con la responsabilidad de dichas personas jurídicas, relacionadas con todas las tipologías del artículo 318 bis, pero en especial con los tipos agravados en cuanto a su componente relacional con la organización versus organización criminal del entonces artículo 318 bis. 4.

La inserción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en general tiene lugar a través de la susodicha LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reformó la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Es el apartado VII del Preámbulo de tal norma el que justifica la razón de su acogimiento en el Código Penal, fundamentándolo en un doble motivo: la

⁶¹⁰ Un ejemplo de acompañamiento de inmigrantes es la STS 773/2006, de 10 de julio: Pedro, tras identificarse en el control de pasajeros como agente de la Guardia Civil, fue sorprendido por funcionarios de la Policía Nacional con tarjeta profesional NUM000 y NUM001, cuando intentaba acceder al barco con destino a Algeciras llevando con él, a la inmigrante de origen marroquí Sane El Selymy, a quien pretendía introducir ilegalmente en la Península (...) El acusado, con pleno conocimiento de que estaba facilitando la inmigración clandestina de una ciudadana extranjera, trató de hacerla pasar con engaño, utilizando su condición de Guardia Civil, identificándose como tal, como si fuera una ciudadana española, con un billete que le había comprado, (...)”.

Otra situación de acompañamiento la recoge la STS 727/2004, de 10 de junio: “Ángel Jesús, de profesión funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, sin antecedentes penales, aunque consta la incoación de un expediente disciplinario por hechos similares al que nos ocupa, con ocasión de circular conduciendo el automóvil matrícula FR-....-F , en compañía de Oscar , mayor de edad y sin antecedentes penales, con permiso de residencia en regla, siendo el vehículo propiedad de un hermano de ésta, transportando en los asientos traseros a los ciudadanos marroquíes, Elvira , hermana de la anterior y Carlos Daniel , habiéndose puesto todos de acuerdo para facilitar la entrada de estos últimos en la Península a pesar de que no estaban habilitados para ello, se disponía a acceder al transbordador con destino Algeciras, cuando en un primer control de vehículos el acusado se identificó como funcionario de policía y su acompañante con su tarjeta de residencia, mientras que los otros dos lo hacían con una tarjetas de residencia francesas, que, en un lugar no determinado, habían sido confeccionadas ilegalmente añadiéndoles las fotografías de los citados inmigrantes”.

demanda internacional para su regulación y la intervención de las personas jurídicas en numerosos delitos, entre los que se halla la inmigración ilegal⁶¹¹.

En una comparativa en derecho, se observa cómo los sistemas anglosajones son proclives a la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas, a diferencia de los sistemas continentales en que ha regido el principio “societas delinquere non potest”, o lo que es lo mismo “una sociedad no puede delinquir”⁶¹². No obstante, a partir de tal año 2010, España, a pesar de pertenecer al conjunto de países con un sistema continental de derecho, procedió a incriminar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como también han hecho otros territorios en los mismos términos, por ejemplo, Francia. Se pretende con ello, en palabras de MORILLAS CUEVA una regulación pormenorizada y seleccionada para los delitos en concreto a los que se ha de aplicar, que sea coherente con los nuevos parámetros con los que el legislador pretende introducir la nueva dimensión de la responsabilidad criminal “y lo hace sin especial convicción en cuanto a su real justificación”⁶¹³.

Aunque posteriormente se ahondará en el concepto de “persona jurídica”, es necesario establecer una doble premisa previa sobre la cual pivotará tal definición y que es la propia responsabilidad de la persona jurídica. De esta forma, son dos las posibilidades: una primera clasificación, que atiende a la responsabilidad propia y a la responsabilidad en nombre de otro; una segunda, que distingue entre responsabilidad directa y subsidiaria.

La responsabilidad propia se da por supuesto en la comisión del hecho delictivo de la persona jurídica, cabiendo, a su vez, la comisión en nombre de la persona jurídica o bien por cuenta de ésta. Sin embargo, es necesario precisar qué ocurre con lo que se denomina “actuar en nombre de otro”. Así, el Preámbulo admite las dos opciones al afirmarse que “se ha optado por establecer una doble vía”⁶¹⁴.

⁶¹¹ Establece el apartado VII de la LO 5/2010, de 22 de junio, que “son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea”. Muy crítica con las razones de inclusión de la responsabilidad de la persona jurídica es la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, que en la *Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*, págs. 1 y 2. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00001.pdf (fecha de consulta: 10 de mayo de 2024) establece que “la Exposición de Motivos de la Ley sustituye la explicación de las razones de política criminal que motivan la inclusión en el Código Penal de un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por una escueta apelación al necesario cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales y del denominado Derecho penal de la Unión Europea, aún cuando de ninguno de ellos se puede extraer la obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas.

⁶¹² En esa línea, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho...*cit., pág. 429.

⁶¹³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Problemas actuales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Luces y sombras de la reforma penal y procesal en Iberoamérica*. LH al profesor. Benítez Ortúzar. Medina Cuenca (Coord.), UNIJURIS, La Habana, 2017, pág. 3.

⁶¹⁴ Añade el Preámbulo que “junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de

Con respecto a la segunda clasificación, cabe la responsabilidad directa o subsidiaria. La primera, la directa, presupone la compatibilidad en dicha responsabilidad con la de la persona física; la segunda, la subsidiaria, sólo se genera cuando no existe o no pueda determinarse la responsabilidad penal de la persona física. Es el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, el que no deja lugar a la interpretación y aclara que la responsabilidad por la que se opta en la incriminación de las personas jurídicas es la directa y, por consiguiente, se generará con independencia de que exista responsabilidad de la persona física⁶¹⁵.

A mayor abundamiento y, a fin de corroborar la repercusión de la responsabilidad de las personas jurídicas, procede recordar cómo en el estudio del Max-PlanckInstitut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional) se puso de manifiesto que más del 80% de los delitos incardinados en el Derecho penal económico fueron cometidos entre los años 1974 y 1985 por empresas⁶¹⁶. Lo que habrá que analizar seguidamente es si tales resultados son extrapolables a la comisión por persona jurídica en el 318 bis, es decir, la aplicación efectiva del delito cometido por persona jurídica en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

En resumen, tal y como apunta la Fiscalía General del Estado, “con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se completa el círculo de la respuesta punitiva del Estado frente al potencial criminógeno, la capacidad de amplificación del daño y el aseguramiento de la impunidad que pueden derivarse del mal uso de las formas colectivas dotadas de personalidad jurídica”⁶¹⁷.

2. Evolución normativa y concepto

2.1. Evolución normativa

Es la incriminación de las personas jurídicas una de las novedades introducidas por la LO 5/2010, de 22 de junio, puesto que hasta entonces no estaba incluida en el artículo 318 bis del Código Penal. Originariamente, a través de la mencionada LO, se encuadraba en el párrafo tercero y cuarto del apartado cuarto del precepto, regulándose juntamente con la agravante de organización criminal⁶¹⁸.

evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación”. Para una mayor información sobre este “actuar en nombre de otro”, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Sistema de Derecho...cit.*, págs. 439 y ss.

⁶¹⁵ En tales términos, *ibidem*, pág. 429 y 430. Además, establece el Preámbulo de forma literal que “se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31”.

⁶¹⁶ En dicha línea, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas...cit.*, págs. 2.

⁶¹⁷ *Ibidem*, págs. 3 y 4.

⁶¹⁸ En el año 2010, con la reforma operada por la LO 5/2010, el apartado cuarto que recoge en los párrafos tercero y cuarto la comisión por persona jurídica quedaba de la siguiente forma: “4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 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

Si acudimos a la Exposición de Motivos de la norma que la inserta en el Código Penal, cabe destacar algunos aspectos que afectan a su regulación. De este modo, se dispone que la responsabilidad penal de la persona jurídica se podrá declarar independientemente que se pueda individualizar o no la responsabilidad penal de la persona física. Igualmente, el catálogo de penas es muy amplio, de forma que junto a la pena genérica -que es la multa-, se pueden imponer otras accesorias, como puede ser la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas o para disfrutar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. También se recogen de forma expresa los casos de atenuación de responsabilidad, como son los casos de la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan perpetrarse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Por último, hay que atender al establecimiento de mecanismos para evitar que la persona jurídica pueda burlar su responsabilidad con una disolución encubierta, de tal forma que cuando se continúe con la actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, se traslada la responsabilidad a la entidad en que se transforme, quede fusionada o absorbida⁶¹⁹.

Es la LO 1/2015, de 30 de marzo, la que reserva un apartado independiente para la comisión por persona jurídica del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, desvinculándose de la organización criminal, tal y como estaba regulada hasta ese momento. En este sentido, ésta última pasa a incluirse en el apartado tercero junto al peligro para la vida de las personas o causación de lesiones graves, mientras que es el apartado quinto el que en exclusiva prevé la comisión por persona jurídica⁶²⁰.

La determinación de cuándo la persona jurídica será responsable la aclara la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En concreto, se observa en dos supuestos:

- Delitos cometidos en nombre o por cuenta de la misma, y en su beneficio, por sus representantes legales o por aquellos que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o tienen facultades de organización, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica

- Delitos cometidos en la realización de actividades sociales y por cuenta y beneficio de la misma, por aquellos que están sometidos a la autoridad de una persona física y

la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

⁶¹⁹ En este sentido se pronuncia el apartado VII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶²⁰ La redacción vigente recoge la comisión por persona jurídica en el apartado quinto, de la forma que sigue: 5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

han realizado los hechos porque éstas han incumplido su tarea de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

Asimismo, se prevén también causas de exoneración de responsabilidad de las personas jurídicas⁶²¹ siempre que se cumplan determinados requisitos:

- Si el órgano de administración, antes de la comisión del delito, ha adoptado modelos de organización y gestión ideales para prevenir o reducir el riesgo de comisión de este delito
- La supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención ha sido conferida a una persona jurídica con poderes autónomos o que tenga atribuida legalmente la función de supervisar.
- Los autores han cometido el delito evadiendo los controles de organización y gestión.
- Que el órgano no haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de sus funciones.

Como puede apreciarse, la modificación en cuanto a la numeración de los apartados no afecta al fondo de esta agravación, que mantiene su contenido íntegro, tal y como se previó por la LO 5/2010, de 22 de junio. La razón de la inclusión por ésta radica en la revisión que a través de esta LO se hace, de todo lo que atañe, desde el punto de vista penal, a las personas jurídicas, fundamentándose dicha comprobación en la respuesta internacional exigida para las actividades delictivas cometidas a través de éstas. Como dice la Exposición de Motivos, “se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea”. En consecuencia, tal y como se declara por el preámbulo de la norma, se procede a la regulación específica en el ámbito de la inmigración de la responsabilidad de la persona jurídica, con independencia de que también se incluyan otros preceptos genéricos que guarden relación (por ejemplo, artículo 31 bis o artículo 66 bis CP).

