



UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

***TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA INMIGRACIÓN
EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.***

Granada

2011

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Tamara Duarte Cunha Medeiros
D.L.: GR 524-2012
ISBN: 978-84-694-9350-2

Thamara Duarte Cunha Medeiros

***TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA INMIGRACIÓN
EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.***

Granada

2011

***TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA INMIGRACIÓN
EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.***

Tesis realizada por **Thamara Duarte Cunha Medeiros** bajo la dirección del **Prof. Dr. D. Miguel Domingo Olmedo Cardenete**, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

GRANADA

2011

A pesar de todo, comprendo muy bien a quienes abandonan un día su país y sus allegados, y hasta cambian de nombre, para comenzar una nueva vida en un país sin límites. Ya sea en las Américas, ya sea en Moscovia. ¿Acaso no hicieron lo mismo mis antepasados? Mis antepasados, pero también los ancestros de todos los humanos. Todas las ciudades han sido fundadas y pobladas por gente venida de otra parte, lo mismo que las aldeas, pues la tierra se ha llenado gracias a sucesivas migraciones.

El viaje de Baldasare- Amin Maaluf.

DEDICO ESTA TESIS:

A mis padres, *Tamar y José*, por el amor incondicional.

**A mis hermanos, *Rafael, José y Tatiana*, por el privilegio de tenerlos
como testigos de mi historia.**

A mis sobrinos, *Beatriz y Matheus*, por el poder del amor.

**A la *Universidade Estadual da Paraíba*, por permitirme realizar este
proyecto profesional.**

**A mi maestro Dr. D. *Miguel Olmedo Cardenete*, por su amistad y ejemplo
de integridad y compromiso con la Ciencia Penal.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	14
PARTE I –DELIMITACIÓN DE LA TEMÁTICA OBJETO DE ESTUDIO	19
CAPÍTULO 1. DELIMITACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL TEMA: EL FENÓMENO MIGRATORIO	20
CAPÍTULO 2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS	28
2.1 Referencias conceptuales des de la nor mativa de Naciones Unidas.	32
2.2 Referencias conceptuales desde la normativa de la Unión Europea.	34
2.3 Referencias conceptuales desd e el Derecho penal español.	36
PARTE II – BASES DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA SOCIEDAD POSTMODERNA	43
CAPÍTULO 1. PERSPECTIVA GENERAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO	44
1.1 Globalización y criminalidad	44
1.2 Riesgo y seguridad: la di cotomía del discurso por más Derecho penal.	55
1.2.1. Aspectos generales de la sociedad global d el riesgo.	56
1.2.2. La seguridad como eje de la política criminal.	63
1.2.3. Las migraciones en el contexto de la sociedad global del riesgo.	68

CAPÍTULO 2. HACIA UNA REDEFINICIÓN DEL DERECHO DE PUNIR: LOS DESAFÍOS DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO PARA LA CIENCIA PENAL	71
2.1. Consideraciones previas.	71
2.2. La modernización del Derecho penal.	76
2.3. Críticas a la modernización del Derecho penal.	78
CAPÍTULO 3. LOS ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL MODERNO EN LA TIPIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL	81
3.1. La inmigración irregular y la política penal del enemigo.	85
3.2. La construcción de los inmigrantes irregulares como categoría de sujetos de riesgo.	90
CAPÍTULO 4. LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LOS FENÓMENOS MIGRATORIOS	95
4.1. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.	99
4.1.1 Cuestiones previas.	99
4.1.2 Delimitación del bien jurídico penal en la sociedad del riesgo.	104
4.1.3. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos.	109
4. 2. Principio de intervención mínima.	118
4. 3. El principio de lesividad.	120

PARTE III - DIRECTRICES NORMATIVAS DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EN EL ÁMBITO DE LAS NACIONES UNIDAS, COMUNITARIO Y ESPAÑOL	123
CAPÍTULO 1. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EN EL ÁMBITO DE LAS NACIONES UNIDAS.	124
1.1. El tráfico ilegal de personas en el contexto normativo de Naciones Unidas .	124
1.2. La trata de personas en el ámbito normativo de Naciones Unidas.	128
CAPÍTULO 2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA POLÍTICA MIGRATORIA DE LA UNIÓN EUROPEA	134
2.1. El tráfico ilícito de personas en el ámbito normativo de la Unión Europea.	134
2.2. La trata de personas en la normativa de la Unión Europea.	144
CAPÍTULO 3. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS	150
PARTE IV – JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD: DIMENSIÓN VALORATIVA Y FÁCTICA DEL TIPO	162
CAPÍTULO 1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	163
1.1 Cuestiones previas sobre el bien jurídico-penal.	163
1.2 El artículo 318 bis.1 CP- ¿protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros?	165
1.3 En defensa de la integración social de los ciudadanos extranjeros.	169
1.4 El estatuto jurídico del extranjero.	172
1.5 Protección de la dignidad humana y de la integridad moral de los ciudadanos extranjeros.	175

1.6	La protección de los flujos migratorios.	183
1.7	Protección plurionfesiiva y dualidad de bienes jurídicos.	190
1.8	El bien jurídico desde la perspectiva jurisprudencial.	194
1.9	Situación del bien jurídico protegido del artículo 318 bis cp tras la reforma de la lo 5/2010 de 22 de junio.	197
1.10	Toma de postura.	198
		208
CAPÍTULO 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 318 BIS		
2.1	Breve referencia a los delitos de peligro	209
2.2	El delito de peligro abstracto y el artículo 318 bis del CP.	213
		217
CAPÍTULO 3. DIMENSIÓN FÁCTICA DE LA TIPICIDAD		
		217
Sección primera: Análisis del tipo objetivo.		
3.1	¿Quiénes son los sujetos del delito del artículo 318 bis.1 CP?	217
3.2	Conducta típica.	226
	3.2.1 Alcance de los verbos “promover, favorecer o facilitar”.	228
	3.2.2. ¿Cuál el alcance de las expresiones “directa o indirectamente?”	233
	3.2.3. “ <i>Tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina</i> ”. Criterios de restricción de los elementos normativos.	237
	3.2.4. “ <i>Desde en tránsito o con destino a España o a cualquier otro país de la Unión Europea</i> ”.	244
3.3	Causas de agravación de la conducta básica.	249
	3.3.1. El ánimo de lucro.	252
	3.3.2. Circunstancias agravantes que vician la voluntad de la víctima: violencia, intimidación, engaño o el abuso de una situación de superioridad	257

o de especial vulnerabilidad de la víctima.	257
3.3.2.1. Violencia o intimidación.	260
3.3.2.2. Abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima.	262
3.3.2.3. Cualificación por minoría de edad e incapacidad de la víctima.	264
3.3.2.4. Puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas.	267
3.3.3. Cualificación por la condición de funcionario público, autoridad o agente de ésta.	269
3.3.4. Pertenencia a una organización o asociación ilícita.	280
3.4 Tipo atenuado.	281
Sección segunda: Análisis del tipo subjetivo	
3.5 El dolo.	281
3.6 El error de tipo.	285
	288
PARTE V – CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y JUICIO DE CULPABILIDAD	
1. Causas de justificación.	289
2. Error de prohibición.	291
3. Inexigibilidad de otra conducta.	294
	296
PARTE VI – FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO	
	297
CAPÍTULO 1. ITER CRIMINIS	
	305
CAPÍTULO 2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	
	312
CAPÍTULO 3. RELACIONES CONCURSALES	

3.1	Relaciones entre el artículo 318 bis CP y el artículo 54 de la ley de extranjería.	313
3.2	Relación concursal entre los artículos 318 bis y 313.1 CP.	317
3.3	Relación concursal entre los artículos 318 bis y 313.2 CP.	318
3.4	Relación concursal entre los artículos 318 bis y 188.1CP.	319
3.5	Relación concursal entre los artículos 318 bis y artículo 177 bis CP.	321
3.6	Relación del artículo 318 bis CP y los delitos contra las personas.	322
	CAPÍTULO 4. CONSIDERACIONES SOBRE LAS PENALIDADES.	324
	CAPÍTULO 5. CRÍTICAS A LA TÉCNICA LEGISLATIVA.	328
	Propuesta de <i>lege ferenda</i>.	332
	Conclusiones.	343
	Referencias de la jurisprudencia.	353
	Bibliografía.	355

ABREVIATURAS

AA.VV	Varios	autores
ACNUR		Alto Comisionado Naciones Unidas para Refugiados
ADPCP	Anuario	de Derecho penal y Ciencias penales
APDHA	Asociac	ión pro Derechos Humanos de Andalucía
Art.	Artículo	
BOE		Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo.	
CE	Constitución	Española.
CGPJ	Consejo	General del Poder Judicial
CIS		Centro de Investigaciones Sociológicas
Cit.	Citado	(a).
CP		Código Penal de 1995
Coord.	Coordinador	
Dir.	Director	
DRAE		Diccionarios de la Real Academia de la Lengua Española.
Ed.	Edición	
et al.	Y	otros
FGE		Fiscalía General del Estado
INE	Instituto	Nacional de Estadística (España)
JAI		Cooperación policial y judicial en materia penal
LECrim		Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley	Orgánica
OCDE		Organización para la cooperación y desarrollo económico
OIM		Organización Internacional de Migraciones
OIT		Organización Internacional del Trabajo

ONG	Organización no Gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
<i>Op. Cit.</i>	Obra ya citada del mismo autor
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Revista del Poder Judicial
p.	Página
pp.	Páginas
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SS.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
Vid.	Véase

INTRODUCCIÓN

Elegir un tema para una tesis doctoral ciertamente es una tarea compleja. No obstante, ser elegido por el tema es un desafío entrañable. Así hemos vivido esta investigación. Cuando nos dimos cuenta ya estábamos involucrados en comprender por qué el desplazamiento humano transfronterizo motivado por el legítimo instinto de la supervivencia se ha transformado en una problematización para el Derecho penal y cuáles son las posibles soluciones que la Ciencia jurídico penal puede ofrecer a complejidad actual de los movimientos migratorios.

Incumbidos en este propósito, nuestras inquietudes emergieron ante una situación contemporánea que consideramos, sobre todo, paradójica. Los cuestionamientos son múltiples y diversos frente a la problematización de los flujos migratorios en la sociedad del riesgo global y, concretamente, frente a las respuestas que Derecho penal sugiere a esta nueva coyuntura.

Partimos de la constatación de que los desplazamientos migratorios han existido siempre, y en ellos han estado implicadas personas de todas las partes del planeta cuyas diferencias étnicas, sociales, lingüísticas y culturales han producido intercambios y transformaciones que han afectado de forma significativa la formación de las civilizaciones, creando auténticas sociedades multiculturales.

No obstante, es cierto que, en nuestros días, la migración internacional ha cambiado de manera significativa. Concretamente, en las últimas décadas del siglo XX, las migraciones se han diversificado y los

movimientos migratorios se han convertido en habituales en la Unión Europea¹ y, precisamente en España, muchas personas llegaron y siguen llegando desafiando las leyes nacionales e internacionales en busca de una vida mejor.

Así las cosas, la política migratoria de Unión Europea así como de España, manifiestan en sus directrices mensajes que, desde nuestro entender, son aparentemente contradictorios. Por una lado, nos encontramos con mensajes de integración de los inmigrantes y por otro, nos deparamos con una legislación “*tolerancia cero*” con la inmigración cuya consecuencia repercute en el fomento de clandestinidad de los traslados y en el incremento de las actuaciones del criminalidad organizada que se ha estructurado en torno a los delitos de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas².

Es un hecho innegable que el fuerte incremento de los actuales flujos migratorios hacia España se ha presentado como inesperado³, sobre todo, por la velocidad con que se han producido y aumentado las inmigraciones irregulares, lo que ha generado los ambivalentes discursos que entonan las políticas migratorias de la mayoría de los Estados europeos y en este estudio, de España, cuyas directrices revelan la vulnerabilidad y la incertidumbre con que se gestionan los flujos migratorios y sobre todo, confirman la tendencia de recurrir al Derecho penal como *primer ratio* para resolver los conflictos sociales.

Frente a esta coyuntura, la opción de acudir al Derecho penal como instrumento de control de los flujos migratorios, en especial de aquellos que se realizan de forma irregular, se concreta a cada día de manera más amplia y notable, es to es, las políticas migratorias están gestionando la inmigración a través de instrumentos punitivos, lo que ratifica y agrava el discurso mediático y

¹ La Unión Europea no es la única región del mundo receptora de inmigrantes, sino que el resto de los países de la OCDE (Estados Unidos, Canadá, Japón, Australia) también participan de estos flujos migratorios Sur-Norte.

² Vid. OIT *Trabajadores migrantes*. In forme de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra. “*Esta dialéctica del rechazo jurídico, por una parte, y la existencia de importantes factores económicos que inducen a la inmigración clandestina, por otro, explica la persistencia, e inclusive la ampliación, del fenómeno de la migración ilegal*”.

³ Vid., IZQUIERDO, A *La inmigración inesperada*. Trotta. Madrid, 1996.

político de que la inmigración es un factor de riesgo estructural que en los próximos años va a acentuarse por lo que será necesario poner en marcha políticas pro-activas para hacer frente al problema migratorio.

Siendo así, analizar la cuestión migratoria desde los postulados punitivistas requiere, *a priori*, un enfoque del objeto de estudio desde las ciencias penales en sentido amplio, es decir, desde la criminología, sociología criminal así como de política criminal y de la dogmática penal, sin embargo, aunque un análisis pluridisciplinar sea importante y necesario, en esta tesis nos centraremos en la perspectiva político criminal y dogmática de los fenómenos implicados, precisamente, porque la intervención del Derecho penal en el ámbito de los movimientos migratorios, desde nuestro entender, presenta algunas controversias que exigen un abordaje que aproxime la realidad normativa a la realidad social en un intento de aclarar su inherente complejidad.

La intervención del Derecho penal en este ámbito, como ya hemos comentado, sugiere diversos planteamientos. Por un lado, se ha visto como necesaria la regulación penal de ciertas conductas, sin embargo, por otra parte, se considera que la intervención del Derecho penal en este ámbito es desproporcionada y va más allá de los principios que limitan el *ius puniendi* del Estado.

Otro importante factor a tener en consideración en el análisis de la fenomenología delictiva de los movimientos migratorios es la fuerte industria de la criminalidad organizada que aumenta su actuación, incluso se profesionaliza para facilitar los traslados irregulares ante la restrictiva política migratoria de los países receptores.

Teniendo en cuenta lo dicho y considerando que el incremento del tráfico ilícito de migrantes conlleva importantes costos humanos, sociales, económicos y políticos, las razones que justifican este estudio cuyo principal objetivo es presentar, clarificar y analizar las principales cuestiones que se enmarcan en la problemática de la tutela penal de los flujos migratorios, son múltiples y diversas.

El objetivo general de esta investigación es realizar un estudio del

delito previsto en el artículo 318 bis del Código Penal desde una perspectiva dogmática y político criminal y, como objetivos específicos nos proponemos a:

a) identificar las diferencias conceptuales entre los tres fenómenos que atentan contra una gestión ordenada de las migraciones y que guardan estrechas relaciones entre sí: la inmigración irregular, el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas

b) efectuar un estudio de las actuales directrices de las políticas migratorias de España, así como también en el marco normativo comunitario e internacional;

c) analizar si la actual intervención penal en el ámbito de los delitos relacionados con los movimientos migratorios atiende exclusivamente a las demandas de seguridad en el marco expansionista de la Ciencia punitiva o está justificada su protección penal;

d) determinar el bien jurídico-penal protegido en el artículo 318 bis del Código Penal;

e) identificar las características del Derecho penal moderno en la tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes.

En lo que concierne a la metodología aplicada en esta investigación, utilizaremos, principalmente, el análisis jurídico fundamentado en un importante referencial teórico que nos facilite la comprensión y utilización de los métodos analíticos para desarrollar el estudio de toda la normativa española, comunitaria e internacional, incluyendo jurisprudencia, aplicable a la tutela penal de la inmigración, así como de los métodos inductivos y deductivos para proceder al análisis dogmático y político criminal de la fenomenología delictiva que nos proponemos a estudiar.

Con el objetivo de conseguir una mejor sistematización del tema que se aborda, la presente tesis se divide en seis partes. La parte primera, comprende aspectos introductorios y conceptuales del tema y se estructura en dos capítulos. El primero se centra en la problemática de la investigación destacando las principales características de los movimientos migratorios en la

actualidad. El segundo, establece las precisiones terminológicas necesarias para el desarrollo de este estudio, distinguiendo los términos implicados en el análisis.

En la segunda parte partimos de un análisis epistemológico de la *sociedad del riesgo* para comprender las razones de los cambios que se están produciendo en los fundamentos de política criminal de gran parte de los países. Los cuatro capítulos que estructuran este apartado proyectan la notable tendencia *expansionista* del Derecho penal a esferas que en otros momentos estaban reservadas al ámbito administrativo y tal hecho sugiere muchas preguntas, en concreto, si la intervención punitiva será capaz de responder a esta nueva realidad, sin arriesgar sus fundamentos y principios.

La tercera parte aborda, de forma descriptiva, la evolución de las directrices y normativas en lo que respecta a los delitos de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas desde la perspectiva de las Naciones Unidas, de la Unión Europea y de la legislación española.

Las cuestiones relativas al juicio de antijuridicidad y a la dimensión valorativa y fáctica de la tipicidad constituyen la cuarta parte de este estudio cuya estructura está dividida en tres capítulos: El *primero*, comprende el estudio de la problemática planteada en torno al bien jurídico del artículo 318 bis CP y su difícil concreción. El *segundo*, plantea los principales debates doctrinales en cuanto a la naturaleza jurídica del delito. El tercero, trata de sistematizar la tipicidad fáctica del artículo 318 bis CP en lo que atañe a la conducta objetiva y subjetiva del tráfico ilícito de migrantes.

En la quinta parte abordamos los aspectos vinculados a las causas de justificación y al juicio de culpabilidad. Y en la sexta parte de nuestro estudio nos ocupamos del análisis de las formas especiales de aparición del delito. Concretamente, el *capítulo primero* abarca el análisis del *iter criminis*, verificando las formas de aparición de estos delitos centrándose en el debate existente en torno a la posibilidad de aceptar la existencia de la tentativa en estos tipos. El *capítulo segundo* comprueba la problemática existente en torno a la autoría y participación y el *capítulo tercero* analiza los aspectos

concursoales que inciden en la aplicación del precepto .

En los capítulos cuarto y quinto, respectivamente, verificamos las penalidades previstas y manifestamos las críticas cuanto a la técnica legislativa utilizada en el tipo del art. 318 bis CP, y, por último proponemos una propuesta de lege ferenda.

PARTE I – INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA TEMÁTICA OBJETO DE ESTUDIO.

CAPÍTULO 1: DELIMITACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL TEMA: EL FENÓMENO MIGRATORIO.

Pensar en los movimientos migratorios es pensar en nuestra historia, pues los fenómenos migratorios son tan antiguos como la especie humana. Desde la antigüedad, los hombres viajan por el mundo motivados por las más diversas razones que les impulsan a abandonar sus países y a superar adversidades para concretizar el sueño de una vida mejor en otro país⁴.

En efecto, si nos remontamos a la historia, veremos que desde la antigüedad los flujos migratorios obedecen a diferentes causas. En la Edad Media, por ejemplo, el afán de Cristóbal Colón por descubrir una nueva ruta hacia las Indias originó el descubrimiento de América⁵ y así se produjo uno de los más importantes movimientos migratorios de la historia. Actualmente, el

⁴ Vid., para profundizar el análisis: BERGALLI, R. *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vistas pluridisciplinarios*. Antrophos, Barcelona, 2006, pp. XIIss. El autor expresa que “los que se denominan como flujos migratorios son la expresión moderna de una manifestación que se registra desde miles de años en las sociedades humanas, sin ser propia o exclusiva de ellas. Moverse del lugar de origen y desplazarse hacia otro, en búsqueda de alimento, cobijo, mejor clima o contacto con semejantes es una característica de aves, peces, u otros animales o de otros seres con vida que revelan esa tendencia. Los humanos, como individuos que además pueden realizar trabajos que les procuren recursos para asegurar la subsistencia, han sido y son seguramente los migrantes por excelencia”.

⁵ Vid. RIVERA BEIRAS, I. Prologo del libro: *La gestión penal de la inmigración*. En: MONCLÚS MASÓ, M. *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Colección Tesis doctoral, Buenos Aires, 2008. El autor destaca que “cuando hablamos de migraciones debemos recordar que fue durante el siglo XIX y la primera mitad del XX cuando se verificó el movimiento migratorio internacional más importante. En efecto, la gran emigración europea hacia otros continentes, provocada por fenómenos sociales y económicos vinculados al desarrollo de la Revolución industrial (crecimientos demográficos veloces, exceso de mano de obra en el campo, conflictividad social urbana, expansión colonial, etc.), comenzó a modificar sustancialmente el panorama de los asentamientos humanos mundiales. Se calcula que aproximadamente sesenta millones de europeos emigraron entre los años de 1835 y 1914, de los cuales América acogió a cuarenta y cuatro millones, mientras que otros centros de acogida fueron Siberia, Austria, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Argelia”.

desplazamiento de poblaciones se enmarca dentro de las características estructurales de la globalización económica, sobre todo, en razón de la interdependencia económica polarizada entre países ricos y países pobres⁶.

En este panorama, debemos entender las migraciones como un fenómeno que no responde al capricho del azar, sino a factores objetivos más ligados a la idea de necesidad: “ *conflictos bélicos, catástrofes naturales, deterioro del medio ambiente, políticas genocidas, etc. Pero sobre todo a factores económicos*”⁷. Se emigra para alcanzar unas condiciones de vida dignas mediante el acceso a un puesto de trabajo suficientemente remunerado, o, dicho con palabras de una conocida sentencia, *por el ansia de salir de la miseria*⁸.

⁶ Vid. PÉREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Dykinson, Madrid, 2006., p.20, quien observa que la división Norte-Sur, las diferencias en las expectativas de vida, en la estructura económica, y en las condiciones de estabilidad política entre las democracias occidentales y la mayor partes del resto del mundo, aparecen como las principales limitaciones al desarrollo de una sociedad en continuo cambio y como causa fundamental de las migraciones hoy en día. Asimismo, vid., MAQUEDA ABREU M. L. *El tráfico de personas con fines de explotación sexual*. Artículo 14, una perspectiva de género. Boletín de información y análisis jurídico. INSS 1696-6988, nº 12, 2003, p. 23, destaca que la llamada globalización de la economía y su modelo de desarrollo neoliberal en torno a la supremacía del mercado ha agudizado las desigualdades existentes entre los países del norte y del sur, produciendo una marginalización y un empobrecimiento progresivo y creciente de sectores cada vez más numerosos de la población mundial. TORRES FERNANDEZ, M.E. *El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal*. La Ley, n. 6491, 2006, p.1.

⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Extranjería, inmigración y sistema penal”. En: RODRIGUEZ MESA, M. J./ RUIZ RODRIGUEZ, L. R (Coords.) *Inmigración y derecho: retos y desafíos para el siglo XXI*. Tirant monografías 434, Valencia, 2006, p. 41. Vid., en sentido similar, ESPADAS RAMOS, M. L. *¿Europa ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea*. Instituto Municipal de Formación y Empleo. Ayuntamiento de Granada, 1997, p.13; Vid., en sentido similar: MARTINEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*. Atelier, Barcelona, 2007, p. 13 ss.; CAMPIONE, R. “Globalización y Migraciones: ¿Retóricas contradictorias?” En: MIRAUT MARTÍN, L. (Ed.) *Justicia, migración y derecho*. Dykinson, 2004, p. 189ss;

⁸ Desde semejante perspectiva, NAVARRO CARDOSO F. “El Código Penal de la seguridad e inmigración (con sideraciones criminológicas y político-criminales)”. En: RODRIGUEZ MESA, M.J. (directora) Y OTROS. *Inmigración y sistema penal*. Tirant monografías 434, Valencia, 2006, p. 224, quien expone que “*los movimientos migratorios se viene distinguiendo entre factores de expulsión y factores de atracción. Las causas concretas son bien diversas, a la par que bien conocidas ya por los abundantes estudios tanto teóricos como aplicados existentes, caso de conflictos bélicos y de las políticas genocidas, catástrofes naturales, etc. No obstante, la razón principal ha sido y es de índole económica: la desigualdad en la distribución de la renta y de la población entre las zonas más favorecidas. Se emigra, pues, para lograr una vida digna a través de un trabajo dignamente remunerado*”.

De hecho, los actuales movimientos migratorios desde los países periféricos a los centrales responden, sobre todo, a un conjunto de factores macroestructurales como, por ejemplo, el desequilibrio económico y social entre los países desarrollados y en desarrollo, las diferencias en los salarios y empleos y la segmentación de los mercados de trabajo y etc. También se puede añadir cuestiones de carácter político como uno de los factores de empuje a la inmigración, es decir, refugiados que se trasladan a otros países para huir de la represión, de las guerras⁹.

Así las cosas, en días de hoy la migración se ha convertido en un fenómeno internacional permanente cuyas dimensiones proyectan uno de los desafíos más visibles de la globalización. Según estimaciones de la OIM, el número total de migrantes internacionales ha aumentado en los últimos diez años y ha pasado de 150 millones en 2000 a 214 millones en la actualidad, es decir, a día de hoy, una de cada 33 personas en el mundo, es un migrante. Sin embargo, la cantidad de migrantes como porcentaje de la población mundial se ha mantenido estable en los últimos 10 años, mientras que la cantidad de dinero que los migrantes envían a sus hogares ha aumentado raudamente¹⁰.

Desde esta perspectiva, De Lucas¹¹, señala que “*los flujos migratorios, hoy, son un rasgo estructural, sistémico, del orden mundial que impone el modelo de globalización dominante. Y añade que “los flujos migratorios aparecen como el auténtico mascarón de proa de la globalización,*

⁹ La cuestión migratoria motivada por las actuales guerras en los países árabes, precisamente Libia y Túnez ha provocado una llegada masiva de refugiados a las costas italianas. Tal hecho está de secaninado prob lemas institucionales y estructurales en los pilares del espacio Schengen. Vid., entre otras noticias: La política de mano dura no se negocia. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/politica/mano/dura/negocia/elpepiint/20110418elpepiint_2/Tes

¹⁰ Las remesas han aumentado exponencialmente: De 132.000 millones en 2000, han alcanzado unos 414.000 millones de dólares EE.UU. en 2009, y ello a pesar de registrar una ligera disminución debido a la crisis económica vigente.

¹¹ DE LUCAS MARTÍN, F. J. “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”. En: MIRAUT MARTÍN, L. (Directora). *Justicia, Migración y Derecho*. Dykinson, Madrid, 2004, p. 17. Vid., en sentido similar: ESTÉVEZ A RAUJO, J. A. “Ciudadanía cosmopolita versus globalización neoliberal”. En: SILVEIRA GORSKI, H., C. (Ed.), *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid, 2000, p. 291, quien destaca que “*la deriva global aparece como elemento causal y no como efecto de la pobreza, con lo que “no es que la pobreza se globalice, sino que la globalización neoliberal está haciendo que aumente la pobreza en el nivel mundial”*

pues lo anuncian, o dicho de otro modo, en la medida en que se incrementa el proceso de globalización aumentarían también las migraciones”.

Pues bien, es notorio que en el siglo XXI, muchos países, especialmente los países miembros de la Unión Europea se enfrentan a importantes retos con respecto a la inmigración. De hecho, ante el aumento de los flujos migratorios facilitados por el proceso globalizador se han incrementado las políticas restrictivas en los países destino. Lo dicho se puede comprobar tras un análisis de la Política Común de Inmigración para Europa¹² que, entre otros aspectos, enfatiza la necesidad de reducir la inmigración ilegal con un control aún más efectivo de las fronteras, el incremento de las repatriaciones de los indocumentados y de quienes no cumplan con las condiciones para residir en los países miembros.