2.2. *Concepto*

La primera apreciación a tener en cuenta radica en la vinculación del precepto -318 bis apartado 5- con el artículo 31 bis CP, lo que va a suponer una restricción en las posibilidades

⁶²¹ En dicha línea, Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

de que una persona jurídica sea responsable del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, habida cuenta de que este último artículo, el 31 bis CP⁶²², recoge cuándo, conforme a las previsiones en él incluido, una persona jurídica es penalmente responsable.

De conformidad con lo expuesto, serán responsables de los delitos cometidos por sus representantes legales, quienes tomen decisiones, organicen o controlen la persona jurídica o por otros integrantes de las mismas cuando los anteriores no han cumplido sus deberes de vigilancia, supervisión y control. Esto implica que, en el caso concreto, habrá que analizar qué cargo ostenta el autor del hecho en la persona jurídica y en qué condiciones se ha producido.

La segunda vinculación que se advierte es con el artículo 33.7 b) a g). Y es que se ofrece al juzgador (potestad, no obligación) la posibilidad de imponer las penas de tal precepto (33.7 b-g) siempre que se cumplan las reglas del artículo 66 bis. Las penas son:

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

Pero como apuntábamos, tal potestad, a su vez, se condiciona al cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 66 bis⁶²³. Como puede comprobarse, es éste un precepto

⁶²² El concepto de persona jurídica incluido en el artículo 31 bis CP es el empleado en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ya señalado con anterioridad. Concretamente, los dos supuestos comprendidos en la página anterior, esto es, los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas (...) recogido ahora en el apartado a) del artículo 31 bis CP y los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas (...) inserto en el apartado b) del artículo 31 bis CP.

⁶²³ En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre

extenso y no de fácil interpretación, en el que destacan como pautas para que efectivamente puedan imponerse las penas de las letras mencionadas del 33.7., algunas como la necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos, las consecuencias económicas y sociales, así como los efectos para los trabajadores, el puesto en la estructura de la persona jurídica que ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control, la reincidencia de la persona jurídica o la utilización de la persona jurídica para la comisión de delitos, entre otras.

No obstante, lo anterior en función, a su vez, de una serie de circunstancias aunadas en el precepto (sobre todo relativos a la duración de la pena) que condicionan todo el sistema de aplicación de las reglas b) a g) del artículo 33.7.

Por otro lado, hay que apuntar que en el artículo se estipula de forma particular aquellos casos en que estén implicados empresas de transporte con el objeto de prestarles ayuda en la entrada o tránsito o bien, en el caso de la ayuda a la permanencia, de empresas que contraten a extranjeros vulnerando la Ley de Extranjería. Al respecto, según las conclusiones de los Fiscales de Extranjería de 2018, “en los casos de inmigración ilegal se promoverá la responsabilidad penal de las empresas de transporte a las que pertenezcan los camiones o vehículos que transporten grupos de inmigrantes (“camiones patera”). A estos efectos, los fiscales solicitarán del Juzgado que se reclame el programa de compliance que tengan dichas empresas para evitar este delito”⁶²⁴.

3. Interpretación doctrinal

De nuevo el punto de partida del análisis del mencionado apartado de este precepto es la Directiva 2002/90/CE y la Decisión marco 2002/946/JAI. Como ya hemos referido en múltiples ocasiones, la Directiva es aquélla destinada a definir la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares, previendo sanciones para las personas que ayuden a la entrada, tránsito o permanencia de personas extranjeras (no europeas) en un Estado miembro.

Igualmente, y en lo que atañe a este apartado, los artículos 2 y 3 de la Decisión marco 2002/946/JAI establecen la responsabilidad y sanciones de las personas jurídicas. En esta línea, el artículo 2, titulado “responsabilidad de las personas jurídicas”, viene a establecer la obligatoriedad de los Estados miembros de adoptar medidas para que las personas jurídicas sean responsables penalmente; mientras que el artículo 3 titulado “sanciones contra las personas jurídicas”, estipula la obligatoriedad de los Estados miembros de adoptar sanciones efectivas,

que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.^a del apartado 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

⁶²⁴ Así lo recoge LAFONT NICUESA, Luis. *El delito de inmigración ilegal...* cit., pág. 54.

proporcionadas y disuasorias contra las personas jurídicas responsables de la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia de personas extranjeras (no europeas) en un Estado miembro.

A la vista de lo antedicho, el primer interrogante que puede plantearse es por qué el legislador español esperó al año 2010 para incluir la responsabilidad de las personas jurídicas comisoras del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, cuando la base para la inserción de ésta en el precepto, son dos normas comunitarias del año 2002. Quizá, del contenido de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, se desprende el aprovechamiento que se hizo de la regulación de la persona jurídica en general para cumplir así con el mandato europeo.

De esta forma, se incluyó el apartado quinto en nuestro delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en una redacción, en mi opinión, ardua, al derivarse y referirse a otros tantos artículos del Código Penal para interpretar, no sólo el concepto de “persona jurídica”, sino la responsabilidad de las mismas, así como las sanciones imponibles, habida cuenta de que aparte de la establecida en tal precepto (multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada) hay una derivación a mayores a las del artículo 33.7 apartados b) a g).

En lo que respecta a la pena prevista por el artículo 318 bis, el legislador opta por un sistema de penas alternativas de multa por cuotas (multa de dos o cinco años) o multa proporcional (multa del triple al quintuple del beneficio obtenido cuando esta cantidad es más elevada que la anterior). En relación con esta alternatividad, tal y como indica VILLACAMPA ESTIARTE, se observa “la voluntad del legislador de proceder a una indirecta confiscación de la ganancia”⁶²⁵. A mayor abundamiento, la autora manifiesta el inconveniente de determinar la cuantía de la multa proporcional por la dificultad en identificar el beneficio al que el tipo se refiere⁶²⁶. No obstante, añade que “mayor efecto confiscatorio de ganancias que la previsión de la multa proporcional seguramente tendrá el hecho de que el delito contemplado en el art. 318 bis CP es uno de los que incluye el art 127 CP entre los que dan lugar al comiso ampliado”⁶²⁷.

Igualmente, SANTANA VEGA habla de “alternatividad que persigue la prevención especial en la persona jurídica condenada”⁶²⁸.

Para finalizar este epígrafe, debe aclararse la ausencia de estudios doctrinales y jurisprudenciales pormenorizados acerca de la comisión del delito contra los derechos extranjeros por parte de persona jurídica. La mera referencia a una persona jurídica nos lleva a pensar en cualquier sociedad o empresa que haga uso del entramado organizativo de que dispone para la comisión de un delito, en nuestro caso, del delito del artículo 318 bis. En este sentido y desde mi punto de vista, la línea que separa a una organización criminal de una persona jurídica es difusa, de tal forma que podrían confundirse los elementos definitorios de cada una de ellas. Y es que, una persona jurídica responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros es partícipe de los requisitos que concurren en una organización criminal. De este modo, se hace difícil pensar que una sociedad o empresa no esté constituida

⁶²⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delitos contra los derechos...cit.*, pág. 765.

⁶²⁶ En tal sentido, *ibidem*, pág. 765.

⁶²⁷ En la línea del texto, *ibidem*, pág. 765.

⁶²⁸ SANTANA VEGA, Dulce. *Delitos contra los derechos...cit.*, pág. 1477.

por más de una persona -salvo autónomos- y que dicha sociedad o empresa carezca de estabilidad, coordinación y concierto de las personas que la integran para el reparto de tareas que lleven a la perpetración del delito. Sería sumamente necesario precisar una diferenciación plausible respecto a la organización criminal, pero ello requeriría de una investigación y examen pormenorizado que excedería de este estudio, por lo que podría ser un buen tema de análisis para otra tesis doctoral.

Finalmente, me gustaría cerrar este trabajo -dejando al margen las conclusiones que seguidamente se expondrán- con una tabla comparativa de la penalidad asociada a cada uno de los tipos que integran el artículo 318 bis, habida cuenta de que es éste el lugar adecuado para su inserción, dado que ya se ha procedido al estudio íntegro de los seis apartados que configuran el delito objeto de este trabajo. De este modo, podrá el lector sintetizar el precepto con dicha imagen, en lo que a la penalidad se refiere.

Tabla 11. Penalidad asociada a cada uno de los tipos penales del artículo 318 bis CP

TIPO	PENALIDAD
<u>Básico</u> : ayuda a la entrada o tránsito (art. 318 bis 1)	<u>Prisión</u> : de 3 meses a 1 año <u>Multa</u> : de 3 a 12 meses } Alternativa
<u>Básico</u> : ayuda a la permanencia (art. 318 bis 2)	<u>Prisión</u> : de 3 meses a 1 año <u>Multa</u> : de 3 a 12 meses } Alternativa
Cláusula de ayuda humanitaria (art. 318 bis 1. 1º)	-----
<u>Agravado</u> : ayuda a la entrada o tránsito con ánimo de lucro (art. 318 bis 1. 2º)	<u>Prisión</u> : de 7.5 meses + 1 día a 1 año <u>Multa</u> : de 7.5 meses + 1 día a 12 meses
<u>Hiperagravado</u> : organización criminal (art. 318 bis 3 a)	<u>Prisión</u> : de 4 a 8 años

<u>Hiperagravado</u> : peligro para la vida o lesiones graves (art. 318 bis 3b)	<u>Prisión</u> : de 4 a 8 años
<u>Hiperagravado</u> : autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 318 bis 4)	<u>Prisión</u> : de 4 a 8 años <u>Inhabilitación absoluta</u> : de 6 a 8 años
Persona jurídica (art. 318 bis 5)	<u>Multa</u> : de 2 a 5 años o la del triple al quíntuplo del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada <u>Penas accesorias</u> : artículo 33. 7º letras b) a g)
<u>Hiperagravado</u> : jefes, administradores o encargados de organización criminal (art. 318 bis 3 a)	<u>Prisión</u> : 6 años +1 día a 8 años ó 8 años+1 día a 12 años
<u>Atenuado</u> : gravedad del hecho y sus circunstancias, condiciones del culpable y finalidad perseguida por éstos (art. 318 bis 6)	<u>Pena</u> : inferior en grado a la respectivamente señalada

Fuente: elaboración propia

CONCLUSIONES

1. **La migración es un fenómeno dinámico y de extraordinaria repercusión**

Desde el momento en que han existido desigualdades en el mundo por causas ambientales, económicas o políticas, entre otras, las personas salen de sus países de origen en búsqueda de nuevas oportunidades, asentándose en aquellos lugares que les ofrecen prosperidad en aspectos básicos de sus vidas.

De otra parte, los países receptores de inmigrantes han de prepararse en ámbitos tales como el legislativo y social para dar una respuesta adecuada y proporcional, diferenciándose las soluciones en función de si la inmigración es ordenada, natural y regular o, por el contrario, imprevista e ilegal.