Tal situación ha motivado a la Unión Europea a concebir un modelo de gestión de la inmigración que puede definirse en *“términos de política instrumental y defensiva, de policía de fronteras y adecuación coyuntural a las necesidades de mercado de trabajo. Se trata de una política de inmigración que, al igual que sucede con algunas políticas de gestión de la multiculturalidad, se basa en la negación de su objeto, pues consiste en negar al inmigrante como tal inmigrante”*¹³.

En verdad, en el espacio europeo cada día se concretiza la idea de la Europa fortaleza, cada vez más cerrada y determinada a gestionar los movimientos migratorios con instrumentos represivos del derecho penal y administrativo. Como pone de relieve De Giorgi¹⁴, *“las actuales políticas migratorias se sitúan a lo largo de un continuum de estrategias penales y no penales. Sin embargo, todas ellas están dirigidas a la contención represiva y al control preventivo de los flujos migratorios. Los aspectos represivos y*

¹² Vid. Texto disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/jl0001_es.htm

¹³ *Ibidem.*, p.21.

¹⁴ DE GIORGI, A. *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control*. Virus, Barcelona, 2005, p. 109.

selectivos de estas políticas se empiezan a desplegar en el mismo momento en que se inicia un experiencia migratoria, se consolidan en la fase en que ésta trata de estabilizarse en el nuevo territorio de residencia y disparan definitivamente cuando esta experiencia de los inmigrantes no consigue adaptarse a las difíciles condiciones establecidas por las instituciones de los países destino”.

Concretamente en España, la inmigración constituye una realidad que se ha incrementado con bastante evidencia a partir de los años 90. Tal hecho se debe, sobre todo, a la situación geográfica de España, frontera sur de Europa como también de su especial vinculación histórica con América latina¹⁵. Todos estos factores han propiciado un aumento significativo de los movimientos migratorios hacia España lo que ha alterado la perspectiva de la gestión de las migraciones. De hecho, en los últimos años se ha producido una inversión en el flujo migratorio, pues si antes la preocupación incidía en los flujos emigratorios, en actualidad es la inmigración la que se proyecta como una de las cuestiones que exigen más atención por parte del gobierno¹⁶.

Es un hecho, por lo tanto, innegable que las principales ideas que influyen las políticas migratorias de los países desarrollados se atañe a la ejecución de la ley y el refuerzo de las fronteras, así como a la protección de los intereses, lo que conlleva a que las políticas migratorias se estructuren desde un carácter securitario y cada vez más selectivo, en el sentido de admitir sólo al inmigrante necesario, es decir, el extranjero inmigrante cualificado para las necesidades actuales de los Estados receptores. No obstante, el aumento de los esfuerzos por eliminar la migración irregular no ha desanimado a las personas de ir a buscar nuevas oportunidades en otros países, por el contrario,

¹⁵ Vid. BARRERA LOPEZ, F. M. *La Política de admisión de extranjeros inmigrantes en el Derecho español y sus repercusiones ético políticas. Una expresión de la cultura del control y de la lógica del pragmatismo*. Tesis doctoral. Departamento de Filosofía del Derecho. Universidad de Granada, 2008, p. 20. Observa el autor que este giro histórico es producto, en gran medida, de una política pos colonialista de los países del primer mundo, más preocupada por la preservación de sus Estados de bienestar que por la promoción decidida y efectiva del desarrollo socioeconómico y la estabilidad política interna de los Estados dependientes del siglo pasado

¹⁶ Vid. BERGALLI, R. *Los Flujos migratorios y su (des) control*. Op.Cit. pp. VIIIss;

ha hecho que muchos migren clandestinamente¹⁷. En verdad, podríamos decir que asistimos a una lucha desesperada por la supervivencia que no teme a fronteras ni a la legalidad. Son, aproximadamente, 30 a 40 millones de inmigrantes irregulares o indocumentados en el mundo, según datos de las Naciones Unidas.

Toda esta coyuntura ha hecho con que la preocupación y el rigor con la seguridad de las fronteras exteriores de Europa se hayan acentuado. Si observamos el último balance de lucha contra la inmigración clandestina realizado por el Ministerio del Interior del Gobierno de España en el año de 2010 podemos constatar que tras un refuerzo más efectivo en los controles fronterizos del Estado español, hubo un aumento de las repatriaciones y una disminución en más de 50% de la llegada de inmigrantes irregulares¹⁸. Con todo, aunque se haya logrado una reducción de los flujos migratorios clandestinos, la realidad apunta que el número de inmigrantes que intentan cruzar, a cualquier coste, las fronteras de Europa sigue siendo un desafío para las políticas migratorias, puesto que parte de estos inmigrantes en situación irregular son protagonistas de lo que actualmente se suele denominar de “la

¹⁷Vid., el Informe del Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos sobre “*Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia*”. Disponible en: www.ichrp.org/files/summaries/40/122_pb_es.pdf. El citado informe confirma que los controles fronterizos rigurosos, lejos de reducir la afluencia de migrantes, han menoscabado su acceso a la protección de los derechos humanos y han propiciado la formación de redes cada vez más sofisticadas para el tráfico y la trata de personas. Las nuevas políticas han afectado prácticamente a todos los tipos de migración legal (la reunificación familiar, la migración temporal para efectos académicos, las visitas recreativas, los viajes de negocios, el asilo, los permisos de trabajo temporales y permanentes), y han puesto a los migrantes irregulares en situaciones de mayor riesgo, tanto directa como indirectamente, pero sin reducir las presiones y los incentivos que los motivan a viajar. Hay una gran cantidad de migrantes que viven en situaciones precarias, peligrosas y de explotación, no sólo cuando se encuentran en tránsito sino también -y cada vez con mayor frecuencia- al llegar a sus destinos. Esta situación resulta trágica no sólo para los migrantes sino que también afecta las políticas públicas de manera significativa, y en los países receptores ha creado la impresión entre el público de que los gobiernos han perdido el control sobre sus fronteras y han abandonado sus obligaciones humanitarias.

¹⁸ En 2010 llegaron a España 3.632 inmigrantes ilegales frente a los 7.285 que lo hicieron en 2009, un descenso de más del 50%. El número de inmigrantes ilegales que alcanzaron las Islas Canarias en 2010 ha descendido un 91% y un 31,8% a la Península y Baleares. Las expulsiones de delincuentes extranjeros se han incrementado un 47,3% desde la creación de la BEDEX y en 2010 representan ya el 71% del total de expulsiones. Los efectivos policiales destinados a labores de control fronterizo y extranjería han aumentado un 60% desde 2003. Vid. Ministerio del Interior del Gobierno de España. Texto completo disponible en: http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Ministerio_Interior/2011/np011805.html

nueva esclavitud¹⁹”, pues frente a la necesidad de emigrar recorren a medios ilegales de acceso a los países destino lo que posibilita a las organizaciones criminales la rentable actividad delictiva del tráfico ilícito de migrantes²⁰.

Pues bien, de los anteriores planteamientos se deduce que el cierre de fronteras motiva la entrada clandestina. La represión en la frontera hace surgir un mercado ilegal que provee de medios de transporte y de entrada por lugares no vigilados²¹. El migrante que desea inmigrar hacia otro país no considera la clandestinidad como un impedimento para aventurarse más allá de las fronteras²².

En efecto, desde hace unos años, y cada vez en forma más significativa, los desplazamientos migratorios se realizan de manera irregular o clandestina y, en muchas ocasiones los inmigrantes acuden a los servicios de las redes tráfico de migrantes y de la trata de personas para cruzar las fronteras, lo que ha favorecido a que dichas actividades delictivas se constituyan en un negocio ilícito muy lucrativo, superado sólo en magnitud por el tráfico de armas y de drogas²³.

¹⁹ Vid. PÉREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Tirant monografías. Valencia, 2008, p. 37. El autor señala que “por muy paradójico y aterrador que pueda parecer, sobre todo, en el umbral del tercer milenio, el fenómeno de la esclavitud sigue existiendo y, además, de un modo muy organizado. Es una práctica de irrisoria actualidad, aunque aparece disfrazada bajo nuevas formas y métodos”.

²⁰ BEL, C. & GÓMEZ, J. “Nueva inmigración africana en España: inmigrantes subsaharianos”. Ponencia presentada en el II Congreso sobre la inmigración en España: España y las Migraciones Internacionales en el Cambio de Siglo, Madrid, 5-6-7 de octubre de 2000, pp. 12-14. “Los flujos migratorios procedentes de África tanto del Norte como del Sur no van a cesar, en tanto no cambien radicalmente las inhumanas condiciones de vida de sus países de origen, por el contrario van a seguir incrementándose, alimentados además por el empuje de las mafias, las cuales a medida que se ordenen las migraciones originarias del Magreb desplazarán su área de acción hacia el Sur”.

²¹ Vid. SÁEZ VALCARCEL, R. “Inmigración clandestina, Mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente”. En: *Jueces para la democracia*, núm. 53, enero 2006. Disponible en www.jueces-democracia.es.

²² SASSEN, S. *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Bellaterra, Barcelona, 2001, pp. 88 ss; Vid. SÁEZ VALCARCEL, R. “Inmigración clandestina, Mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente”. *Op.Cit.*, pp. 12-19.

²³ Vid. http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=295%3AAla-oit-y-los-trabajadores-migrantes&catid=114%3Aespeciales&Itemid=374&showall=1

Los migrantes irregulares son considerados una amenaza para la seguridad y para el mercado laboral de las sociedades receptoras. La globalización genera oportunidades económicas para las personas, sin embargo, en la mayoría de los países receptores, los migrantes irregulares trabajan en economías ocultas e informales que carecen de sistemas efectivos de regulación o de protección. Suelen ser mal remunerados y trabajan en condiciones peligrosas e inseguras, incluso, muchos son objeto del abuso y de la explotación.

Es un hecho evidente que estamos ante un delito global que requiere la atención de la comunidad internacional y, en específico de algunos gobiernos, puesto que el tráfico ilícito de migrantes además de vulnerar la seguridad nacional, puede fragilizar las relaciones diplomáticas con otros países.

Por todo ello, entendemos que aunque sea legítimo que los Estados se involucren en controlar los flujos migratorios irregulares con más rigor, es imprescindible que tal acción se lleve a cabo desde parámetros racionales y democráticos, pues una política migratoria extremadamente rigurosa y sin directrices claras implica que más inmigrantes se sujeten a los servicios inescrupulosos de los traficantes, incrementando su vulnerabilidad, pues, el tráfico ilícito de migrantes puede llevar, y de hecho lleva rápidamente, a la explotación e incluso a la trata y esto además de sujetar a los extranjeros migrantes a la situación de peligro e incertidumbre, puede debilitar la seguridad de los Estados en razón del crimen organizado, la violencia y la corrupción.

Desde esta percepción, Gascón Abellán²⁴ sostiene que *“las políticas restrictivas incentivan la acción de las mafias, siempre dispuestas a ofrecer al inmigrante ayuda para esquivar la legalidad. Pero no es solo eso, sino que, además, la inmigración ilegal resultante de tales políticas ha hecho realidad el contrato de esclavitud”*.

²⁴ GASCON ABELLAN, M. “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”. En: Jueces para la democracia. INSS 1133-06 27, nº 4 0, 2001, p. 4. Vid. SÁNCHEZ GAR CÍA DE PAZ, I. *La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*. La Ley, Nº 6254, 17 May. 2005, p.1.

Hechas estas consideraciones sobre la problemática actual de los fenómenos migratorios, conviene resaltar que un estudio razonable sobre dicha temática debe estructurarse desde una perspectiva dual en el sentido de valorar las situaciones y los sujetos envueltos en la conflictiva coyuntura que sugieren los desplazamientos humanos transfronterizos. Con esto queremos expresar que importa considerar que, por un lado, nos encontramos con los derechos inherentes a cualquier persona de aspirar a una vida mejor y por otro, los derechos y deberes que tienen los Estados soberanos de asegurar la protección y la estabilidad de los derechos de sus ciudadanos ante una concreta inmigración desproporcionada. En verdad, desde nuestro juicio, tanto la política migratoria como el derecho de emigrar están interconectados con los derechos básicos de ciudadanía, por lo tanto, en momento alguno no debemos alejarnos de la idea de que la cuestión que nos desafía se ubica en la paradoja democrática “*libertad y seguridad*”.

Por ende, nos parece oportuno citar la reflexión del Coronel de la Guardia Civil española, Jefe del Servicio de costas y fronteras, Munguía Fernández²⁵, quien expresa con sus palabras: “ *Nos enfrentamos ante un proceso de transformación social originado por la irrupción en nuestras comunidades de un elevado número de personas con una cultura, una educación, un nivel social y, en muchos casos, idiomas diferentes. De dicho proceso puede resultar una sociedad dividida, con grupos enfrentados y guetos de extranjeros, o una sociedad nueva, culturalmente más rica y económicamente más próspera, como fruto de un intercambio de fuerzas de trabajo y medios de vida dignos. Obtener uno u otro resultado depende, en gran medida, de la manera en que seamos capaces de regular el flujo migratorio y de la forma que tengamos de incorporar a quienes llegan y quieran incorporarse*”.

CAPÍTULO 2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

²⁵ MUNGUÍA FERNÁNDEZ, M. “Las fronteras exteriores y la inmigración ilegal (Ponencia V)”. En: *Panorama de la inmigración en España*. XVIII Seminario “Duque de Ahumada”. Ministerio del interior, 2006, p. 95.

El debate científico en torno a los fenómenos migratorios encuentra en la identificación conceptual parte importante de las discusiones. Es cierto que dichos fenómenos manifiestan similitudes y conexiones, sin embargo presentan naturaleza y fines diversos, por ello estimamos necesario precisar las definiciones desde las perspectivas de la normativa internacional, comunitaria y española para un mejor desarrollo interpretativo de la investigación en el sentido de concretar las principales diferencias entre el tráfico de personas, la trata de personas y la inmigración clandestina.

En este sentido, según contempla el Diccionario de la Real Academia Española, el verbo *traficar* posee tres acepciones. La primera lo define como comerciar, negociar con el dinero, y las mercancías. La segunda como andar o errar por varios países, correr mundo y la tercera como hacer negocios no lícitos. Teniendo en cuenta dicha interpretación semántica, es oportuno deducir que el tráfico ilegal de personas está asociado por un lado a un intercambio comercial de carácter ilícito, es decir, a una transacción económica en virtud de la cual la persona es tratada como objeto de intercambio comercial y por otro, a un traslado geográfico, por el cual la persona es transferida de un lugar a otro en función de las necesidades del mercado o de la producción²⁶.