2. **Europa se ha tornado en un continente receptor de inmigrantes**

Desde el final de la II Guerra Mundial -a excepción de una breve etapa derivada de la crisis del petróleo de 1973- Europa ha devenido en un continente amable para el migrante tanto legal como ilegal, habida cuenta del desarrollo, transformación y progreso económico y social que se ha desencadenado dentro de sus fronteras. Sólo en los últimos treinta años se ha duplicado el número de inmigrantes hasta llegar a la cifra de cuarenta millones y son África y Asia los continentes que se erigen en los puntos de partida del migrante hacia Europa.

3. **La inmigración ilegal se ha convertido en un problema de enorme trascendencia para la Unión Europea**

Las rutas del Mediterráneo Central, Occidental y Oriental son las travesías utilizadas por los migrantes para arribar a Europa y así huir de los problemas que asolan a sus países de origen y que conduce al sufrimiento y la penuria.

En los últimos tiempos, las guerras de Siria y Ucrania, respectivamente, han supuesto el no funcionamiento e insuficiencia de las medidas tradicionales adoptadas para la contención y prevención de la inmigración -dinero en origen, vigilancia de costas y fronteras o sistemas de reubicación y reasentamiento de inmigrantes- asfixiándose a los Estados del sur del Mediterráneo (España, Italia y Grecia) en detrimento de los países del norte. Habrá que ver si la reciente medida de redistribución equitativa de inmigrantes entre los Estados miembros adoptada en diciembre de 2023 será una medida efectiva o un parche más en el tema migratorio.

4. **España es puerta de entrada de inmigración ilegal**

La ruta occidental de inmigración y las vallas de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla convierten a España en puerta de entrada de inmigración a Europa. La crisis de los cayucos en Canarias en 2008 -que se ha reproducido en el último trimestre 2023 y principios de 2024 en la isla de El Hierro-, así como los saltos a las vallas de Ceuta y Melilla obligan a

España a adoptar medidas propias, con independencia de las proporcionadas por Europa. Especial relevancia cobra la colaboración con Marruecos, país del que salen los inmigrantes como fin de su travesía hacia España. Los fondos que se dan al país vecino, programas específicos de vigilancia y cooperación con terceros países, así como la modificación de la Ley de Seguridad Ciudadana en el año 2015 para avalar los rechazos en frontera en Ceuta y Melilla son las medidas más relevantes adoptadas por nuestro país.

5. Las mafias agravan el problema migratorio

La existencia de organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilegal de inmigrantes dificulta la búsqueda de solución al problema, dado que éstas desempeñan un arduo trabajo de organización del viaje del migrante hasta su lugar de destino, a cambio de un lucro. Europa ha mostrado una enorme preocupación por esta circunstancia, tal y como se refleja con la Decisión marco del Consejo 2002/946/JAI, que obliga a los Estados miembros a imponer pena privativa de libertad con duración máxima no inferior a ocho años cuando los hechos sean cometidos por una organización delictiva. España ha cumplido con Europa en tales términos, asociando la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando sea cometido organización criminal.

6. Las reformas de la Ley de Extranjería han estado marcadas por la ideología política imperante en el momento

Todas las modificaciones de esta ley administrativa han estado muy ideologizadas, como consecuencia del argumentario que en materia migratoria ha ostentado el partido político respectivo que las ha liderado. De esta forma, se observa en su contenido una clara oscilación entre dos pretensiones, cuales son, el control de los flujos migratorios, por un lado, y la consecución de la plena integración social del extranjero, por otro, otorgando a éstos un amplio catálogo de derechos y libertades en equiparación al ciudadano español. No obstante, so pretexto de esa integración social, las reformas correspondientes han sido de gran utilidad para los procesos de regularización de extranjeros, convirtiendo lo irregular en regular. Igualmente, la deficiente técnica legislativa empleada ha colocado al Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo en “salvadores” de las lagunas existentes y “corregidores” de los desmanes del legislador.

7. El régimen sancionador de la Ley de Extranjería ha estado estrechamente vinculado con la Directiva de Retorno.

Siendo la multa la sanción preponderante en la Ley de Extranjería, existen determinadas figuras asociadas a ciertas infracciones que implican la salida del extranjero de España, esto es, la expulsión, la devolución y la denegación de entrada o retorno, exigiendo la Unión Europea que en cumplimiento de la Directiva de Retorno se apostara por la expulsión de los Estados miembros de los extranjeros infractores. No obstante, el TJUE ha suavizado su postura inicial, exigiendo ahora la concurrencia de otras circunstancias especialmente graves que hagan al extranjero merecedor de tal reproche. En la misma línea, el Tribunal Supremo apuesta también

por la expulsión en detrimento de la multa, pero con la convergencia, a mayores, de otras circunstancias agravantes.

8. La Disposición Adicional Décima de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana salva la excepcionalidad de la situación en Ceuta y Melilla con un régimen propio de devolución en ambas Ciudades Autónomas.

A través de esta Disposición Adicional Décima de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana se prevé un régimen específico de devolución cuando la entrada de inmigrantes se produce a través de las vallas de Ceuta y Melilla. En este sentido, el tradicional procedimiento administrativo de devolución previsto en los artículos correspondientes de la Ley de Extranjería se sustituye por lo establecido en este precepto, que supone la devolución in situ (o rechazo en frontera) en las vallas sin sujeción a expediente alguno, siempre que se observen las garantías allí descritas. Tanto el TEDH como el TC han avalado esta Disposición, con una postura mayoritariamente contraria por parte de la doctrina.

9. La privación de libertad que supone el internamiento de extranjeros equipara el Derecho Administrativo sancionador con el Derecho Penal

Con la justificación de ser una medida cautelar que garantiza la presencia del extranjero hasta la finalización del procedimiento administrativo sancionador correspondiente, se ha permitido que el Derecho Administrativo invada las atribuciones que competen al Derecho Penal, al implicar la figura del internamiento, una privación de libertad del extranjero. Los argumentos que se invocan en las resoluciones que los adoptan, tales como el interés general, el objetivo que se pretende con la medida, así como la necesidad de ésta por no haber otra más moderada, no sirven de justificación, en mi opinión, para conculcar un derecho fundamental de tal calibre en un ámbito como el Derecho Administrativo. La búsqueda de alternativas a esta figura debería presidir las futuras reformas que se realicen sobre la Ley de Extranjería. Y es que no sólo se da en la esfera administrativa lo que corresponde al ámbito penal, si no que, desde mi punto de vista, resulta intolerable que aquello que no se admite en Derecho Penal, sí sea válido para el Derecho Administrativo, cual es el derecho penal de autor, en detrimento del derecho penal del hecho.

10. La jurisdicción contencioso administrativa de las CC.AA bañadas por el Mar Mediterráneo son las que más volumen de asuntos de extranjería soportan de España.

Se ha puesto de manifiesto en el epígrafe correspondiente la relación existente entre el lugar de llegada de los inmigrantes -Ceuta, Melilla, Andalucía, Murcia, Baleares, etc. – con el elevado porcentaje de asuntos de extranjería de que entienden los juzgados de lo contencioso administrativo de las CC. AA mencionadas, lo que supone que tales órganos son concedores de los recursos contencioso-administrativos que se interponen frente a resoluciones

administrativas de procedimientos de expulsión, devolución y denegación de entrada de los inmigrantes.

11. Puede corroborarse que en Derecho Comparado existe una figura afín a nuestro delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, si bien mayoritariamente recogida en leyes penales especiales impropias.

El Aufenthaltsgesetz o Ley de Residencia alemana, el Testo Unico Sull 'immigrazione italiano, el Código de la entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo francés, la Ley de Migración mexicana o la Ley 25871 de Migraciones argentina, son leyes penales especiales impropias que acogen la infracción y castigo correspondiente vinculado con nuestro delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Sólo Chile recoge en su Código Penal, al igual que nuestro país, el “delito de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”.

La regulación en leyes especiales del tráfico ilícito de migrantes en países estrechamente vinculados con España, nos debe conducir a reflexionar si nuestra normativa penal resulta excesiva en la incriminación de la ayuda asociada al tráfico ilícito de personas. No hay que obviar en este punto los principios informadores del Derecho Penal, entre los que se encuentra el de intervención mínima, que supone recurrir a esta disciplina sólo cuando no existe otro modo de protección menos invasivo. A mayor abundamiento, el artículo 54.1 b) LOEX reproduce de forma casi literal las conductas acogidas en el artículo 318 bis CP previo a su última reforma, lo que implica disponer de una norma de menor gravedad y repercusión para castigar el mismo hecho.

12. España se erige como uno de los países con la penalidad más baja asociada al delito de tráfico ilegal de personas en relación con sus homónimos europeos y americanos.

Aun cuando la penalidad del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros fue reducida con la última reforma llevada a cabo sobre el artículo 318 bis -LO 1/2015, de 30 de marzo-, España se constituye como un país con una sanción asociada al tipo básico particularmente inferior a la de los Estados estudiados -Francia, Italia, Alemania, México, Chile y Argentina-, que tienen como límite superior la pena de cinco o seis años de prisión (a excepción de Alemania con diez y México con dieciséis) y a diferencia de lo que ocurre con nuestro país, que lo marca en el año de prisión. Eso sí, se establece un sistema de alternitud entre la prisión y la multa.

13. El ánimo de lucro se constituye en elemento diferencial de la infracción asociada al tráfico ilegal de personas en las distintas legislaciones europeas y americanas

El análisis de la función que juega el ánimo de lucro en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros ha sido uno de los temas fundamentales de esta tesis. En relación con las normativas comparadas examinadas, se observa cómo en la totalidad de los países americanos se constituye como elemento integrante del tipo básico, a diferencia de lo que ocurre

con las legislaciones europeas, en las que bien se integra como elemento del tipo, bien opera como circunstancia agravante.

14. Han sido necesarias hasta cuatro reformas del artículo 318 bis CP, para que el legislador español solventara las múltiples deficiencias de las que adolecía el precepto en origen.

No sólo la necesidad de adaptar el precepto a los requerimientos europeos han sido los causantes de las cuatro reformas llevadas a cabo sobre el artículo -LO 11/2003, de 29 de septiembre; la LO 13/2007, de 19 de noviembre; LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo-, sino también las críticas vertidas por doctrina y jurisprudencia, quienes se hacían eco de la problemática. Así, la desvinculación y supresión progresiva de los artículos 188.2 CP -explotación sexual de personas extranjeras- y 312 y 313 CP -tráfico ilegal de mano de obra y promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España-, la eliminación en el año 2010 del término “inmigración clandestina” introducido con la reforma de 2003 y que generaba confusión en cuanto a las conductas que pretendían incriminarse, la disociación con el delito de trata de seres humanos con la inserción en 2010 del artículo 177 bis, la redefinición de las conductas típicas en el año 2015 como reproducción literal de la Directiva 2002/90/CE, así como el ajuste de la penalidad, han sido las modificaciones fundamentales operadas sobre el precepto.

15. La indeterminación del bien jurídico protegido nueve años después de la última reforma del artículo 318 bis CP es un hecho ostensiblemente objetivo.

Aun cuando la Exposición de Motivos de la LO deja meridianamente claro aquello que tanto se había criticado por doctrina y jurisprudencia, esto es, la falta de concreción del bien jurídico protegido, las opiniones posteriores continúan siendo divergentes y no hay a día de la fecha una postura clara en relación con la protección jurídico penal ofrecida por el artículo 318 bis. Como ya expuse en el epígrafe correspondiente de esta tesis, interpretar de forma distinta aquello que el legislador deja manifiestamente definido, es ir más allá del sentido de la ley y de lo que ésta puede dejar al arbitrio del intérprete. De esta manera, estimo que el control de los flujos migratorios es el bien jurídico protegido por el 318 bis, que ciertos derechos como la integridad moral del extranjero pueden verse protegidos por los tipos agravados y que, con independencia del reproche que pueda verse sobre que sea el Derecho Penal la disciplina que se encargue del fin protegido por la norma, es decir, del control de los flujos migratorios, ésta es la realidad imperante a día de la fecha. Esto no obsta para que se alienten nuevas reformas que excluyan al Derecho Penal de esta misión y que sea el Derecho Administrativo quien se encargue de su tutela, bajo fórmulas ya previstas, como puede ser la incluida en el artículo 54.1 de la Ley de Extranjería y que, a fin de cuentas, se solapa con el 318 bis CP.

16. Diversidad de opinión doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica del delito

También la determinación de la naturaleza jurídica del delito resulta controvertida en doctrina y jurisprudencia, de forma que distintos expertos y analistas barajan opciones diversas. Las dos tradicionales clasificaciones que en Derecho Penal se asocian a la naturaleza jurídica del delito son las que han servido de base para el posicionamiento de los autores referenciados en el epígrafe correspondiente. Así, algunos entienden que estamos ante un delito de actividad, porque la conducta se agota con la realización de los actos que integran la conducta típica sin necesidad de que se produzca el resultado, mientras que otros sostienen que sí debe producirse tal resultado para entender consumado el hecho delictivo. Por otro lado, los estudiosos que determinan que el 318 bis acoge un delito de peligro se inclinan por el peligro abstracto o abstracto-concreto (hipotético), siendo un número menor de autores los que sostienen que el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros acoge un delito de lesión. Personalmente, opto por situarme en la postura que apuesta por un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

17. El uso del término “ayuda” en la descripción de las conductas típicas del 318 bis eleva a la categoría de delito autónomo meras conductas de participación

No existe, sin embargo, una opinión doctrinal unificada sobre la entidad de la ayuda prestada, de tal forma que parte de los expertos sostienen que se incluiría también la ayuda no necesaria -lo que implicaría castigar la complicidad- mientras que otros optan sólo por entender incluidos los actos necesarios, de forma que quedaría fuera del tipo la complicidad y se acogería exclusivamente la cooperación necesaria.

18. La posición adoptada en la consideración del bien jurídico protegido determina la equiparación sujeto pasivo/objeto material

La trascendencia de la determinación del bien jurídico protegido alcanza a la determinación del sujeto pasivo del delito. Y es que, si el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido y entendemos que el objeto de protección del delito es el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, el extranjero no puede ser sujeto pasivo del delito. Esto ha llevado a parte de la doctrina a referirse al inmigrante como objeto material del delito, esto es, la persona sobre la que recae la acción típica, a diferencia del sujeto pasivo que, en el presente, sería el propio Estado.

19. El ánimo de lucro se constituye en elemento diferencial de las dos conductas típicas que integran el tipo básico, funcionando como circunstancia agravante en la ayuda a la entrada o tránsito lo que automáticamente lo erige en un “tipo de ficticia atenuación”.

De esta forma, mientras no se exige el ánimo de lucro en la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito, sí se exige en la modalidad de ayuda a la permanencia. Por esta razón, en esta última opera como elemento constitutivo del tipo, a sensu contrario de la variante de ayuda

a la entrada o tránsito, en que funciona como circunstancia agravante, previendo el apartado tercero del 318 bis 1 la pena en su mitad superior. Derivado de lo anterior, hemos venido en denominar tipo de ficticia atenuación la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito, dado que su configuración adolece de uno de los elementos -ánimo de lucro- integrante de la conducta de ayuda a la permanencia, lo que automáticamente implica que la pena de la primera en relación con la segunda sea una pena inferior, por lo que el tipo que lo acoge, por ende, es un tipo atenuado.

20. El artículo 318 bis CP es una norma penal en blanco

La referencia expresa a la “vulneración de la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros” obliga a completar el precepto penal con la norma administrativa que regula el régimen de los extranjeros en España, para saber cuándo se produce ese quebrantamiento. Son los artículos 25 y siguientes de la Ley de Extranjería los que recogen los requisitos para la entrada en el territorio español.

21. La subjetividad del tipo atenuado hace depender su aplicación de la valoración del juzgador

La referencia que se hace en el apartado sexto del artículo 318 bis a la gravedad del hecho, las circunstancias del hecho, las condiciones del culpable o la finalidad perseguida por el culpable como motivaciones para rebajar la pena hacen, que el tipo atenuado se convierta en un precepto muy subjetivo que queda al arbitrio del juzgador. De hecho, su aplicación es facultativa por lo que dependerá del criterio del juez cuando concurren las circunstancias expuestas.

22. La cláusula de ayuda humanitaria despenaliza la conducta en la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito.

Con independencia de considerar la cláusula de ayuda humanitaria como excusa absolutoria o causa de justificación, ésta supone la despenalización automática del hecho delictivo. Por consiguiente, se comete el delito, pero no se castiga. Cabe matizar que, aunque el legislador no lo haya previsto, la lógica hace pensar que la despenalización se produce en la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito, no así la ayuda a la permanencia que, al exigir el ánimo de lucro, lo hace incompatible con esta cláusula.

23. El Tribunal Supremo pule el concepto de organización criminal

A través de las STS 309/2013, de 1 de abril; STS 855/2013, de 11 de noviembre y STS 400/2018, de 12 de septiembre, el Alto tribunal se ha encargado de delimitar el concepto de organización, diferenciándolo del grupo criminal y la codelinquencia y estableciendo las semejanzas y diferencias con el concepto incluido en el artículo 570 bis CP. Igualmente, elimina

toda posibilidad de transitoriedad en las mismas y exige la estabilidad y estructuración en su conformación.

A mayor abundamiento, la existencia del concurso de normas con el artículo 570 bis CP se resuelve en virtud del principio de especialidad, que implica la prevalencia del 318 bis respecto al primero.

24. El tipo de peligro -abstracto o concreto- en el tipo agravado de peligro para la vida y de causación de lesiones graves ha sido objeto de interpretación doctrinal y jurisprudencial

No hay uniformidad doctrinal y jurisprudencial en la consideración del peligro, aunque de manera mayoritaria se sostiene que tanto el peligro para la vida como el peligro de causación de lesiones graves son supuestos de peligro concreto. También ha sido criticado el hecho de cambiar la expresión “integridad o salud de las personas” por “causación de lesiones graves”, habida cuenta de que nuevamente se deja a la interpretación el sentido de la expresión incluida.

25. El tipo agravado de prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público genera problemas interpretativos

De esta forma, hay acuerdo en estimar que la condición en sí de autoridad, agente de esta o funcionario público no conlleva a la apreciación del tipo agravado, sino que es necesario el prevalimiento de dicha condición para la comisión del hecho delictivo. Además, se ha criticado la mala regulación por incluirse el término “agente de la autoridad”, siendo a día de la fecha imposible determinar qué se entiende por dicha expresión.

26. La reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, incluye la comisión por persona jurídica

Aprovechando la regulación genérica de la persona jurídica en el año 2010, se insertó tal figura en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Son muy escasas las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto y, en mi opinión, los límites difusos existentes con el tipo agravado de organización criminal conduce a una regulación confusa y, quizá, innecesaria.

CONSIDERACIONES FINALES Y PROPUESTA DE REFORMULACIÓN DEL TIPO PENAL

Atendiendo a las conclusiones anteriormente referenciadas y en atención a las siguientes CONSIDERACIONES:

1. El principio de intervención mínima del Derecho Penal exige recurrir a esta disciplina sólo cuando no existe otro modo de protección menos invasivo, es decir, es el último remedio del que se hace uso cuando no hay otra alternativa.
2. La comparación de normativas con otros países europeos y americanos han permitido poner de manifiesto que las conductas relativas al tráfico ilegal de personas son recogidas en aquéllos, mayoritariamente, en leyes penales especiales impropias.
3. Se ha examinado cómo el artículo 54.1 b) de la vigente Ley de Extranjería reproduce casi de forma literal las conductas recogidas en el artículo 318 bis previa a la reforma de 2010, -es infracción muy grave el “inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”- redundando el artículo 53.2 c) LOEX en la modalidad de ayuda a la permanencia del artículo 318 bis CP -se castiga el “promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización. Para graduar la sanción se tendrán en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes”- .
4. Con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, el legislador resulta claro en la determinación del bien jurídico protegido, al disponerse en la Exposición de Motivos que “el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”. A la luz de este hecho, resulta incongruente la denominación del delito - “delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”- con aquello que se pretende proteger -“control de los flujos migratorios”-, siendo que sólo en alguna modalidad agravada pueden verse conculcados los derechos de los ciudadanos extranjeros a los que se refiere la norma, tales como la dignidad o integridad moral.
5. El ánimo de lucro no constituye elemento del tipo en la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito, lo que conlleva a su inaplicación práctica, habida cuenta de que resulta complicado encontrar conductas de colaboración con la inmigración irregular que tengan otra finalidad.
6. A mayor abundamiento, la cláusula de ayuda humanitaria despenaliza la conducta en la ayuda a la entrada o tránsito lo que, relacionado con el apartado anterior (no necesidad de ánimo de lucro en esta modalidad), dificulta aún más encontrar algún supuesto de aplicación del tipo básico en esta variante.