En el contexto histórico, también es posible verificar la vinculación del tráfico de personas a los conceptos de comercio y traslado. De hecho, lo dicho se establece en la definición de trata de esclavos elaborada por la Convención de Ginebra de 1926²⁷.

Por su parte, la inmigración se define como llegar el natural de un país a otro para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas

²⁶ GARCÍA ARÁN, M. *Trata de Personas y Explotación Sexual*. Comares, Granada, 2006, p.15

²⁷ Vid. Artículo 1. "A los fines de la presente Convención se entiende que: 2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos".

colonias o domiciliarias e in las y a formadas, mientras que la clandestinidad se refiere a actuar al margen de la ley o de la autoridad.

Partiendo de una observación criminológica, Pérez Cepeda²⁸ sostiene que el fenómeno del tráfico ilegal de personas comprende, por una parte, todas aquellas conductas delictivas que favorecen la inmigración clandestina – *smuggling of migrants*, literalmente contrabando de inmigrantes y por otra parte, el traslado de personas con la finalidad de explotación sexual, laboral, en la mendicidad o cualquier otro fin degradante – introducir drogas, venta de órganos etc.- que se denomina trata de seres humanos – *trafficking in human being*.

Por otro lado, García Arán²⁹ argumenta que “ *si atendemos a la complejidad de las realidades criminológicas actuales, lo que se conoce como tráfico de personas es, en la mayoría de los casos, un largo proceso integrado por distintas fases, en las que los distintos actores intervienen como eslabones de una cadena, sin que compartan siempre la mismas finalidades. En el momento inicial del proceso, cuando la víctima decide trasladarse a otro lugar, pueden darse distintas situaciones que van desde la iniciativa propia, el consentimiento plenamente informado sobre las condiciones del traslado y el destino, hasta el engaño o la violencia utilizadas en la recluta. Caben asimismo, situaciones mixtas en las que el proceso se inicia legalmente y con pleno consentimiento, pero con posterior aparición de abuso y la explotación cuando se llega al destino. [...] En dicho proceso pueden darse actos de comercio, actos de transporte y actos de explotación o sólo alguna de estas clases*”.

Siendo así, resulta indudable que la determinación de los conceptos que se relacionan con el fenómeno migratorio, es decir, tráfico ilegal de personas, trata de personas e inmigración clandestina encierra significativa

²⁸ PÉREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*. Comares, Granada, 2004, p. 23.

²⁹ GARCÍA ARÁN, M. *Trata de Personas y Explotación Sexual*. Op. Cit., p. 13.

complejidad³⁰.

Bajo estos planteamientos, señala De León Villalba ³¹ que, “ *en el tratamiento teórico del problema, son varios los términos que se utilizan para describir las realidades que se intentan tratar, en muchos casos utilizando las locuciones de forma intercambiable, sin remarcar ningún tipo de especificidad en el fenómeno referido, lo cual no siempre resulta correcto*”.

Por lo tanto, conceptualizar tráfico ilegal de personas, trata de personas e inmigración clandestina desde la complejidad y la diversidad fenomenológica en que se ubica el actual movimiento migratorio exige que busquemos la determinación de estos términos desde varios planteamientos.

En este sentido, para establecer una mejor comprensión de la dinámica conceptual del tráfico ilegal de personas, de la trata de personas y de la inmigración clandestina es imprescindible observar el tratamiento normativo dado a estos conceptos en el ámbito internacional. Tal exigencia, según destaca Pérez Alonso ³², es necesaria no sólo por el compromiso internacional y europeo firmado por el Estado español que le condiciona a trasponer al nivel interno el contenido de los acuerdos sino también porque sirven de criterios

³⁰ *Ibidem.*, p. 11. Afirma que la complejidad del concepto de tráfico de personas contrasta con la facilidad de su utilización como si fuera un concepto claro, hasta el punto de que el artículo 318 bis del CPE se refiere a él sin definirlo y dando por supuesto sus límites conceptuales. Dicho precepto sanciona a quien promueve, favorece o facilita el tráfico ilegal de personas, sin definirlo y colocándolo junto al concepto de inmigración ilegal del que se supone se diferencia. Con ello deja planteado un difícil círculo vicioso: parece referirse a una realidad previa que da por sabida, bien en términos históricos, bien en términos criminológicos, pero si se delimita ésta a partir de la historia, la criminología o textos internacionales, resulta que no puede encajar en el concepto penal de “tráfico ilegal” porque el que maneja el Código resulta más amplio. Vid., CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER GOMEZ, M. “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”. Revista Cenipec. N.25. 2006, p.46, destacan que existen, en realidad, dos interpretaciones posibles acerca de lo que significa el tráfico ilegal de personas. Una primera pasa por considerar que está relacionado con el traspaso ilegal de las fronteras, lo que supondría o bien que no puede hablarse de tráfico de personas cuando se realiza dentro de las fronteras de un mismo país o entre países que tienen abiertas sus fronteras, o bien que, en tales casos, el comercio o tráfico de personas no resulta penalmente relevante. La otra opción supone entender que el tráfico ilegal de personas consiste, simplemente, en comerciar con personas, y existiría, por tanto, desde el momento en que la persona se convierte en una mercancía.

³¹ DE LEÓN VILLALBA, F. *Tráfico de Personas e Inmigración Ilegal*. Disponible en: TOL238.605 @www.tirantonline.com

³² PÉREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 151.

interpretativos de la legislación penal vigente. Además, advierte referido autor que *“la delimitación y concreción de los conceptos sobre el tráfico ilegal de personas acuñados a nivel internacional, guiados por el propósito de que tengan un alcance general y un contenido unificado, es fundamental para la lucha contra esta forma de delincuencia [...] y por ello tales conceptos deben merecer la máxima consideración y respeto, incluso, con la independencia de cuál sea la legislación penal vigente en un momento determinado en un país concreto”*.

Así, antes de precisar los conceptos determinados en esta investigación, trataremos de exponer las directrices conceptuales que auxilian en la caracterización de los aspectos implicados en la fenomenología de las actividades migratorias recogidas en los instrumentos formalizados en el ámbito internacional y europeo así como los dispuestos en el marco normativo español.

2.1. REFERENCIAS CONCEPTUALES DESDE LA NORMATIVA DE NACIONES UNIDAS.

En el contexto de Naciones Unidas, se destacan dos Protocolos que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo en el año 2000³³. Precisamente, el “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire” en el cual el tráfico ilícito de migrantes consiste en *“ facilitar la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”*³⁴ y

³³ Vid. A/RES/55/25 de 8 de enero de 2001. Dicho Protocolo ha sido ratificado por España y entró en vigor el día 28 de enero de 2004. Vid. Instrumento de Ratificación publicado en el BOE N° 295 de 10 de diciembre de 2003.

³⁴ En palabras de GERONIMI, E., “ Perspectivas sobre migraciones laborales”. Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, p. 9. Disponible en www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/pom/pom2s.pdf *“la referencia a un*

dispone que por "entrada ilegal" se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor y el "Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños"³⁵ que define la trata de personas como "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude o al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Estas explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos"³⁶.

Importante observar que en la versión en inglés de dichos Protocolos se utilizan las expresiones "*smuggling of migrants*" (contrabando de migrantes), en el caso del Protocolo sobre tráfico ilegal de migrantes, y "*trafficking in persons*" (tráfico de personas), en el caso del Protocolo sobre trata de personas, lo que permite establecer una diferencia entre tráfico o contrabando de migrantes y trata de personas³⁷.

beneficio financiero en el Protocolo fue hecha para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidos de ellas las actividades de todos los que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. Se señala, asimismo, que el Protocolo no pretendía penalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones religiosas de apoyo."

³⁵ Vid. A/RES/55/25 de 8 de enero de 2001. Dicho protocolo ha sido ratificado por España y entró en vigor el día 25 de diciembre de 2003. Vid. Instrumento de Ratificación publicado en el BOE N° 296 de 11 de diciembre de 2003.

³⁶ Se puede observar en que la primera definición se exige la entrada ilegal de la persona y en segunda que la entrada se realice con fines de explotación y mediando violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima.

³⁷ Vid. PÉREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina* Op. Cit., p. 154. Quien observa que "la terminología utilizada en los protocolos mencionados no ayuda a diferenciar ambos delitos, más bien induce a la confusión. El término tráfico ilícito de migrantes utilizado en el texto español, y el término "trafic illicite de migrants" utilizado en el francés, son más imprecisos que el término del texto inglés "Smuggling of migrants", que traducido al español sería contrabando de migrantes y que parece un término no muy adecuado a la actividad que se realiza. La confusión se agudiza cuando observamos la versión inglesa "trafficking in persons" frente al término de trata de personas en español o "traite des

2.2. REFERENCIAS CONCEPTUALES DESDE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA.

En el marco normativo de la Unión Europea, cabe destacar la Propuesta del Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea³⁸, elaborada por el Consejo de la Unión Europea, en una Comunicación de 14 de junio de 2002. En el referido documento, el Consejo señala que es necesario tener en cuenta las definiciones de los ya citados Protocolos que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, afirmando expresamente que tales definiciones expresan claramente que el tráfico va unido a la ayuda para el cruce de fronteras y la entrada ilegales. El tráfico, por lo tanto, siempre tiene un elemento transnacional. Éste no es necesariamente el caso de la trata, cuyo elemento fundamental es el propósito de explotación. La trata implica la intención de explotar a una persona, independientemente de cómo llega la víctima al lugar de la explotación.

Tales distinciones también se encuentran contempladas en la Decisión Marco 2002/629/JAI³⁹ relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y en la Decisión Marco 2002/946/JAI, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, tránsito y estancia irregulares,

personnes”; en francés. Realmente, parecería lógico haber traducido trafficking por tráfico o incluso explotación y smuggling por contrabando, en lugar de crear sin necesidad un galimatías terminológico que va a propiciar una confusión gratuita en la materia”. Vid. CANCIO MELIA Y MARAVER GÓMEZ. El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. Op. Cit. p.11. VILLA CAMPA ESTIARTE. C. El nuevo delito de tráfico de personas. La Ley, núm.5963/2004, p.5.

³⁸ Vid. DO C 142 de 14. 6.2002;

³⁹ Vid. DO L 203/1 de 1.8.2002434

y la Directiva 2002/90/CE⁴⁰ destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que establecen, respectivamente, qué se entiende por trata de personas y qué por tráfico ilegal de personas (migrantes).

El primer concepto alude a la realización de actos de captación, transporte, traslado, acogida, recepción, intercambio o traspaso de control de personas a través de determinados medios comisivos (coacción, fuerza o amenaza, rapto, engaño o fraude, abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, concesión o recibo de pagos o beneficios económicos) y que atentan contra la dignidad de la persona al estar dirigidos a su explotación laboral, sexual e incluso personal. Por esta razón el precepto declara la irrelevancia del consentimiento de la víctima.

En cuanto al tráfico ilegal de personas (migrantes) el citado documento la define como la entrada, tránsito o permanencia de un extranjero en el territorio de un Estado miembro vulnerando su legislación sobre entrada, tránsito o estancia de extranjeros. Dicho concepto alude al incumplimiento de las normas administrativas acerca de la entrada y la permanencia de extranjeros en los países de destino, puesto que el comportamiento consiste fundamentalmente en favorecer la entrada o tránsito de un ilegal en un Estado miembro de la Unión, así como favorecer la permanencia de éste siempre que concorra ánimo de lucro.

Analizando el contenido de las distintas iniciativas internacionales para frenar el tráfico ilegal de personas Torres Fernández⁴¹, concluye que, en cualquiera de sus formulaciones, *“el tráfico de personas es favorecer la entrada ilegal en un Estado a una persona que no es nacional del mismo, en unos casos se exige expresamente el ánimo de lucro, así el Protocolo de Naciones Unidas, mientras que en la Decisión Marco el ánimo de lucro sirve como criterio, junto a otros, para fijar la duración máxima de la pena privativa de libertad en ocho años, como mínimo”*.

⁴⁰ Vid. DO L 328/1 de 5.12.2002

⁴¹ TORRES FERNANDEZ, M.E. “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal”. *Op.Cit.*, p.8.

Por otro lado, Villacampa Estiarte⁴² advierte que el concepto de tráfico de personas no es aún pacífico, pues los instrumentos europeos relacionados con la lucha contra la trata moderna esencialmente no incluyen este vocablo en sus definiciones, siendo más usual la referencia a la trata de personas como concepto diverso al de inmigración clandestina.

2.3. REFERENCIAS CONCEPTUALES DESDE EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

En el ámbito del derecho español informa Pérez Alonso⁴³ que la ya mencionada complejidad es aún más visible debido a la confusión terminológica ocasionada por la traducción de los conceptos contenidos en los instrumentos normativos internacionales y europeos ya mencionados.

Conforme señala el Informe de la Fiscalía⁴⁴, *el Código Penal español a pesar de que ha sido reformado con posterioridad a la aprobación de los protocolos de Palermo y de las referidas normas comunitarias no sólo no ha sabido tipificar de manera separada y diferenciada la trata de seres humanos y los delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina, sino también puede afirmarse que tras las sucesivas reformas del Código Penal operadas por la*

⁴² VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Normativa Europea y regulación del tráfico de personas en el derecho penal español*. En: *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XX*, Tirant monografía 434, Valencia, 2006, p.97.

⁴³ PEREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. *Op. Cit.* p.153. Este autor considera ésta la causa de que no se definen y utilicen los conceptos legales con suficiente precisión en parte de la doctrina. En este sentido, conforme sostiene VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Normativa Europea y regulación del tráfico de personas en el derecho penal español*. *Op. Cit.* pp. 97ss para quien “*el esfuerzo interpretativo no esconde el hecho de que la reforma refleja la confusión de dos conceptos, los de trata de seres humanos e inmigración clandestina, suficientemente determinados en la normativa comunitaria*”. Destaca que si realmente lo que pretende el legislador es la adecuación de la normativa interna a las exigencias de armonización deducidas del Derecho comunitario, lo más correcto técnicamente sería permanecer fiel a las definiciones contenidas en la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/629/JAI.

⁴⁴ Informe de extranjería/ 2009 la Fiscalía General del Estado [delwww.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata...](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata...) P. 7

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (cuya Disposición Final Segunda introduce el artículo 318 bis), y la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que modifica la redacción de ese precepto, en España sólo estaría castigado con carácter muy restrictivo alguna modalidad de trata de seres humanos con fines de explotación sexual (ordinal segundo del artículo 318 bis CP) mientras que el delito de favorecimiento de inmigración clandestina estaría doblemente regulado de manera incomprensible e injustificada (artículo 318 bis CP y artículo 313 CP). Se trata, por lo tanto, de una “*defectuosa transposición de las normas internacionales por la Ley Orgánica 11/2003 que reforma del artículo 318 bis del Código Penal*”.

En efecto, la regulación establecida por el Código Penal, sin duda, sugiere algunas dificultades, pues todavía el legislador no ha propuesto un concepto legal de tráfico ilegal de personas que pueda colaborar con la interpretación de los supuestos implicados en el fenómeno delictivo redactado en el artículo 318 bis CP. Por ello, ante la omisión legislativa, la doctrina y jurisprudencia española se han dedicado a establecer criterios que faciliten la interpretación de los conceptos vinculados al delito en estudio.

Así, desde esta perspectiva, es posible verificar en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, varias interpretaciones referentes a los citados conceptos, incluso hay autores que observan una equivalencia conceptual entre tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina y por otro lado, hay autores que establecen diferencias entre los conceptos, atribuyendo al tráfico o un concepto más estricto que al de inmigración clandestina⁴⁵.

Siendo así, entre muchas opiniones, destacaremos, a título ejemplificativo, las siguientes: en la opinión de Pérez Cepeda “*el tráfico de seres humanos sería el género y comprendería el delito de tráfico de inmigración clandestina, que consiste en promover, favorecer o facilitar de*

⁴⁵ Vid. PEREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., pp. 248-269.

*algún modo la intermediación o el comercio de movimientos organizados de inmigrantes, y los tipos agravados de tráfico de personas cuando el tráfico se realiza con una finalidad de explotación de la persona traficada*⁴⁶. De modo similar Serrano Piedecosas ⁴⁷ entiende que los conceptos la inmigración clandestina y el tráfico ilegal son intercambiables. Asimismo, Cancio Meliá Y Maraver Gómez ⁴⁸ señalan que parece razonable pensar que el concepto de tráfico ilegal de personas que se utiliza en el artículo 318 bis CP es aquél que implica un traspaso ilegal de las fronteras y que, por tanto, no difiere del concepto de inmigración ilegal o inmigración clandestina.

En interés ante análisis, García España y Rodríguez Candela ⁴⁹ entienden por tráfico ilegal “ *el traslado de extranjeros de un país a otro por parte de terceros que los transportan, con o sin la anuencia de aquéllos, de igual forma que se traslada una mercancía de contrabando; mientras que la inmigración clandestina comprendería los supuestos en los que los propios inmigrantes extranjeros asumen su traslado*”. Resulta interesante dicho análisis, pues los autores establecen la diferencia considerando la posición en la que se coloque a los inmigrantes, esto es, si los inmigrantes son el objeto material de la acción que realiza un tercero estaríamos ante un supuesto de tráfico ilegal de personas. Con todo, si son los propios extranjeros los que realizan por sí mismos la acción de emigrar, entonces nos encontraríamos ante un caso de inmigración clandestina. Esta diferencia de conceptos permitiría que los supuestos de inmigración clandestina fueran acotados por el ámbito administrativo, mientras que las conductas de tráfico ilegal, en tanto que tendrían un mayor contenido de injusto al quedar en manos de terceros, pertenecieran al sector penal.

⁴⁶ PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal. Op. Cit.* p. 32. Para la autora, la opción del legislador es confusa, debería haber empleado en el tipo básico exclusivamente la expresión tráfico de personas.

⁴⁷ SERRANO-PIEDECASAS, J. R. *Los Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*. En: LOURENZO COPELLO, P. (coord.) *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 334.

⁴⁸ CANCIÓ MELIÁ, M./ MARAVER GÓMEZ, M. *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. Op. Cit.*, p.50.

⁴⁹ GARCÍA ESPAÑA, E. y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros*. LA LEY n. 2249/2002. pp. 7-8.

Desde el punto de vista de García Arán ⁵⁰, “*las notas básicas del tráfico de personas, tal como este concepto se maneja en el sentido sociológico y en los textos internacionales, están recogidas en los tipos cualificados y prácticamente vacían de contenido la referencia del tipo básico*”. En cuanto a promoción de la inmigración clandestina, son los principios de subsidiariedad del derecho administrativo y la necesaria consideración de la vulnerabilidad de la víctima como peligro para sus derechos, los que obligan a una interpretación igualmente restrictiva del tipo básico.

En su valoración Pérez Ferrer ⁵¹, aunque reconozca una relación estrecha entre el tráfico de personas y la inmigración clandestina, entiende que son dos conceptos que no se pueden confundir, ya que el primero alude a una conducta que no atenta contra la individualidad de las personas objeto de la misma, sino contra el cumplimiento de las normas administrativas acerca de la entrada y permanencia de extranjeros en países destino. El tráfico ilegal de personas, por su vez, comprende un sentido más estricto, hace referencia a la relación en la que se produce el sometimiento de una de las partes a la violación de sus derechos fundamentales, y en última instancia, a su dignidad. Por ello, aunque en el texto del artículo 318 bis del Código Penal dichos conceptos aparecen como fenómenos equivalentes, se trata de fenómenos distintos indudablemente vinculados entre sí.

Por fin, importa destacar los argumentos de Pérez Alonso ⁵² quien enfáticamente defiende la diferenciación de los conceptos de forma congruente y con todas sus consecuencias. Expresa este autor que la ley cuando recoge conjuntamente estos dos conceptos se está refiriendo a conductas distintas,

⁵⁰ GARCÍA, ARÁN, M. *Trata de Personas y Explotación Sexual. Op. Cit.*, p. 220. Expresa aún que la diferenciación entre el tráfico ilegal de personas y la inmigración clandestina tendría mayor sentido si ambas situaciones correspondiera una diferente solución penológica, puesto que en los casos de traslado numeroso de personas organizados por terceros pueden producirse afectaciones a derechos ya en el mismo hecho del traslado. Pero la equiparación legal del tráfico ilegal y la inmigración clandestina en el tipo básico les atribuye la misma pena, con lo que la diferenciación conceptual, conduce a la incriminación de supuestos con distinto grado de peligro para los derechos de las víctimas. *Ibidem*, p. 218.

⁵¹ PÉREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit.*, pp.65-66.

⁵² PÉREZ ALONSO. E.J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Op. Cit.*, p. 308.

relativas a realidades diferenciadas, que merecen una valoración propia y autónoma.

En estos términos, tras el análisis conceptual expuesto, podemos concluir y concretar las realidades de los movimientos migratorios en tres fenómenos: Tráfico ilegal de personas, trata de personas e inmigración clandestina.

Para Geronimi ⁵³ *“ambos delitos difieren en cuanto a los componentes y características de la acción típica: el tráfico implica la facilitación del ingreso clandestino de migrantes a un país extranjero, en tanto que la trata de migrantes incorpora elementos necesarios de coerción y explotación, sin perjuicio de que puede también verificarse dentro de las fronteras del mismo Estado”*.

Asimismo, el Consejo de la UE considera *“que la adopción por parte de las Naciones Unidas de dos protocolos distintos, respectivamente, sobre la trata de personas y sobre el tráfico ilícito de inmigrantes, pone de relieve la complejidad de las distintas formas de desplazamientos ilícitos de personas que realizan las organizaciones delictivas internacionales. Mientras que el tráfico ilícito de inmigrantes podría considerarse un crimen contra el Estado y con frecuencia supone un interés compartido entre el traficante y el inmigrante, la trata de seres humanos constituye un crimen contra la persona, cuya explotación tiene proyecto”⁵⁴*.

Las diferencias entre las referidas conductas son notables, sobre todo si tenemos en cuenta la última reforma realizada en la legislación penal por la LO 5/2010 de 22 de junio que tipifica la trata de personas como un delito autónomo en el artículo 177 bis del Código penal en que se castiga el comercio de personas, con independencia de su nacionalidad y del espacio geográfico

⁵³ GERONIMI, E. *Perspectivas sobre migraciones laborales*. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes. *Op.Cit.*, p. 42.

⁵⁴ Vid. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO Lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Disponible en: www.acnur.org/biblioteca/pdf/1235.pdf

en el que se desarrolle⁵⁵.

Siendo así, en lo que respecta a la trata de personas, las conductas delictivas son más amplias que las relacionadas al tráfico ilegal de personas. La trata, además del traslado con intención de explotación sexual o laboral, incluye otras conductas como captar, o recepcionar las personas. Por otro lado, en el tráfico de personas suele haber el desplazamiento de personas de un país a otro. Así, el tráfico es una conducta transnacional, en cambio, en la trata, no se exige dicha transnacionalidad, ya que puede realizarse incluso dentro de un mismo país.

Otra significativa distinción entre las citadas conductas reside en el consentimiento. Para que haya la trata de personas es necesario la anulación o falta de consentimiento o de la víctima que suele obtenerse a través de medios coercitivos para anular la voluntad de la víctima, es decir, coacciones, amenazas, intimidación, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo, entre otros. Por su parte, en el tráfico ilegal de personas, el migrante suele consentir en el traslado.

Cuanto a las similitudes entre las referidas conductas, en ambas suele darse el aprovechamiento de la necesidad de mejorar condiciones de vida a través de la migración, la vulneración de los derechos fundamentales y sobre todo, el comercio ilegal con seres humanos.

Por ende, en lo que respecta a la inmigración irregular, clandestina o ilegal, el inmigrante actúa por su propia cuenta o, en su caso, auxiliado por otras personas que, con un ánimo fundamentalmente solidario, favorecen la entrada y/o permanencia del extranjero en el país en desacuerdo con la normativa administrativa de extranjería.

Para efectos de esta investigación, como nuestro objetivo es

⁵⁵ Vid. MARAVER GOMEZ, M. Capítulo 15. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Memento Experto. Reforma Penal Ley Orgánica 5/2010*. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010, p. 3216. Según el autor, se cubre así la laguna que existía anteriormente cuando se intentaba vincular esta modalidad delictiva con el favorecimiento de la inmigración ilegal, configurándola como una modalidad agravada de este último delito y limitada, por tanto, a los casos en los que las víctimas de la trata eran ciudadanos extranjeros sin derecho a entrar o permanecer en España.

analizar, en concreto, el delito relacionado al desplazamiento irregular, ilegal o clandestino de personas hacia otros países realizados por la criminalidad organizada, utilizaremos los términos tráfico ilegal de personas y tráfico ilícito de migrantes para referirnos a la conducta relacionada al contrabando de migrantes, o sea, al *smuggling of migrants*. La opción por el término tráfico ilegal de personas se justifica por ser ésta la terminología utilizada por la legislación española, así que, por esa razón la mencionaremos en este trabajo, sin embargo, queremos resaltar que aunque el tipo penal lo disponga, nos parece más apropiado el término tráfico ilícito de migrantes, pues es posible distinguir con mayor precisión las figuras delictivas relacionadas al desplazamiento transfronterizo de personas ya que la conducta del tráfico ilegal de personas suele ser más amplia.

***PARTE II- BASES DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA
SOCIEDAD POSTMODERNA.***

CAPÍTULO 1: PERSPECTIVA GENERAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO.

1.1. Globalización y Criminalidad.

Bauman⁵⁶ inicia su libro *Globalización. Las consecuencias humanas*, diciendo que “*la globalización está en boca de todos. Una doctrina que se está quedando rápidamente anticuada, un encantamiento mágico, la llave que ha de abrir las puertas de todos los misterios presentes y futuros. Para algunos, la globalización es lo que estamos obligados a hacer si queremos ser felices. Para otros, es la causa de nuestra infelicidad. Pero para todos, la globalización es el difícil e irresoluble destino del mundo, un proceso irreversible⁵⁷, un proceso que nos afecta a todos en la misma medida y de la misma manera. Todos estamos siendo globalizados, y ser globalizados significa esencialmente*

⁵⁶ BAUMAN, Z. *La globalización. Consecuencias humanas*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999, p.7.

⁵⁷ Vid. BECK, U. *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, 1998, p. 31. Quién apunta ocho razones por las cuales la globalización es irreversible la globalidad: 1. El ensanchamiento del campo geográfico y la creciente densidad del intercambio internacional, así como el carácter global de la red de mercados financieros y del poder cada vez mayor de las multinacionales. 2. La revolución permanente en el terreno de la información y las tecnologías de la comunicación. 3. La exigencia, universalmente aceptada, de respetar los derechos humanos -también considerada (de boquilla) como el principio de la democracia. 4. Las corrientes cíclicas de las industrias globales de la cultura. 5. La política mundial posinternacional y policéntrica: junto a los gobiernos hay cada vez más actores transnacionales con cada vez mayor poder (multinacionales, organizaciones no gubernamentales, Naciones Unidas). 6. El problema de la pobreza global. 7. El problema de los daños y atentados ecológicos globales. 8. El problema de los conflictos transculturales en un lugar concreto.

lo mismo para todos los que son globalizados”.

Ciertamente, como nos explica el citado sociólogo, la globalización ha producido muchos cambios sociales en diversos ámbitos. Se trata de un fenómeno histórico impulsado, sobre todo, por la expansión del capital productivo y financiero cuyas consecuencias generaran una mayor integración de los mercados y la interdependencia económica de los países. Un fenómeno que se manifiesta adentro, influyendo aspectos íntimos y personales de nuestras vidas⁵⁸. Sin embargo, como señala Morillas Cueva⁵⁹, escribir sobre globalización es sumamente complejo. Es un fenómeno relativamente nuevo, que está sin concluir, en continuo proceso de transformación, poco homogéneo y que incide de manera desigual en factores tales como la economía, la cultura, la política, el derecho, etc. Por todo ello su concreción conceptual no es pacífica.