Se efectúa la siguiente **PROPUESTA DE REFORMULACIÓN DEL TIPO PENAL:**

1. Supresión de las dos modalidades básicas (ayuda a la entrada, tránsito y permanencia) que quedarían albergadas bajo el paraguas del Derecho Administrativo. De este modo, se reformularía en una única infracción muy grave del artículo 54 LOEX las dos conductas que constituyen el tipo básico, suprimiéndose las infracciones del artículo 54.1 b) y 53.2. c), que prácticamente vienen a reproducir lo dispuesto en el artículo 318 bis en su redacción del año 2010. Igualmente, al pasar a ser una infracción administrativa, en caso de que el autor de ésta también sea extranjero (al igual que la víctima), en consonancia con la Directiva de Retorno- que apuesta por la expulsión del extranjero- se asociaría esta figura de expulsión a la infracción, junto con la multa de hasta 100000 € ahora prevista en el artículo 55.1 c) LOEX.
2. El tipo básico del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros quedaría conformado por los actuales tipos agravados: organización criminal, peligro para la vida o causación de lesiones graves y prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, con reducción de la pena asociada a la organización criminal y el peligro para la vida de las personas, que se excede de la exigida por la Decisión marco 2002/916/JAI. Asimismo, se aclararía en el precepto tanto el concepto de organización criminal (para evitar su confusión con el grupo criminal y la codelinuencia), así como el problema concursal existente con el artículo 570 bis CP, no dejando lugar a interpretación alguna.
3. Se eliminaría el ánimo de lucro como tipo agravado, habida cuenta de que la infracción administrativa ya lo prevé y, a mayor abundamiento, suele ser inherente a la organización criminal (p.e. mafias que actúan a cambio de un beneficio) y del prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.
4. Habría que abrir un debate previo a la nueva tipificación sobre tres variables: la utilidad de la ayuda humanitaria, que en mi opinión, resultaría casi incompatible con alguna de las nuevas modalidades, como por ejemplo, la existencia de organización criminal; la disposición del tipo atenuado en la forma actual en que está redactado, debido a la subjetividad de las circunstancias en él descritas para su apreciación; la comisión por persona jurídica, respecto a la que habría que hacer las estipulaciones necesarias que permitan establecer unos límites claros en relación con la la comisión por organización criminal.

APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, Ana Paloma y otros. *El extranjero en el Derecho Español*. Dykinson, Madrid, 2012.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio. “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal”. *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de formación continuada, Madrid, 1999.

AJA, Eliseo/ARANGO, Joaquín/OLIVER, Josep. “La inmigración en tiempos de crisis”. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2010.

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. “Capítulo 1. La evolución de la normativa sobre inmigración”. *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1895-2005)*. Aja Fernández-Arango Vila Belda (Eds.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.

ARANGO VILA-BELDA, Joaquín.

- “Enfoques conceptuales y teóricos para explicar la migración”. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, nº 165, 2000.

- “Las “Leyes de las Migraciones” de E.G. Ravenstein, cien años después”. *Revista Española de Investigaciones Sociales (REIS)*, nº 32, 1985.

ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos “Reformas introducidas en el Código Penal por la LO 4/2000 (disposiciones finales primera, segunda y tercera)”. *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Moya Escudero, (Coord.), Comares, Granada, 2001.

BIRNBAUM, J.M. “Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht aun den Begriff der Ehrenkränkung”. *Archiv des Criminalrechts*. Halle, 1934

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, volumen LVI, 2003.

BOZA MARTÍNEZ, Diego/DONAIRE VILLA, F. Javier/MOYA MALAPEIRA, David. “Introducción. Valoración general de la reforma” *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*. Boza Martínez-Donaire Villa-Moya Malapeira (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CANCIÓ MELIÀ, Manuel/MARAVÉ GÓMEZ, Mario. “El Derecho Penal Español ante la inmigración: un estudio político-criminal”. *Revista CENIPEC*, vol. 2, nº 25, 2006.

CASTELLÓ ROSELLÓ, Vicente. “Las migraciones desde una perspectiva histórica”. *Revista de treball, economia i societat*, nº 49, 2008.

CASTLES, Stephen

- “La política internacional de la migración forzada”. *Revista Migración y Desarrollo*, nº 1, 2003. Traducción Luis Rodolfo Morán Quiroz.

- “Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales”. *Revista Migración y Desarrollo*, Vol. 7, nº15, 2010. Traducción Luis Rodolfo Morán Quiroz.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. “Delitos contra los derechos de los extranjeros”. *Cuadernos de Derecho Judicial IV. Extranjeros y Derecho penal*. Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 2003.

ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Centro de Estudios Jurídicos, 2004.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia

- “Análisis comparado de las legislaciones penales sobre tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas”. *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Pérez Alonso-Zugaldía Espinar (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- “Lección 23. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª edición. Marín Espinosa Ceballos (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. *Derecho de Extranjería*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto”. *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*. Baño León (Coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. I, Madrid, 2016.

FIELDING, Anthony. “The 'impasse in migration theory' revisited”. Conference on International Migration, IBG/Royal Dutch G.S., Soesterberg, 1983.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa/RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis. “Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)” *Actualidad Penal*, nº 29, Sección Doctrina, 2002, Ref. XXI, tomo 2

GARCÍA SÁNCHEZ, Alberto. “Revisión crítica de las principales teorías que tratan de explicar la migración”. *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, Vol. 7, nº 4, 2017.

GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. “La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, Mes 3, 2005.

GIL BLANCO-RAJOY, Juan Jonás. “Garantías procedimentales convertidas en papel mojado: legalidad de los rechazos en frontera a la luz del convenio europeo de derechos humanos”. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 110, 2020.

GIMÉNEZ ROMERO, Carlos. *Qué es la inmigración. Problema y oportunidad. ¿Cómo lograr la integración de los inmigrantes? ¿Multiculturalismo o interculturalismo?* R. B. A. Integral. Barcelona, 2003.

GONZÁLEZ VEGA, Javier A. “El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollo”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº 111.

HERNÁNDEZ CALERO, Daniel. “Denegación de entrada, retorno y devolución”. *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*. Boza Martínez- Donaire Villamoya Malaperia (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

IGLESIAS SKULJ, Agustina. “Artículo 318 bis: delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición. González Cussac (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

IZAGUERRI GRACIA, María del Pilar.: “Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis CP). Algunos problemas que plantea la nueva redacción de este delito. Posibilidad de formas imperfectas de ejecución y de pluralidad de delitos”, Curso “Jornadas de Especialistas de Extranjería. Madrid” Centro de Estudios Jurídicos, 2018.

KEARNEY, Michael. y BESERRA, Bernadete. “Introduction. Migration and Identities: A Class-Based Approach”. *Latin American Perspectives*, Vol. 31, nº 5, 2004.

LAFONT NICUESA, Luis.

- “La protección jurídica penal de los inmigrantes y trabajadores extranjeros”. *Jurisdicción Penal y Extranjería*. Centro de Estudios Jurídicos, 2017.

- El delito de inmigración ilegal tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo”. *Curso de especialización en extranjería*. Centro de Estudios Jurídicos, 2021.

LLORIA GARCÍA, Paz. “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIX, 2019.

LÓPEZ CERVILLA, José María.

- “Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal (I)”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1977, 2004

- El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales. (Artículos 318 bis, 313.1 y 312.2.2º del Código Penal)”. *Centro de Estudios Jurídicos*

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario.

- “Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas”. *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)* Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011.

- “Capítulo 39. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2023*, Madrid, 2022.

- “La trata de seres humanos”. *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero)*. Díaz-Maroto y Villarejo (Dir.), Civitas, Navarra, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos

- Lección XXXI. “Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª edición. González Cussac (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita

- “Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE. Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, 2009.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y OTROS.

- “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley”. *Informe Proyecto I+D+i Iusmigrante*, 2014.

- “Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”. *Informe Proyecto I+D+i Iusmigrante*, 2015.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente. J. *La detención y el internamiento de extranjeros*. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2005.

MERINO RODRÍGUEZ, Juan Francisco. “El delito de ayuda a la entrada, tránsito y permanencia ilegal de ciudadanos extranjeros: artículo 318 bis del Código Penal: 1.-La ayuda humanitaria como exclusión de la punibilidad. 2.- Subtipo atenuatorio”. Centro de Estudios Jurídicos, Sevilla, 2019.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo.

- “Capítulo 1. Globalización y delincuencia organizada. Respuestas penales”. *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*. Garrido Carrillo (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022.

- “De la concreción conceptual y alcance del concurso de leyes penales”. *El Derecho Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*. Marín de Espinosa Ceballos (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- “Problemas actuales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Luces y sombras de la reforma penal y procesal en Iberoamérica*. LH al profesor. Benítez Ortúzar. Medina Cuenca (Coord), UNIJURIS, La Habana, 2017.

- *Sistema de Derecho Penal. Parte General*. 1ª reimpresión actualizada. Dykinson, Madrid, 2021.

MOYA MALAPEIRA, David. “Capítulo 2. La evolución del sistema de control migratorio de entrada en España”. *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1895-2005)*. Aja Fernández-Arango Vila Belda (Eds.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.

MUÑOZ AMORÓS, Helena. “Entrada, salida y tránsito”. *Tomo XVIII. Esquemas de Extranjería*. 2ª edición. Ramón Fuentes I Gasó-Gifreu I Font -Marín Consarnau (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 25ª Edición revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MUÑOZ GARCÍA, Sergio David/MEDINA PÉREZ, Patricia. *La figura del agente de la autoridad y su relación con la policía judicial*, Bosch, 2020.

MUÑOZ MESA, Silvia. “Aproximación al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Centro de Estudios Jurídicos, 2016.

NÚÑEZ HERRARA, Vladimir E. *Las medidas cautelares en los procedimientos de extranjería*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

ORDUNA NAVARRO, Beatriz. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. El artículo 318 bis del Código Penal tras la reforma introducida por la LO 5/2010”. *Diario La Ley*, nº 7618, Sección Doctrina, 2011.

PALOMO DEL ARCO, Andrés. “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal”. *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

PARDO MIRANDA, Marta.

- *El delito de trata de seres humanos. Un estudio político criminal*. Dykinson, Madrid, 2023.

- “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 139, I, Época II, 2023

PÉREZ ALONSO, Esteban.

“Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tras la reforma de la LO 1/2015”. *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*. De Vicente Remescál/Díaz y Conlledo y otros (Dir.), vol. II. Ed. Reus, Madrid, 2020.

- *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PÉREZ FERRER, Fátima.

- *Análisis dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Dykinson, Madrid, 2006.

- “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Comentarios al Código Penal*. 2ª época. Cobo del Rosal (Dir.) Tomo X. (Vol. I). CESEJ, Madrid, 2006.

- “Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español tras la LO 1/2015, de 30 de marzo”. *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Suárez López y otros (Dir.), Dykinson, volumen II, Madrid, 2018.

PLASENCIA DOMÍNGUEZ, Natividad. “El delito de tráfico ilegal de inmigrantes tras la reforma operada por la LO 1/2015”. *Jornadas de especialistas en extranjería*. Centro de Estudios Jurídicos, Sevilla, 2018.

POMARES CINTAS, Esther. “Reforma del Código Penal Español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”. *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Volumen 19, Nº 29, 2015

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal Español. Parte Especial (Revisado y puesto al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo)*. 7ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RED EUROPEA DE MIGRACIONES. *Medidas prácticas para la reducción de la inmigración irregular*. España, Madrid, 2011.

RELAÑO PASTOR, Eugenia. “Los continuos cambios de la política de inmigración en España”. *Revista Migraciones Internacionales*, vol. 2, nº3, 2004.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. “Ley de Extranjería y Derecho Penal”. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-60, tomo 2

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.

- *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier Libros, Barcelona, 2002.

- Capítulo 36. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed. Revisada y puesta al día. Morillas Cueva (Dir.). Dykinson, Madrid, noviembre 2021.

- Capítulo 71. “Delitos contra el orden público (V)”. *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed. Revisada y puesta al día. Morillas Cueva (Dir.). Dykinson, Madrid, noviembre 2021.

SÁNCHEZ ALONSO, Blanca. “La época de las grandes migraciones: desde mediados del siglo XIX a 1930”. *Revista Mediterráneo Económico: Procesos migratorios, economía y personas*, nº 1, 2002

SÁNCHEZ LÓPEZ-TAPIA, M. Ángeles. “Algunas reflexiones sobre el bien jurídico protegido en el art. 318 bis del Código Penal”. Curso “Jornadas de Especialistas de Extranjería. Sevilla”. Centro de Estudios Jurídicos, 2019.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. Miguel. “Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 5, septiembre 2013-febrero 2014

SANTACRUZ DESCARTÍN, Diego. “Capítulo XIII. El internamiento preventivo de extranjeros”. *Extranjería*. Lafont Nicuesa (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SANTANA VEGA, Dulce.

- “Evolución normativa y cuestiones aplicativas de los tipos básicos de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis)” *Estudios penales en Homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Abel-Souto/Otros (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- “IX. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjero”. *Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial*. 2ª ed. Tomo II. Corcoy Bidasolo- Gómez Martín (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- “Título XV Bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 Y LO2/2015*. CORCOY BIDASOLO-MIR PUIG (Dir.), Valencia, 2015

SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de formación continuada, nº5, 1999

SILVA CASTAÑO, María Luisa. “Estudio del artículo 318 bis del Código Penal español”. *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Pérez Alonso-Zugaldía Espinar (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

SOLANES CORELLA, Ángeles. “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 90, 2010

TEIJÓN ALCALÁ, Marco. “Lección 21. Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros”. *Derecho Penal. Parte Especial*. Serrano Tárraga (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “Tráfico ilegal de emigrantes”. Conferencia en el XIII Congreso de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca -Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías-. Colex, 2001,

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad. “Capítulo I. Derecho internacional y derecho comunitario en materia de inmigración”. *La inmigración en España: algunos datos para el debate*. Parra Barbosa (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal”. *Diario La Ley*, nº 6491, Sección Doctrina, 2006

VALERO-MATAS, Jesús A., COCA Juan. R y VALERO-OTEO, Irene. “Análisis de la inmigración en España y la crisis económica”. *Papeles de población*, vol. 20, nº 80, 2014.

VESTRI, Gabriele. *Inmigración y Extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados: logros y desafíos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

VIDAL FUEYO, Camino. “La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 62, 2001.

VILAR RAMÍREZ, Juan B. “Las emigraciones españolas a Europa en el siglo XX: algunas cuestiones a debatir”. *Migraciones & Exilios: Cuadernos de la Asociación para el estudio de los exilios y migraciones ibéricos contemporáneos*, nº1, 2000,

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina

- “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”. *Revista Penal La Ley*, nº 14, 2004.

- “El nuevo delito de tráfico de personas”. *Diario La Ley*, nº5963, 2004.

- “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Comentarios al Código Penal Español Tomo II*, 7ª Edición. Quintero Olivares (Dir.), Navarra, 2016

WILLIAMSON, Jeffrey G. “Migración mundial”. *Revista Finanzas & Desarrollo del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*, Vol. 43, nº3, 2006.

YELA UCEDA, Mercedes. “Tráfico ilícito de migrantes del artículo 318 bis CP: nuevos retos y amenazas”. *Diario La Ley Penal*, nº 165, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2023.

WEBGRAFÍA

ACNUR. UNHCR ACNUR España. *La Convención de 1951* (s.f.). Disponible en: <https://www.acnur.org/es-es/la-convencion-de-1951.html>

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”. *Revista Penal*, nº19, 2007, pág. 16. Disponible en: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12178/Protección.pdf?sequence=2>

CAMPO, Susana. “*Inmigración: la ruta Atlántica se reactiva*”. 6 de febrero de 2020. Disponible en <https://www.larazon.es/espana/20200206/ig64hw6hyfdddjlhxcj4nzlcai.html>

CANO BUESO, Juan. “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional” *Revista de Derecho Político*, nº 57, 2003. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8830/8423>

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. *Movimientos migratorios en España y Europa*. Madrid, 2016. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe-rutas-migratorias.pdf>

COMISIÓN EUROPEA.

- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una agenda europea de migración*. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240>

- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0743:FIN:ES:PDF>

- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0213:FIN:es:PDF>

- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Protección de los menores migrante.* Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0211>

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA. *Informe 02/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, Madrid, 2019. Disponible en: <https://www.ces.es/documents/10180/5209150/Inf0219.pdf> (fecha de consulta: 27 de abril de 2024).

CONSEJO EUROPEO. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA.

- *A new strategic agenda 2019-2024.* Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf> (fecha de consulta: 1 de enero de 2024,)

- *Cronología-Política de migración y asilo de la UE.* (s.f.). Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/migratory-pressures/history-migratory-pressures/>

- *Infografía-Flujos migratorios: rutas oriental, central y occidental* (s.f.). Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/migration-flows-to-europe/>

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

- *La justicia dato a dato. Estadística judicial*, Madrid. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>

- Informe de 16 de enero de 2013 al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pág. 226. Disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codig_o_Penal (fecha de consulta: 17 de febrero de 2024)

DE LA FUENTE CARDONA, Francisco Salvador. “¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº18, diciembre 2019. Disponible en <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30423/31140>

DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual 2021. Mecanismo Nacional de Prevención (MNP). Anexos. Anexo B. Datos estadísticos sobre la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros (CIE)*. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2022/05/ANEXO-B_MEDIA-DURACION.pdf

DOÑA, Miguel. *30 años del primer naufragio en aguas del Estrecho*. 2 de noviembre de 2018. Disponible en https://cadenaser.com/emisora/2018/10/31/radio_sevilla/1540978152_052161.html

ESCOBAR VEAS, Javier. “El ánimo de lucro en el delito de tráfico de migrantes: análisis crítico de la legislación europea”. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad de La República*, nº 46, 2019 pág. 4. Disponible en: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/644/1151>

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel. “Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, 2016, Madrid, págs. 321-328. Disponible en: <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/751/743>

FERNÁNDEZ, Rosa. “Número total de inmigrantes irregulares que llegaron a España entre 2015 y 2023”. *Statista*. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1039916/inmigrantes-irregulares-llegados-a-espana/>

FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael. *La nueva ley de extranjería. Una visión crítica general*. Centro de Estudios Jurídicos, 2001. Disponible en <https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/2118>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. MINISTERIO FISCAL.

- *Documentación. Consulta 1/2001, de 9 de mayo, retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites*. Disponible en: https://www.fiscal.es/documents/20142/109407/Consulta+1_2001%2C+9+de+mayo+de+2001%2C+sobre+el+retorno+de+extranjeros+que+pretenden+entrar+ilegalmente+

[en+España%2C+alcance+y+limites.pdf/0f3ec34a-79c5-beab-7939-7a9900835d80?t=1531396218926](https://www.fiscal.es/documentos/20142/0/MEMFIS22+%281%29.pdf/6573e7b3-f1e6-d3e6-2b0b-f07123e41c0a?t=1662544190402)

- *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz*, Madrid, 2022, pág. 728. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documentos/20142/0/MEMFIS22+%281%29.pdf/6573e7b3-f1e6-d3e6-2b0b-f07123e41c0a?t=1662544190402> (fecha de consulta: 1 de mayo de 2024).

- *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz*. Madrid, 2023, pág. 733. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFI_S23.pdf (fecha de consulta: 1 de mayo de 2024).

- Unidad de Extranjería, en *Boletín de Jurisprudencia, Inmigración ilegal. Art. 318 bis CP. Ocupación ilegal de trabajadores extranjeros. Art. 311 bis. Segundo semestre. 2018.*

- Unidad de Extranjería, en *Boletín de Jurisprudencia, Inmigración ilegal. Art. 318 bis CP. Ocupación ilegal de trabajadores extranjeros. Art. 311 bis. Segundo semestre. 2017.*

- *Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, e*

- *Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.*

- *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración,* pág. 27. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00005.pdf

- *Trata de Personas y Extranjería*. (s.f.). Disponible en <https://www.fiscal.es/-/extranjeria>

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Migración* (s.f.). Disponible en: <https://www.unfpa.org/es/migración#readmore-expand>

FRONTEX

- *2019 en resumen*, Polonia, pág. 9. Disponible en www.frontex.europa.eu/assets/Publications/General/In_Brief_2019/frontex_inbrief_ES.pdf

- *Profiting from misery-how smugglers bring people to Europe*. Disponible en <https://frontex.europa.eu/media-centre/multimedia/videos/profitting-from-misery-how-smugglers-bring-people-to-europe-q1vPXH> 13.04.17

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. “El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretaiva”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 25, 2023, pág. 5. Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-16.pdf>

GARCÍA ARROYO, Cristina. “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 24, 2022, pág. 41. Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-12.pdf>

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen. “Inmigración en España: una nueva fase de llegadas”. *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 28, 2019. Disponible en: <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/ari28-2019-gonzalez-enriquez-inmigracion-espana-nueva-fase-llegadas.pdf>

GONZÁLEZ TASCÓN, Marta María. “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020. Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-10.pdf>

GUARDIA CIVIL.

- *Mando de Fronteras y Policía Marítima* (s.f.). Disponible en: <https://www.guardiacivil.es/es/institucional/Conocenos/estructuraorganizacion/orgcentral/mandofronteras/index.html>

- *Gabinete de Prensa. Funciones y Capacidades Técnicas* (s.f.). Disponible en <https://www.guardiacivil.es/es/prensa/especiales/sive/funciones.html>

GUTIÉRREZ, Iciar/JARA, Yuly. “*Así han cambiado en los últimos meses las rutas migratorias hacia Europa*”. 28 de noviembre de 2017. Disponible en https://www.eldiario.es/desalambre/datos-cambiado-emprenden-refugiados-europa_1_3044983.html

IGLESIAS DE USSEL, Julio (Ed.) et al. *Las políticas de integración social de los inmigrantes en las comunidades autónomas españolas*. 1ª edición Fundación BBVA, Bilbao, 2010. Disponible en https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2010_politicas_integracion.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Estadística continua de población. Últimos datos* (s.f.). Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177095&menu=ultiDatos&idp=1254735572981

LA MONCLOA

- *Consejo de Ministros. Resúmenes*
<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/index.aspx>

- *Grande-Marlaska refuerza en Mauritania la cooperación migratoria que ya ha evitado 7000 llegadas a Canarias este año*. 11 de octubre de 2023. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2023/111023-marlaska-mauritania-cooperacion-migratoria.aspx>

- *Las llegadas irregulares de inmigrantes en el primer semestre de 2019 descienden un 23 por ciento con respecto a 2018*. 2 de julio de 2019. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2019/020719-inmigrantes.aspx#:~:text=Interior-,Las%20llegadas%20irregulares%20de%20inmigrantes%20en%20el%20primer%20semestre%20de,ciento%20con%20respecto%20a%202018&text=A1%20finalizar%20el%20mes%20de,julio%20habían%20llegado%2017.300%20personas>

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/Paginas/index.aspx>

LAURENZO COPELLO, Patricia. La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º12, 2003. Disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24844/19703>

LERNER, Pablo. “Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 111, México, 2004, pág. 920. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3807/4730>

MARTÍNEZ-ALMEIDA DE NAVASQUËS, Magdalena. “El control de la inmigración ilegal en la frontera exterior del Mediterráneo Central”. *Análisis del Real Instituto Elcano*, n° 8, 2014. Disponible en: <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/ari8-2014-martinezalmeida-control-inkigracion-ilegal-frontera-exterior-mediterraneo-central.pdf> (fecha de consulta: 30 de abril de 2024).