Vogel⁶⁰, en su valoración, expresa que la globalización comprende esencialmente los siguientes aspectos: a) La génesis de los mercados globales, en los que los agentes económicos, especialmente las empresas transnacionales, se comportan con gran libertad a escala mundial. b) El nacimiento de una conciencia política orientada a la protección de los intereses de la humanidad en su conjunto y no, únicamente, de los intereses nacionales y c) La gestación de una comunidad de destino global que Vogel divide en tres aspectos: una comunidad de violencia (desde la perspectiva del autor); una comunidad de necesidad y sufrimiento (desde la perspectiva de la víctima) y, finalmente, una comunidad de cooperación.

⁵⁸ GIDDENS, A. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro, Record, 2000, p. 22. Vid. DE FARAMIÑAN GILBERT, J. M., *Globalización y transformación del modelo estatal*. En: *Globalidad y delincuencia. Prevención y respuestas*. Publicaciones de la Fundación Policía Española. Colección Estudios de Seguridad, 2008, pp. 41-50.

⁵⁹ MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal*. Dykinson. Madrid. 2010, p. 126.

⁶⁰ VOGEL, J. *Derecho penal y globalización*. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 9 (2005), ed. y trad. CANCIO MELIA, M. Universidad Autónoma de Madrid p. 114-115.

La globalización, por lo tanto, consiste en los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios⁶¹.

En este complejo panorama, observa aún Bauman⁶², que la globalización, entre muchas otras consecuencias, marca nuevas pautas en las divisiones entre “*los de arriba*” y “*los de abajo*”. Para el habitante del primer mundo, se desmantelan las fronteras nacionales tal como sucedió para las mercancías, el capital y las finanzas mundiales. Para el habitante del segundo, los muros de controles migratorios, leyes de residencia, políticas de calles limpias y aniquilación del delito se vuelven cada vez más altos.

En verdad, los efectos de la globalización son perceptibles en casi todos los ámbitos de la vida de las personas, no obstante, ante las imprecisiones y divergencias sobre el concepto de globalización, hay un consenso en que se trata de un proceso inacabado, no obstante, en algunos aspectos, irreversible, marcado por las comunicaciones instantáneas que reducen las distancias, por la unificación de los espacios de reproducción

⁶¹ BECK, U. *¿Qué es la globalización?* Op.Cit., p. 10. Vid., en sentido similar: ZAFFARONI, E.R. *Globalización y Sistema Penal en America Latina: De La Seguridad Nacional a la Urbana*. Revista Brasileira de Ciências Criminales. Nº 20 – Outubro /Dezembro. RT. São Paulo/SP. 1997. p. 18/19. Por tal puede entenderse: a) una ideología y b) una realidad del poder. a. La ideología es el sistema de ideas que quiere explicarnos algo de la realidad; En este caso se trata de la ideología del mercado mundial: una irrestricta eliminación de barreras y proteccionismos generaría un mercado mundial que se equilibraría por sí mismo y produciría un efecto de crecimiento planetario. La competencia ilimitada produciría la libertad para el desarrollo de las actividades más rentables y provocaría una distribución internacional del trabajo que beneficiaría a todos. Por supuesto, este beneficio sería a costa del sacrificio de los emprendimientos no rentables, que no tendrían razones para subsistir y que son considerados como el lastre que impide el crecimiento. b. La globalización como realidad tiene como caracteres propios, cuanto menos los siguientes: a) el dominio a través de medidas e imposiciones económicas (pago de deudas externas siderales); b) la reducción de la violencia bélica entre las potencias líderes y el fomento de conflictos entre algunas de las subalternas; c) el desempoderamiento de los estados nacionales; d) la concentración del poder planetario en corporaciones transnacionales (pocos cientos); e) la producción de desocupación estructural; f) población marginalizada que se desplaza desde la periferia al centro y entre las propias periferias; g) producción de serios riesgos de catástrofe ecológica (porque la exportación sucia a las zonas subalternas sólo retrasa los efectos de ésta), de estallidos sociales violentos (porque margina del sistema productivo a amplios sectores, sin perspectivas de incorporación como la acumulación originaria) o de crisis financieras (por efecto de una acumulación que en buena parte se asienta en especulación y encarecimiento de cosas y servicios con exclusivo resultado de prohibiciones con las que se interviene en los mercados.

⁶² BAUMAN, Z. *La globalización. Consecuencias humanas*. Op. Cit. pp. 117/118.

social, por la proliferación de los movimientos migratorios y los cambios en la estructura político-económica multipolar que supone nuevas fuentes de cooperación y conflicto tanto en el movimiento de capital como en el desarrollo del sistema mundial⁶³.

La globalización, por lo tanto, evoca la idea de internacionalización de las relaciones entre las sociedades, un interrelacionamiento entre los Estados nacionales de modo que es posible identificar una sola región, un sólo mundo, o sea, una aldea global⁶⁴.

Y es exactamente esa comprensión de espacio y tiempo que redefine los nuevos paradigmas de los Estados, sociedades, culturas y del Derecho en este siglo. Un Derecho marcado por una nueva geografía mundial cuya la supranacionalidad y los procesos de integración son dos de sus características que modifican el paradigma actual de la ciencia jurídica.

En este sentido, es cierto que la globalización ha facilitado la expansión de las relaciones comerciales, de las ciencias, de las telecomunicaciones e, incluso ha colaborado con una conciencia global hacia los derechos humanos, sin embargo también ha provocado un declive en el poder de los Estados, lo que ha generado una inseguridad jurídica y por consecuencia, una crisis de la confianza en el Derecho como solución para los problemas sociales⁶⁵.

Tal coyuntura revela que el proceso de globalización no implica propiamente en universalización, al menos no en el sentido en que se puede hablar de universalismo como un progreso moral, como el ideal de emancipación humana⁶⁶. Como advierte De Lucas⁶⁷, el modelo de la

⁶³ FARIA, J. E. *El derecho en la economía globalizada*, trad. de Carlos Lema Añón, Madrid, Trotta, 2001. p. 49.

⁶⁴ El escritor canadiense Marshall McLuhan, llamó "aldea global", al fenómeno de interrelación de los habitantes del planeta, por la cual, la población mundial forma una sola comunidad.

⁶⁵ Vid. NAVARRO, V. *Bienestar insuficiente, democracia incompleta: sobre lo que no se habla en nuestro país*. Barcelona, Anagrama, 2003, p. 28 -31, quien atribuye a la globalización un carácter neutral, sosteniendo que este no es intrínsecamente positivo o negativo, sino que depende de quien lo controle.

⁶⁶ DE LUCAS, J. *Globalización e identidades*. Icaria. Barcelona. 2003, p. 35.

globalización es incompatible con el proyecto de la universalidad, de la misma manera y por las mismas razones que la lógica del mercado, cuya extensión global es el emblema del proyecto globalizador, es incompatible con la lógica de los Derechos universales de los seres humanos. Señala el citado autor que *“el discurso de la globalización en relación con los Derechos, en lugar de ser un movimiento de universalización, se traduce en el progresivo condicionamiento de estos. Mientras que los Derechos de los sujetos universales de la globalización no se ven afectados, el resto de la población sufre crecientes restricciones: las derivadas de la ciudadanía nacional, de la supeditación al mérito o a la capacidad, a la racionalidad instrumental o económica”*.

En efecto, si nos ceñimos a las consecuencias de la globalización en el ámbito del sistema penal, podemos verificar que éstas son evidentes, pues paralelo a los procesos de globalización corre también el fenómeno de la internacionalización del delito y, consecuentemente, el de la internacionalización de la política criminal y del derecho penal que encuentra en los delitos transnacionales su mejor concreción⁶⁸.

⁶⁷ *Ibidem.*, Vid., en sentido similar: TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Sistema penal e inmigración*. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Coord.) *Serata: in memoriam Alexandri Batta*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2004, pp. 1164-1165 afirma que, *“la política criminal que se instaura en la era de la globalización tiene las características de una desregulación. Esto es, no ya la desaparición del Estado, sino su funcionalización conforme a los imperativos sistémicos de la globalización”*. Sostiene así mismo que la ideología que identifica a este nuevo orden es la primacía de los intereses privados, en detrimento de los valores de convivencia cuya garantía y promoción corresponde al Estado, donde el criterio rector de toda valoración, incluidas las políticas criminales, se identifica con el éxito, tanto mejor cuanto más rápido y fácil.

⁶⁸ RODRÍGUEZ MESA, M. J. *Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2007, núm. 09-10, p.5. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf> Advirte que el fenómeno de la globalización no significa solamente la necesidad de hacer frente a un nuevo tipo de delincuencia organizada. Importa considerar las relaciones Derecho penal-globalización y analizar otros fenómenos que también se producen en las esferas cultural y jurídica de las sociedades. Vid., en este sentido MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal*. Ley penal. Op. Cit. p. 127. El autor esboza: *“¿Qué será del Derecho penal? En principio es de prever que la globalización como fenómeno esencialmente económico derive también hacia la mundialización de determinadas manifestaciones delictivas- como pueden ser a título de ejemplo, la delincuencia organizada en general y el terrorismo en particular- que requieran de respuestas transnacionales. Se produce, en definitiva la globalización del crimen y una globalización de las respuestas frente al crimen”*.

Así las cosas, no se puede negar que uno de los efectos perversos de la globalización es, sin duda, el desarrollo con dimensiones que no tienen precedente de una criminalidad transnacional, es decir, de una criminalidad global o globalizada, en el sentido de que la misma, por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla solamente en un único país o territorio estatal, sino, a escala transnacional o incluso planetario⁶⁹.

Esta criminalidad global es la causa y efecto de una profunda crisis del Derecho que se proyecta en la frágil credibilidad del Derecho y en su impotencia para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización⁷⁰. En palabras de Ferrajoli⁷¹ *“la crisis actual del Derecho penal producida por la globalización consiste en el resquebrajamiento de sus dos funciones garantistas: la prevención del delito y la prevención de las penas arbitrarias; las funciones de defensa social y, al mismo tiempo, es sistema de las garantías penales y procesales”*.

Siendo así, teniendo en cuenta lo aludido, podemos deducir que la Ciencia penal experimenta un difícil momento que compromete los rasgos definitorios de su propia identidad⁷². En efecto, la crisis⁷³ que se plantea en la

⁶⁹ FERRAJOLI, L. *Criminalidad y globalización*. En: Claves de razón práctica, N° 152, 2005, p.71. Vid., del mismo autor: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotá. Madrid. 2006, pp. 15ss.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 72. Vid. DEMETRIO CRESPO, E. *Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo*. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F (Coord.) *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004. p. 1033, *“la expresión “Derecho penal en crisis” o la “crisis del Derecho penal”, frecuente hace algunos años, se refiere a un “déficit de legitimidad”, que, sin embargo, a la luz de la expansión actual del mismo, produce una paradoja notable, dado que, contemplado desde la perspectiva de la inflación legislativa, se diría que el Derecho penal goza de buena salud”*.

⁷¹ *Ibidem.*, p. 73.

⁷² Vid., LANDROVE, DÍAZ, G. *El nuevo Derecho penal*. Tirant monografías, Valencia, 2009, p. 17 El autor advierte que corren malos tiempos para los derechos humanos y las libertades ciudadanas, y no sólo en España, como consecuencia de una perversa globalización, también denominada pensamiento único, que sin encontrar apenas resistencia, progresivamente arrinconando el modelo democrático. Malos tiempos que se reflejan, también, en el ámbito del Derecho penal, en la creciente severidad de las respuestas represivas y en la paralela y progresiva ausencia de garantías; hasta el punto de que ebase principios fundamentales e irrenunciables, como el de proporcionalidad, legalidad, mínima intervención o humanidad, procediéndose a una revisión del arsenal punitivo que tiene mucho que de regresiva.

⁷³ Vid. SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Editorial B de F, Montevideo, 2010, p. El autor explica que la expresión “Derecho Penal en crisis” o la “crisis

actualidad no deriva de la convicción de que es preciso someter a constante análisis el ejercicio del *ius puniendi* para resolver sobre su posible limitación: lo que ha constituido la idea rectora de la comprensión del Derecho penal ilustrado por parte de los penalistas. Por contra, se trata precisamente de una crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo al Derecho penal para que éste se encuentre supuestamente en condiciones de afrontar con éxito y de forma expeditiva la misión de lucha contra una criminalidad cuyo incremento en cantidad y dañosidad se afirma⁷⁴.

Observa, no obstante, Vogel⁷⁵ que la relación entre Derecho penal y globalización es un tema que atiza emociones, pues, aunque existan fuertes críticas hacia los cambios provocados por la globalización en el derecho, también encontramos a entusiastas partidarios de un derecho penal global, por lo que opina el referido autor que es necesario eliminar las emociones y también, al menos en parte, el contenido grandilocuente; “*de un lado, los defensores de la herencia, limitadora del Derecho penal, de la Ilustración y del liberalismo político; del otro, los salvadores de la humanidad, torturada por la macroadelincuencia de los poderosos en política y economía*”⁷⁶. Para este autor, la globalización más que modificar la criminalidad, ha modificado la percepción de determinadas formas de criminalidad que son consideradas como un problema global aunque en sí mismas no tengan esta dimensión⁷⁷.

del Derecho Penal”, frecuente hace algunos años, se refiere a un “déficit de legitimidad”, que, sin embargo, a la luz de la expansión actual del mismo, produce una paradoja notable, dado que, contemplado desde la perspectiva de la inflación legislativa, se diría que el Derecho Penal goza de buena salud. Por otra parte, la doctrina entiende que, junto a esta crisis de legitimación, se puede hablar de una crisis de identidad de la Ciencia Penal, y, su vez, de una crisis epistemológica o de validez científica.

⁷⁴ Prólogo a la edición española de *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000, p. XI. Vid. MORILLAS CUEVA, L. Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley pen al. Op. Cit., pp. 126 ss; ROBLES PLANAS, R./ SANCHEZ -OSTIZ, P. La crisis del Derecho penal contemporáneo. Atelier, 2010

⁷⁵ VOGEL, J. Derecho penal y globalización. Op. Cit., p. 113.

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 114

⁷⁷ *Ibidem.* Vid., al respecto QUINTERO OLIVARES, G. *El Derecho Penal ante la globalización*. En: ZUÑIGA RODRIGUEZ, L/ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C / DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. *El Derecho Penal ante la globalización*. Op. Cit., pp. 11-25.

Pues bien, estas consideraciones nos permite afirmar que los procesos globalizadores inciden de forma significativa sobre las estructuras institucionales, políticas, económicas y subjetivas de la sociedad moderna influenciando la criminalidad actual que frente a la mundialización de los mercados económicos, de las comunicaciones y de los transportes establecen flujos comerciales y migratorios a una escala planetaria con una velocidad, intensidad y capacidad de impacto sin antecedentes en la historia lo que, junto a la ausencia de fronteras nacionales, propician el incremento y proliferación de las formas delictivas en el espacio global, en especial, de las organizaciones criminales transnacionales⁷⁸. Esta delincuencia, según apunta Pérez Cepeda⁷⁹ se manifiesta a través de las siguientes estrategias delictivas concurrentes: a) *la actuación en el plano internacional permite el acceso a mercados de bienes ilícitos muy lucrativos ante el enorme valor añadido;* b) *la posibilidad de explorar puntos vulnerables en la sociedad de desarrollo y en las democracias emergentes;* c) *la posibilidad de canalizar beneficios de origen delictivo mediante un sistema financiero global en el que con la reducción o eliminación de controles es más difícil seguir el rastro;* d) *la capacidad de operar a distancia reduce al mínimo del riesgo penal, ya que la organización puede realizar su actividad allí donde la sanción penal es menor o nula.*

En la misma línea de raciocinio, Silva Sánchez⁸⁰ expone que las características de la criminalidad de la globalización son dos: desde el punto de vista estructural, se trata de una criminalidad, en sentido amplio, organizada. Es decir, que en ella intervienen colectivos de personas estructurados jerárquicamente, ya sea en las empresas, ya incluso en la forma estricta de la organización criminal. Desde el punto de vista material, la criminalidad de la

⁷⁸ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *Principales lineamientos político criminales de la asociación internacional de Derecho penal en un mundo globalizado*. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, N.º 20 – 2006, pp. 6ss Vid. CASTELLS, M. *La era de la información. Fin de Milenio*. Vol. 3, Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 199 “el delito global”, la interconexión de poderosas organizaciones criminales y sus asociados en actividades conjuntas por todo el planeta es un nuevo fenómeno que afecta profundamente a la economía, la política y la seguridad nacionales e internacionales y, en definitiva, a la sociedad en general.

⁷⁹ PEREZ CEPEDA, A. I. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid, Lustel, 2007. Op. Cit. p. 110.

⁸⁰ SILVA SANCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal*. Op. Cit., p. 87

globalización es criminalidad de sujetos poderosos, caracterizada por la magnitud de sus efectos, normalmente económicos, pero también políticos y sociales. Su capacidad de desestabilización general de los mercados así como de corrupción de funcionarios y gobernantes son rasgos evidentes.

En lo que respecta a la Unión Europea, las consecuencias de la globalización son notables. Concretamente, en el ámbito penal, no sólo la eliminación de fronteras interiores consecuencia de la libertad de circulación sino, y cada vez más, la porosidad de las barreras territoriales provocada por la globalización está facilitando la criminalidad transnacional. Por ello, la Comisión Europea ha pronunciado que “ *en un mundo globalizado, es esencial que los países de la Unión Europea colaboren eficazmente para combatir el crimen y el terrorismo internacionales. Todo esto garantizará que la Unión Europea sea efectivamente un Espacio único de libertad, seguridad y justicia para todos*”⁸¹.

Es evidente que la delincuencia organizada se ha globalizado convirtiéndose en una de las primeras potencias económicas y armadas del mundo. Según el último Informe de la UNODC sobre “*La globalización del delito: evaluación de la amenaza que plantea la delincuencia organizada transnacional*”⁸² presentado en junio de 2010, los flujos ilícitos afectan al mundo entero, es decir, actualmente el mercado de la delincuencia abarca a todo el planeta: los productos ilícitos provienen de un continente, se trafican a través de otro, y se comercializan en un tercero.

En medio de esta compleja coyuntura político-social, una de las principales manifestaciones de esta criminalidad transnacional son los delitos producidos en el contexto de movimientos migratorios, es decir, el tráfico de migrantes y la trata de personas. Curioso es que la fenomenología delictiva de las migraciones se enmarca en una visible paradoja pues, tales delitos se incrementan en un espacio global cuyas fronteras, en teoría, ya son

⁸¹ Vid. Libertad, seguridad y justicia para todos. Justicia y asuntos de interior en la Unión Europea, Comisión Europea, 2004. Disponible en: http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/42/index_es.htm

⁸² Vid. Informe de la UNODC sobre la Globalización del Delito: evaluación de la amenaza que plantea la delincuencia organizada transnacional presentado y publicado en junio de 2010. Capítulo 3- *Smuggling of migrants*, pp 55-77

intangibles. Sin embargo, cuando se trata del desplazamiento humano, los límites además de tangibles son rigurosamente vigilados, es decir, “las fronteras se abaten para unos y se alzan más fuertes para otros⁸³”.

Y lo curioso en este contexto es que las restrictivas políticas migratorias de los países desarrollados parecen no inhibir el proyecto de una vida mejor. Los migrantes, en la búsqueda por mejores condiciones de vida intentan a cualquier coste entrar en los países destino aunque tengan que someterse a las mafias dedicadas al tráfico ilícito de migrantes o a personas sin escrúpulos que lucran promoviendo el traslado ilegal. En ocasiones los inmigrantes sólo pueden pagar una parte del precio y retrasar el pago hasta que los esperados ingresos de su nueva vida les permitan cancelar la deuda. Si el dinero no llega, las mafias ponen en marcha distintas fórmulas de extorsión que desembocan en la explotación sexual, en secuestros o en asesinatos. También existe el riesgo de que estos inmigrantes que están desprovistos de visado, con documentos falsos o simplemente sin documentos del país de origen, sean utilizados por la criminalidad organizada para el transporte de droga y el contrabando a los países desarrollados⁸⁴.

Tal coyuntura, resulta, al menos, contradictoria, si tenemos en cuenta que el incremento de los actuales flujos migratorios responde tanto a la existencia de un espacio desigualitario⁸⁵ que acentúa las relaciones de poder

⁸³ DE LUCAS MARTÍN, F., J. *Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración*. En: MIRAUT MARTÍN, L., (Ed.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, p. 18.

⁸⁴ PEREZ CEPEDA, A. I. *Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas*. p. 121. Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link&codigo=291303&orden...

⁸⁵ Vid. ZAFFARONI, E. R. *“El enemigo en el Derecho Penal”*, Ediar, Bs.As., 2006, p.71, el autor argentino plantea que vinculado al fenómeno de profundización de la desigualdad de ingresos y relacionándolo con el de expansión del discurso único del nuevo autoritarismo, una hipótesis a investigar: “pareciera que a medida que la riqueza se polariza, avanza la anomia en el sentido originario de Durkheim y el discurso populachero grosero y primitivo tiene mayor aceptación porque parece compensar la seguridad perdida a causa de la globalización: la sociedad pierde cohesión y está ávida de un discurso que se la devuelva, por primitivo, vindicativo y völkisch o populachero que sea; se cohesiona detrás de un discurso simplista que clama por la venganza lisa y llana. Dado que el mensaje es fácilmente propagado; que se facilita desde el exterior; que es rentable para los empresarios de la comunicación social; que es funcional para el control de los excluidos; que tiene éxito entre ellos mismos; y que satisface a las clases medias en decadencia, no es raro que los políticos se apoderen de él y hasta se lo disputen. Como el político que pretende confrontar con este discurso es de scalificado y marginado de su propio

asimétricas, es decir, la concentración de poder en manos de unos pocos, la marginalización y empobrecimiento extremo de regiones enteras, como también a la mundialización y facilitación de los medios de comunicación y transporte.

Este panorama global permite el incremento de las actividades delictivas de las organizaciones criminales que facilitan y favorecen el proceso de migración irregular, disponiendo a disposición de los migrantes los medios necesarios para entrar en los países destino. Se trata, innegablemente, de una actividad ilícita creciente que se ha convertido en una amenaza para los derechos de los inmigrantes así como también para la seguridad de los Estados⁸⁶. Según el último informe de Naciones Unidas sobre la globalización del crimen, hay aproximadamente 50 millones de migrantes internacionales en situación irregular en el mundo actualmente y, buena parte de estos migrantes pagan a las redes organizadas para auxiliar el cruce ilegal fronteras⁸⁷.

partido, si no lo asume por cálculo electoralista lo hará por temor, y, de este modo, por oportunismo o por miedo, se impone el discurso único del nuevo autoritarismo”

⁸⁶ BERIAIN, J. (coord.) *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Anthropos. Barcelona, 1996 p. 13. Destaca el autor que “en las sociedades modernas avanzadas se produce una coexistencia problemática entre dos modernidades, la de la expansión de las opciones y la de la expansión de los riesgos.”

⁸⁷ Vid. Informe de la UNODC sobre la Globalización del Delito: evaluación de la amenaza que plantea la delincuencia organizada transnacional presentado y publicado en junio de 2010. Capítulo 3- *Smuggling of migrants*, pp 55-7: La cantidad que pagan varía en función de los servicios requeridos. El costo de la travesía para las Islas Canarias está en el rango de 2.000 € a 2.500 €. Como la mayoría de los migrantes compra de este servicio, los contrabandistas pueden ganar entre 10-140 millones de dólares al año. En el caso de los inmigrantes subsaharianos, a menudo es necesario comprar también el paso por el desierto. En suma, los contrabandistas que realizan el movimiento de migrantes de África a Europa probablemente recaudaron alrededor \$150 millones en 2008.

1.2. Riesgo y seguridad: La dicotomía del discurso por más Derecho penal.

Es cierto que en los tiempos actuales, en las sociedades occidentales desarrolladas, la seguridad se ha convertido en un tópico político-criminal de primer orden. Los conceptos de riesgo y seguridad están en cualquier análisis sobre política criminal, sobre la protección jurídico-penal de bienes jurídicos, sobre el control social del Derecho Penal⁸⁸. De hecho, las discusiones dogmáticas y políticas criminal es en la actualidad giran en torno a los términos como el Derecho penal del riesgo, expansión o modernización y, incluso administrativización de Derecho penal. Dichos términos, desde nuestra perspectiva, se relacionan directamente con la compleja fenomenología de la sociedad global del riesgo.

⁸⁸ PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *La seguridad como objetivo políticocriminal del sistema penal*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, N 20, 2006, p. 131. Observa el autor que son múltiples las explicaciones de índole sociológica y política que se sugieren para dar cuenta de este fenómeno, de este cambio de paradigma en el pensamiento político-criminal. Explicaciones psicológico-sociales, ancladas en las ansiedades propias de las sociedades complejas, abiertas y pluralistas. Explicaciones más sociologistas y economicistas, sobre la base de los conflictos sociales generados por el desarrollo tecnológico, por la desigualdad, por el desempleo y la precariedad, por la marginación social, por la inmigración y por la globalización, con graves amenazas para la subsistencia misma de la civilización occidental (y tal vez, incluso, de la vida humana en el planeta) y con amplios grupos de personas a las que se les niega la condición efectiva de ciudadanía y el disfrute de muchos de sus derechos humanos. Y, en fin, explicaciones más políticas, algunas más escoradas hacia la interpretación conspiratoria (el miedo como instrumento de cohesión social y de distracción de otros asuntos y problemas) y otras menos (la seguridad como una de las pocas áreas comunes en las que, en los regímenes políticamente pluralistas, resulta posible hallar un consenso más o menos generalizado de votantes, grupos de presión, opinión pública y líderes políticos y que, por ello, constituiría un punto de apoyo imprescindible para la gobernanza en el seno de los mismos). Como quiérase, pienso que es imprescindible a sumir que el tópicos de la seguridad se ha introducido entre nosotros para quedarse. Y que, en todo caso, su hipotética – e incierta – desaparición futura de los discursos político-criminales de penderá antes de que pueda volver a producirse en las sociedades occidentales desarrolladas otra transformación social profunda, como aquella de la que hemos sido testigos en las tres últimas décadas, que de la actitud que los expertos adoptemos ante él.

Según señala Pérez Daza⁸⁹ “la idea de riesgo supone una sociedad que trata activamente de romper con su pasado, la característica fundamental, en efecto, de la civilización industrial moderna. Luego entonces, el riesgo es la dinámica movilizadora de una sociedad volcada en el cambio que quiere determinar su propio futuro en lugar de dejarlo a la religión, la tradición o a los caprichos de la naturaleza”.

Teniendo en cuenta tal planteamiento pero, sin pretensión de exhaustividad, el análisis que a continuación se desarrolla parte de los cambios epistemológicos y políticos producidos por la globalización esbozados en el capítulo anterior así como del paradigma de la sociedad del riesgo cuyos postulados intuyen una política criminal del riesgo basada en discursos y estrategias autoritarios y excluyentes que modulan el actual control social del Estado y que suscitan una de las más polémicas e interesantes discusiones de la política criminal de estos tiempos⁹⁰.

1.2.1. Aspectos generales de la sociedad global del riesgo.

El sociólogo alemán Ulrich Beck⁹¹ afirma que estar en riesgo⁹² es la manera de estar y de gobernar en el mundo de la modernidad, estar en riesgo global es la condición humana del comienzo del siglo XXI⁹³.

⁸⁹ PÉREZ DAZA, A. *El Derecho Penal ante la Globalización*. Instituto de Ciencias Jurídicas de Egresados de la UNAM, Campus Aragón A.C. 2001. Disponible en Internet: <http://www.tepantlato.com.mx/biblioteca/tepantlato_19/el_derecho.htm>

⁹⁰ Vid. GRACIA MARTÍN L. “*Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia*”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 13.

⁹¹ BECK, U. *Viviendo en la sociedad del riesgo mundial. Serie: Dinámicas interculturales*. Número 8. Fundació CIDOB, Barcelona, 2007, p. 6. Para un análisis detallado de este punto ver Beck, U., *La sociedad del riesgo*. Op. Cit., pp. 87 ss.