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Julio L. y FERNÁNDEZ GARCÍA, Mercedes. “Inmigración y exclusión social”. *Informe FUEM de políticas sociales: la exclusión social y el estado del bienestar en España*. Vidal Fernández (Dir.), Madrid, 2006. Disponible en: <https://www.fuhem.es/wp-content/uploads/2019/08/MARTÍNEZ-Julio-Luis-Inmigración-y-exclusión-social.pdf> (fecha de consulta: 6 de mayo de 2024).

McAULIFFE, M. y TRIANDAFYLLIDOU, A. (Eds.). *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*, OIM, Ginebra, 2021. Disponible en <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2022>

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN. *Nota de prensa: Madrid acoge la reunión de alto nivel migración-desarrollo en el marco de la presidencia española del proceso Rabat*. 13 de mayo de 2022. Disponible en: https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/NotasPrensa/Paginas/2022_NOTAS_P/2022_0513_NOTA41.aspx (fecha de consulta: 29 de abril de 2024).

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020*, BOE n° 95, jueves 19 de abril de 2018, Sec. I.

Pág. 40373. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/04/19/pdfs/BOE-A-2018-5329.pdf>

MINISTERIO DE IGUALDAD- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Normativa*. (s.f.) Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/normativa/home.htm>

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES.

- *Convenios marco de cooperación en materia de inmigración* (s.f.) Disponible en: <https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/convenios-marco-de-cooperacion-en-materia-de-inmigracion>

- *Normativa UE normativa internacional y jurisprudencia* (s.f.) Disponible en <https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/normativa-ue-normativa-internacional-y-jurisprudencia-ue>

- *Régimen de acogida y protección internacional* (s.f.) Disponible en <https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/regimen-de-acogida-y-proteccion-internacional>

- *Secretaría de Estado de Migraciones* (s.f.) Disponible en www.inclusion.gob.es/web/guest/organizacion/se-migraciones

MINISTERIO DEL INTERIOR. *Balances e Informes* (s.f.). Disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/>

MINISTERIO DEL INTERIOR, OFICINA DE ASILO Y REFUGIO. *Protección Internacional. Normativa básica reguladora* (s.f.). Disponible en: <https://proteccion-asilo.interior.gob.es/es/proteccion-internacional/normativa-basica-reguladora/>

MORÁN, Gloria M. “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, nº 6, 2002, pág. 501. Disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2179/AD-6-25.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

MOYA MALAPEIRA, David. “La reforma de la Ley de Extranjería”. *Documento de Trabajo* 20/2009, Real Instituto Elcano, 2009. Disponible en: <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/dt20-2009-moya-reforma-ley-extranjeria.pdf>

MUÑOZ RUIZ, Josefa. “La ayuda humanitaria ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº18, 2016, pág. 7. Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-08.pdf> (fecha de consulta: 17 de febrero de 2024).

NAVARRO CARDOSO, Fernando. “Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. *Revista Penal*, n.º 10, 2002, pág. 49 y 53. Disponible en: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12613/Observaciones.pdf?sequence=2>

NEGOCIADO DE INMIGRACIÓN, ÁREA DE ACCIÓN SOCIAL, AYUNTAMIENTO DE BILBAO, *Análisis del marco competencial municipal sobre inmigración*, 2007. Disponible en https://www.bilbao.eus/cs/Satellite?cid=3000062046&language=es&pageid=3000062046&pagename=Bilbaonet/Page/BIO_contenidoFinal

ONU MIGRACIÓN. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES

- OIM. ONU MIGRACIÓN, *Historia de la OIM*, (s.f.). Disponible en: <https://www.iom.int/es/historia-de-la-oim>

- ONU MIGRACIÓN. *Recomendaciones sobre Estadísticas de las Migraciones Internacionales. Revisión I*. Informes Estadísticos, Serie M, N.º 58, Rev.1, Nueva York, 1999. Disponible en: https://primi.iom.int/sites/g/files/tmzbd11486/files/documents/un_recomendaciones_sobre_estadisticas_de_las_migraciones_internacionales_002_0.pdf

- “Glosario sobre Migración”. *Derecho Internacional sobre Migración*, nº 7, Ginebra, 2006. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

- “Glosario de la OIM sobre Migración”. *Derecho Internacional sobre Migración*, nº34, Ginebra, 2019. Disponible en: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>

- *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, Ginebra, 2019. Disponible en: <https://publications.iom.int/es/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020>

PARLAMENTO EUROPEO

- *Explorar las causas de la migración: ¿Por qué migran las personas?*, Creado el 01.07.20, actualizado el 02 de mayo de 2023. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/world/20200624STO81906/explorar-las-causas-de-la-migracion-por-que-migran-las-personas>

- *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Los socios meridionales* (s.f.). Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/173/los-socios-meridionales>

POLICÍA NACIONAL. *Comisaría General de Extranjería y Fronteras* (s.f.). Disponible en: https://www.policia.es/es/tupolicia_conocenos_estructura_dao_cgextranjeriayfronteras.php

PORTAL DE DATOS SOBRE MIGRACIÓN. Una perspectiva global, *Tipos de Migración- Migración irregular*, 20 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/migracion-irregular>.

PORTAL DE INMIGRACIÓN, MINISTERIO DE INCLUSIONES, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, GOBIERNO DE ESPAÑA. https://extranjeros.inclusion.gob.es/es/normativa/union_europea/index.html.

RAMOS, Noelia. *El fenómeno migratorio se reinventa: del salto a la valla al coche “kamizaze”*. 10 de febrero de 2013. Disponible en: <https://www.heraldo.es/noticias/nacional/2013/02/10/el-fenomeno-migratorio-se-reinventa-del-salto-a-la-valla-al-coche-kamikaze-189487.html>

RAMOS, Toñy. *Unos 500 inmigrantes entran en Melilla en el mayor salto de la frontera*. 18 de marzo de 2014. Disponible en: https://elpais.com/politica/2014/03/18/actualidad/1395129173_038641.html

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo. “La importancia del Derecho Comparado en la elaboración de leyes”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2007, págs. 147-148. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quorum/article/view/38283/35180>

SOLANES CORELLA, Ángeles. “Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 19, 2016. Disponible en: <https://www.rtd.es/numero19/02-19.pdf>

SORIANO-MIRAS, Rosa M. “Análisis sociológico de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sus reformas (8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009) y su implicación social”. *Papers*, vol. 96, nº3, 2011. Disponible en <https://papers.uab.cat/article/view/v96-n3-soriano>

LEGISLACIÓN

Internacional

Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967.

Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África aprobada en Addis Abeba el 10 de septiembre de 1969.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York 31 de mayo de 2001.

Resolución 64/293, de 30 de julio de 2010, por la que se aprueba el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas.

Europea

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en la actualidad, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), de 25 de marzo de 1957.

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), de 25 de marzo de 1957.

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), de 18 de abril de 1951.

Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986.

Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 e junio de 1991.

Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997.

Tratado de Niza por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, hecho en Niza el 26 de febrero de 2002.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

Acuerdo Europeo nº31 sobre exención de visados para los refugiados, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Instrumento de Ratificación de España de 2 de junio de 1982.

Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990. Instrumento de Ratificación de España de 27 de marzo de 1995.

Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos aprobado el 16 de mayo de 2005 y en vigor desde el 1 de febrero de 2008.

Reglamento (CE) Nº 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 311/76 del Consejo relativo a la elaboración de estadísticas de trabajadores extranjeros.

Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.

Directiva 2008/115/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificados.

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

Aufenthaltsgesetz (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet). Ley de residencia (Ley sobre residencia, empleo e integración de extranjeros en el territorio federal).

Testo unico sull'immigrazione. D.Lgs. n. 286/1998 aggiornato con le modifiche apportate, da ultimo, dalla Legge n. 176/2023. (Ley consolidada sobre inmigración. Decreto legislativo n° 286/1998, con las modificaciones introducidas más recientemente por la Ley n° 176/2023).

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Código de entrada y estancia de extranjeros y derecho de asilo).

Americana

Ley General de Población. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1974.

Código Penal de Chile de 12 de noviembre de 1874.

Ley 25871 de Política Migratoria Argentina.

Nacional

Constitución Española, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 7/ 1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea.

Ley 10/1997, de 4 de enero, sobre mar territorial.

Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Ley 4/2015, de 17 de abril, del estatuto de la víctima del delito.

Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 “Real Decreto de Extranjería” publicado en la Gaceta de Madrid el 25 de noviembre de 1852, N° 6730.

Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España.

Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (modificado por RD 865/2001, de 20 de julio, y por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre).

Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.

Real Decreto 864/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.

Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional.

Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

Real Decreto 48/2024, de 16 de enero, por el que se crea la Comisión Interministerial de Inmigración y se establece su composición y funcionamiento.

Acuerdos de cooperación y readmisión con países africanos.

Acuerdos Marco de Cooperación en materia de inmigración con Gambia de 9 de octubre de 2006.

Acuerdos Marco de Cooperación en materia de inmigración con Guinea Conakry de 9 de octubre de 2006.

Acuerdos Marco de Cooperación en materia de inmigración con Malí de 23 de enero de 2007.

Acuerdos Marco de Cooperación en materia de inmigración con Cabo Verde de 20 de marzo de 2007.

Acuerdos Marco de Cooperación en materia de inmigración con Guinea Bissau de 27 de enero de 2008.

Acuerdos Marco de Cooperación en materia de inmigración con Níger de 10 de mayo de 2008.

Acuerdo de readmisión con Argelia de 31 de julio de 2002.

Acuerdo de readmisión con Ghana de 6 de julio de 2005.

Acuerdo de readmisión con Guinea-Bissau de 7 de febrero de 2003.

Acuerdo de readmisión con Maruecos de 13 de febrero de 1992.

Acuerdo de readmisión con Mauritania de 1 de julio de 2003.

Acuerdo de readmisión con Nigeria de 12 de noviembre de 2001.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH. Gran Sala. Asunto N.D. y N.T. contra España (Demandas nº 8675/15 y 8697/15), Estrasburgo, 13 de febrero de 2020.

SENTENCIAS TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 23 de abril de 2015.

STJUE de 8 de octubre de 2020.

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 11/1983, de 21 de febrero. ECLI:ES:TC:1983:11

STC 107/1984, de 23 de noviembre. ECLI:ES:TC:1984:107

STC 115/1987, de 7 de julio. ECLI:ES:TC:1987:115

STC 127/1990, de 5 de julio. ECLI:ES:TC:1990:127

STC 94/1993, 22 de marzo. ECLI:ES:TC:1993:94

STC 242/1994, de 20 de julio- ECLI:ES:TC:1994:242

STC 95/2003, de 22 de mayo. ECLI:ES:TC:2003:95

STC 236/2007, de 7 de noviembre. ECLI:ES:TC:2007:236

STC 172/2020, de 19 de noviembre. ECLI:ES:TC:2020:172

AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

ATS 1249/2010, de 17 de junio. ECLI:ES:TS:2010:8732A

ATS 1238/2014, de 17 de julio. ECLI:ES:TS:2014:6634

ATS 1028/2017, de 22 de junio. ECLI:ES:TS:2017:7391A

ATS 603/2018, de 5 de abril. ECLI:ES:TS:2018:5909A

ATS 231/2021, de 18 de marzo. ECLI:ES:TS:2021:4218A

ATS 138/2022, de 13 de enero. ECLI:ES:TS:2022:1841A

ATS 1063/2022, de 24 de noviembre. ECLI:ES:TS:2022:17989A

ATS 197/2023, de 23 de febrero. ECLI:ES:TS:2023:2273A

ATS 315/2024, de 12 de enero. ECLI:ES:TS:2024:315^a

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

STS 719/1992, de 6 de abril.

STS 849/1995, de 7 de julio.

STS de 20 de marzo de 2003. - ECLI:ES:TS:2003:1924

STS 1397/2003, de 16 de octubre. ECLI:ES:TS:2003:6354

STS 727/2004, de 10 de junio. ECLI:ES:TS:2004:4023

STS 147/2005, de 15 de febrero. ECLI:ES:TS:2005:873

STS 887/2005, de 30 de junio. ECLI:ES:TS:2005:4391

STS 1059/2005, de 28 de septiembre. ECLI:ES:TS:2005:5608

STS 1451/2005, de 14 de diciembre. ECLI:ES:TS:2005:7632

STS de 10 de febrero de 2006 ECLI:ES:TS:2006:536;

STS 284/2006, de 6 de marzo. ECLI:ES:TS:2006:1403

STS 545/2006, de 23 de mayo. ECLI:ES:TS:2006:2939

STS 773/2006, de 10 de julio. ECLI:ES:TS:2006:4519

STS 1087/2006, de 10 de noviembre. ECLI:ES:TS:2006:6968

STS 1294/2006, de 27 de diciembre. ECLI:ES:TS:2006:8456

STS de 22 de febrero de 2007 ECLI:ES:TS:2007:1230

STS 361/2007, de 24 abril. ECLI:ES:TS:2007:2586

STS 484/2007, de 29 de mayo. ECLI:ES:TS:2007:8758

STS 768/2007, de 1 de octubre. ECLI:ES:TS:2007:6181

STS 1092/2007, de 27 de diciembre. ECLI:ES:TS:2007:8758

STS 76/2008, de 5 de febrero. ECLI:ES:TS:2008:1038

STS 122/2008, de 18 de febrero. ECLI:ES:TS:2008:1306

STS 152/2008, de 8 de abril. ECLI:ES:TS:2008:1319

STS de 27 de mayo de 2008. ECLI:ES:TS:2008:2379

STS 270/2008, de 13 de mayo. ECLI:ES:TS:2008:2250

STS 740/2009, de 30 de junio. ECLI:ES:TS:2009:4689

STS 1268/2009, de 7 de diciembre. ECLI:ES:TS:2009:7751

STS 618/2010, de 23 junio. ECLI:ES:TS:2010:4226

STS 378/2011, de 17 de mayo. ECLI:ES:TS:2012:4199

STS 22/2012, de 23 de enero. ECLI:ES:TS:2012:403

STS 212/2012, de 9 de marzo. ECLI:ES:TS:2012:1848
STS 223/2012, de 20 de marzo. ECLI:ES:TS:2012:1960
STS 239/2012, de 23 de marzo. ECLI:ES:TS:2012:2553
STS 385/2012, de 10 de mayo. ECLI:ES:TS:2012:2993
STS 466/2012, de 28 de mayo. ECLI:ES:TS:2012:4199
STS 1019/2012, de 21 de diciembre. ECLI:ES:TS:2012:8756
STS 1025/2012, de 26 de diciembre. ECLI:ES:TS:2012:8791
STS de 12 de marzo de 2013. ECLI:ES:TS:2013:988
STS 309/2013, de 1 de abril. ECLI:ES:TS:2013:1840
STS 855/2013, de 11 de noviembre. ECLI:ES:TS:2013:5580
STS 896/2013, de 28 de noviembre. ECLI:ES:TS:2013:5858
STS 503/2014, de 18 de junio. ECLI:ES:TS:2014:2607
STS 676/2014, de 15 de octubre. ECLI:ES:TS:2014:4343
STS 169/2015, de 13 de marzo. ECLI:ES:TS:2015:1102
STS 646/2015, de 20 de octubre. ECLI:ES:TS:2015:4501
STS 861/2015, de 20 de diciembre. -ECLI:ES:TS:2015:574
STS 46/2016, de 3 de febrero. ECLI:ES:TS:2016:196
STS 178/2016, de 3 de marzo. ECLI: ES:TS:2016:1275
STS 188/2016, de 4 de marzo. ECLI:ES:TS:2016:824
STS 295/2016, de 8 de abril. ECLI:ES:TS:2016:1552
STS 482/2016, de 3 de junio. ECLI:ES:TS:2016:2729
STS 512/2016, de 10 de junio. ECLI:ES:TS:2016:2892
STS 536/2016, de 17 de junio. ECLI:ES:TS:2016:2908
STS 538/2016, de 17 de junio. ECLI:ES:TS:2016:2776
STS 659/2016, de 19 de julio. ECLI:ES:TS:2016:3665
STS 736/2016, de 5 de octubre. ECLI:ES:TS:2016:4403
STS 807/2016, de 27 de octubre. ECLI:ES:TS:2016:4668
STS 261/2017, de 6 de abril. ECLI:ES:TS:2017:1486
STS 656/2017, de 5 de octubre. ECLI:ES:TS:2017:3565
STS 11/2018, de 15 de enero. ECLI:ES:TS:2018:13
STS 108/2018, de 6 de marzo. ECLI:ES:TS:2018:788
STS 144/2018, de 22 de marzo. ECLI:ES:TS:2018:1020

STS 388/2018, de 25 de julio. ECLI:ES:TS:2018:3056
STS 400/2018, de 12 de septiembre. ECLI:ES:TS:2018:3160
STS 980/2018, de 12 de junio. ECLI:ES:TS:2018:2523
STS 1716/2018, de 4 de diciembre. ECLI:ES:TS:2018:4270
STS 1817/2018, de 19 de diciembre. ECLI:ES:TS:2018:4386
STS 1818/2018, de 19 de diciembre. ECLI:ES:TS:2018:4387
STS 422/2020, de 23 de julio. ECLI:ES:TS:2020:2636
STS 324/2021, de 21 de abril. ECLI:ES:TS:2021:1397
STS 366/2021, de 17 de marzo. ECLI:ES:TS:2021:1181
STS 853/2021, de 10 de noviembre. - ECLI:ES:TS:2021:4124
STS 1119/2022, de 7 de septiembre. ECLI:ES:TS:2022:3292
STS 1334/2022, de 20 de octubre. ECLI:ES:TS:2022:3832
STS 253/2023, de 12 de abril. ECLI:ES:TS:2023:1428
STS 1428/2023, de 12 de abril. ECLI:ES:TS:2023:1428

SENTENCIAS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ Andalucía 195/2020, de 7 de julio. - ECLI:ES:TSJAND:2020:16367
STSJ Cataluña 168/2021, de 11 de mayo. ECLI:ES:TSJCAT:2021:509

SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Ceuta 103/2000, de 20 de octubre. ECLI:ES:APCE:2000:228
SAP Melilla 15/2001, de 13 de marzo. ECLI:ES:APML:2001:72
SAP Las Palmas 52/2007, de 2 de abril. ECLI:ES:APGC:2007:936
SAP de Madrid 139/2008, de 13 de octubre. ECLI:ES:APM:2008:16687
SAP Sta. Cruz de Tenerife 639/2008, de 16 de septiembre. ECLI:ES:APTF:2008:3072
SAP Sta. Cruz de Tenerife 660/2008, de 19 de septiembre. ECLI:ES:APTF:2008:3284
SAP Barcelona 587/2008, de 8 de julio. ECLI:ES:APB:2008:6398
SAP Las Palmas 59/2009, de 27 de mayo. ECLI:ES:APGC:2009:1341
SAP Ávila 173/2009, de 16 de noviembre. ECLI:ES:APAV:2009:365
SAP Melilla 28/2015, de 26 de mayo. ECLI:ES:APML:2015:128

SAP de Ceuta 46/2015, de 13 de abril. - ECLI:ES:APCE:2015:56
SAP Melilla 57/2015, de 3 de diciembre. ECLI: ES:APML:2015:281
SAP Sta. Cruz de Tenerife 265/2017, de 16 de junio. ECLI:ES:APTF:2017:891
SAP de Sevilla 382/2017, de 4 de julio. ECLI:ES:APSE:2017:2888
SAP Melilla 19/2018, de 29 de junio. ECLI:ES:APML:2018:121
SAP Las Palmas 281/2018, de 31 de julio. ECLI:ES:APGC:2018:2140
SAP de Sevilla, de 5 de noviembre de 2018.
SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo. ECLI: ES:APM:2018:5310
SAP Vizcaya 50/2019, de 27 de junio. ECLI:ES: APBI:2019:2005
SAP de Barcelona (Sección Tribunal Jurado) 46/2020, de 11 de diciembre.
ECLI:ES:APB:2020:13954
SAP Ceuta, 103/2020, de 22 de diciembre. ECLI:ES:APCE:2020:147
SAP Melilla 3/2021, de 10 de febrero. - ECLI:ES:APML:2021:25
SAP Las Palmas 128/2022, de 5 de abril. ECLI:ES:APGC:2022:1399
SAP Las Palmas 350/2022, de 18 de noviembre. ECLI:ES:APGC:2022:3892
SAP Almería 299/2022, de 27 de julio. ECLI:ES:APAL:2022:435
SAP Almería 287/2022, de 14 de julio. ECLI:ES:APAL:2022:442