⁹² Vid. GIDDENS, A. *Consecuencias de la modernidad*. Alianza, Madrid, 1993, p. 40, quien destaca que la idea de riesgo se ha establecido en los siglos XVI y XVII, y fue originalmente cuñada por exploradores occidentales al partir en sus viajes por el mundo. La palabra “risk” parece haber sido introducida en inglés a través del español o del portugués, lenguas en que era usada para designar navegación rumbo a aguas no cartografiadas.

El citado autor, en sus últimas obras, se refiere a la de sociedad del riesgo global en el sentido de que “ *la sociedad del riesgo, pensada hasta sus últimas consecuencias, quiere decir sociedad del riesgo global. Pues su principio axial, sus retos, son los peligros producidos por la civilización que no pueden delimitarse socialmente ni en el espacio ni en el tiempo*”⁹⁴.

Observa Beck que a la medida que la modernidad avanza, la producción social de riqueza viene acompañada sistemáticamente por la producción social de los riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos sociales son resultantes de los riesgos producidos de manera técnico científica. En ese sentido, señala que la modernización se refiere a los impulsos tecnológicos y a la transformación del trabajo y de la organización, pero incluye muchas cosas más: el cambio de los caracteres sociales y de las biografías normales de los estilos de vida y de las formas de amar, de las estructuras de influencia y de poder, de las formas políticas de opresión y de participación, de las concepciones de la realidad y de las normas cognoscitivas⁹⁵.

Para el referido autor⁹⁶, la actual sociedad se encuentra confrontada consigo misma en relación a los riesgos. Los riesgos son el producto histórico, la imagen refleja de las acciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas. De modo que, con la sociedad del riesgo, la autoproducción de las condiciones de vida social se convierte en problema y tema⁹⁷.

⁹³ Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabundables de la política criminal. Disponible en: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/migrant/retos.htm#22> . Quién también afirma que la actualidad es casi un lugar común caracterizar la realidad social contemporánea como la de la *sociedad del riesgo* o, si se quiere, la del *futuro de inseguridad permanente*. el mismo, son algunas de las tonalidades emotivas que mejor caracterizan la sociedad del presente. De igual modo, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. Op. Cit. pp. 3ss.

⁹⁴ BECK, U. *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España, 2002, p. 29.

⁹⁵ BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós, Barcelona pp. 27-28.

⁹⁶ *Ibidem.*, p. 237.

⁹⁷ Vid. HERGOZ, F. *Los límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1993, pp.317 y ss. Señala que son muchas las situaciones y lugares que desencadenan en sentimiento de angustia provocado por el peligro

Curioso es que, parece ser que en la sociedad del riesgo la información desarrolla su paradoja, es decir, cuanto más sabemos, más interrogantes tenemos abiertos. El desconocimiento acerca de los riesgos o de su posible evolución a la producción de daños incide directamente en la descripción de la sociedad del riesgo, puesto que ésta supone que el hombre está produciendo los peligros que le acechan a través de procesos complejos, de manera que los riesgos son en buena parte desconocidos e incluso no cognoscibles⁹⁸.

Desde esta perspectiva, expresa Giddens⁹⁹ que vivir en una era global significa enfrentar una diversidad de situaciones de riesgo, las cuales el referido autor distingue en “*riesgo externo*”, el riesgo experimentado como venido de afuera, de la fijeza de la tradición o de la naturaleza y, el “*riesgo fabricado*”, el riesgo creado por el propio impacto de nuestro creciente conocimiento sobre el mundo. El riesgo fabricado dice respecto de situaciones en cuya confrontación tenemos poca experiencia histórica¹⁰⁰.

En efecto, no hay como negar que el discurso del riesgo va generando una nueva lógica histórica. Se trata de una nueva política global que ya está en marcha aquí y ahora, más allá de la distinción nacional-internacional, se ha convertido en un juego de meta-poder, cuyo resultado es completamente abierto. Es un juego cuyas fronteras, normas básicas y distinciones básicas son renegociadas, no sólo aquellas entre las esferas nacional e internacional, sino también aquellas entre el negocio global y el

de nuestra moderna civilización, tales como las proximidades de una central nuclear, zonas de almacenamiento de residuos tóxicos, una central purificadora, una estación de maniobras, un campo de ejercicios militares, una fábrica química, entre otros. Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P. “*Sociedad del riesgo y Derecho penal*”. En: REYNA ALFARO, L (coord.): *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*; Lima, 2005, Ara Editores, pp. 162-163, quien destaca que: La extensión de los riesgos se da en un doble frente: individual y mundial. En el frente individual, el sujeto vive inmerso en situaciones de riesgo para su salud y su vida generadas por las desiciones de terceros; en el frente mundial, el riesgo se globaliza y desaparecen las fronteras y los estados frente al enorme potencial destructor del riesgo”.

⁹⁸ MENDONZA BUERGO, B. *Gestión del riesgo y política de seguridad en la sociedad del riesgo*, p. 72. Vid. SILVA SANCHEZ, J. M. *La Expansión del Derecho penal*. Op. Cit., p. 30.

⁹⁹ GIDDENS, A. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. Op. Cit., p. 45.

¹⁰⁰ *Ibidem.*, p.36

Estado, los movimientos transnacionales de la sociedad civil, las organizaciones supranacionales y los gobiernos y sociedades nacionales. Desde el momento en el que el riesgo es vivido como omnipresente, sólo hay tres reacciones posibles: la negación, la apatía o la transformación. La primera está profundamente inscrita en la cultura moderna, la segunda se asemeja al nihilismo postmoderno y la tercera es el momento cosmopolita de la sociedad del riesgo mundial¹⁰¹.

Tales riesgos son consecuencias colaterales inevitables de las nuevas tecnologías de la sociedad postindustrial y, aunque sean productos de la actividad del ser humano, son imprevisibles, de difícil anticipación, proyectan una sensación de inseguridad subjetiva que puede existir independientemente de la presencia de peligros reales, afectan a amplios colectivos y tienen alcance global¹⁰².

Resulta, por lo tanto, evidente que aunque la idea de riesgo no sea nueva¹⁰³, es consustancial con la modernidad. Desde nuestra perspectiva, la

¹⁰¹ BECK, U. *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*. Op. Cit., p.5.

¹⁰² Vid. PEREZ CEPEDA, A. I. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*. Op. Cit., p. 314. Vid. MENDOZA BUERGO, B. "El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo". Op.Cit., pp. 25-34, la referida autora observa que de los aspectos más definitorios de esta sociedad del riesgo pueden destacarse básicamente tres: primero, el cambio en la naturaleza de los potenciales peligros (riesgos naturales/riesgos artificiales); segundo, el alto grado de complejidad organizativa y las relaciones de responsabilidad (irresponsabilidad organizada); y tercero, la sensación de inseguridad subjetiva (aún en ausencia de realidad peligrosa).

¹⁰³ Vid. CORCOY BIDASOLO, M. *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. En: CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dir.)/ GÓMEZ, V. (coord): *La Política Criminal en Europa*. Atelier, 2004, p. 32, quien señala que los factores que caracterizan la sociedad actual como sociedad del riesgo no se basan en la existencia de un mayor peligro objetivo, en cuanto esperanzas de vida y salud, sino en que han cambiado, esencialmente, dos circunstancias: Antes: 1- los peligros que existían y existen, se preveían-conocían en abstracto pero no se podían prever-conocer, en concreto; 2- incluso en la medida que se conocían, difícilmente se podían controlar. Hoy en día: 1- Muchos de esos peligros se perciben actualmente como riesgos porque hay personas que los conocen, o los pueden conocer, con relativa exactitud, pero no todos los ciudadanos; 2- hay peligros que esas determinadas personas pueden controlar pero no el ciudadano de a pie. Esos peligros que se pueden conocer y controlar es lo que denominamos riesgo y es lo que se puede exigir que se controle por quiénes en las concretas circunstancias están obligados a ello y es, en el caso de que incumplan gravemente ese deber de controlar, cuando el Derecho penal está legitimado a intervenir. Vid. ARROYO ZAPATERO, L. *Derecho y riesgo*. Revista Injuria p. 3. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/AREAS_TEMATICAS en el mundo antiguo el problema de los riesgos derivados de la decisión de actuar de los hombres no era un problema captado por lo jurídico, sino perteneciente al mundo de lo religioso o, más apropiadamente, de la adivinación.

vida en la actualidad no es ni más peligrosa ni más arriesgada que la de las generaciones precedentes, no obstante, el balance de los riesgos y los peligros ha cambiado. La modernización ha puesto en marcha una dinámica social cuyo resultado revela la creación de riesgos de diversos órdenes: políticos, colectivos, individuales, ecológicos y seguridad entre otros, que escapan al control social contemporáneo ¹⁰⁴. Interesante es que, en teoría, el avance científico y tecnológico debería propiciar mayor seguridad a las personas, sin embargo, ocurre exactamente lo contrario. Aunque vivamos en un mundo objetivamente más seguro, vivimos atormentados por diversas amenazas: ataques terroristas, crisis financieras, daños al medio ambiente, cambio climático, movimientos migratorios, en fin, situaciones de inseguridad e incertidumbre que condicionan la sociedad al miedo permanente, es decir, a una creciente sensación de inseguridad subjetiva ¹⁰⁵.

Tras esa reflexión, nos parece relevante poner de relieve la opinión de Tavares ¹⁰⁶ quien sostiene que *la sociedad del riesgo es “una sociedad sin libertad, hasta tal punto porque la libertad globalizada no es libertad, en sentido empírico o en sentido moral. Y eso no deviene, necesariamente, de la inseguridad. Deviene de dos factores aparentemente contradictorios: de la excesiva reglamentación de las actividades sociales en el plano interno y de la absoluta falta de reglamentación en el plano externo, unidos esos factores bajo una perspectiva común: el ejercicio de poder político. La persona humana de la postmodernidad no se siente insegura, porque haya creado, instintivamente, un*

¹⁰⁴ BECK, U. *Teoría de la sociedad del riesgo*, en: *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Anthropos, Barcelona, 1996, p. 201.

¹⁰⁵ Vid. MENDONZA BUE RGO, B. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Op. Cit., p. 30. Vid. TORRENTE, D., /Thomé, H.I., *Cultura de la seguridad ciudadana en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003, Op. Cit., p. 35, sostiene que en este sentido la inseguridad ciudadana está vinculada, además de a las condiciones materiales de la sociedad, a lo que las personas y colectivos piensan, hablan y actúan con relación a ella. Entre los factores que inciden están los medios. El miedo y la inseguridad operan como un mecanismo social de percepción selectiva de la realidad cotidiana, funcionando como intérpretes de señales para mantener en permanente estado de alerta y para garantizar un mínimo de protección. “Al respecto, el miedo a la delincuencia es un sentimiento polimorfo que puede desarrollarse en diferentes situaciones y que afecta la relación social entre las personas. De este modo hay que considerar las nociones de miedo concreto y miedo abstracto. El primero refleja la reacción emocional negativa que surge ante la posibilidad de ser víctima de actos delictivos específicos. Se denomina también miedo a la victimización. El segundo es un sentimiento general de vulnerabilidad y que se manifiesta como una sensación de fondo de inseguridad.”

¹⁰⁶ TAVARES, J. *Globalización, Derecho penal y seguridad pública*. Op. Cit., p. 311.

miedo frente a las adversidades sociales o a los peligros generados en los centros urbanos, por la posibilidad de la muerte en cada esquina o por la desagregación de expectativas. Al revés, la persona es insegura porque le falta libertad, porque no vive más como persona, vive como un objeto o un eslabón mecánico de complejas organizaciones formalizadas, cuyos lindes no pueden ser ultrapasados sin que se provoque una situación de inseguridad”.

En verdad, lo curioso es que la actual angustia es generada por los avances científicos y tecnológicos que lejos de la promesa primitiva de bienestar y erradicación de la indigencia material, se ha revelado como madre de todos los peligros. Tal coyuntura predispone a que los individuos demanden del Estado una protección dinámica de sus derechos fundamentales, o sea, su garantía ante un futuro que se presenta como amenazador en su propia interderminación¹⁰⁷.

Así las cosas, pensar en días de hoy en una sociedad sin riesgo es prácticamente imposible. La sensación del peligro supone una intensificación de la cultura preventiva que ha incrementado las políticas de seguridad en las últimas décadas. En una sociedad dominada por el sentimiento de inseguridad, se fomentan las reglas, cada vez más particularizadas y rigurosas, se desarrolla una vida social sin personas y se estructura un Derecho penal sin resultado, apenas con los segmentos formales y simbólicos, elevados a la categoría de objetos de protección, y el fortalecimiento del poder político mundial¹⁰⁸.

En este contexto, la prevención que siempre ha sido una herramienta relevante en cualquier política de seguridad, asume su

¹⁰⁷ PRIETO NAVARRO, E. *Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo*, en: *Seguridad, un debate abierto*. Atelier, Madrid, pp. 37-38.

¹⁰⁸ PEREZ CEPEDA, A. I. *El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal*. P.7. Disponible en: http://www.cetede.org/IMG/pdf/Ponencia_Al_Perez_Cepeda.pdf Vid. Sobre la cuestión de la creciente “inseguridad ciudadana” puede verse BRANDARIZ GARCIA, J. A. Itinerarios de Evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas, en FARALDO CABANA, P., (Dir), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 15, 36 y ss.

protagonismo¹⁰⁹. Eso está conduciendo a una intervención penal desproporcionada cuya única prioridad es únicamente la evitación del riesgo en el ámbito previo a la lesión o puesta en peligro, adelantando la intervención penal, o en general suprimiendo garantías en busca de la presunta eficacia¹¹⁰.

En efecto, estos nuevos riesgos generan una búsqueda por la seguridad a través de la intervención punitiva, lo que conduce a la Ciencia penal a asumir un saber tecnocrático mediante el que un grupo de técnicos autoalimenta su propio sistema de reglas para legitimar la función social del sistema, que persigue la estabilización simbólica de la seguridad colectiva, la neutralización social de los megarriesgos producidos por el desarrollo económico y la defensa a ultranza del monopolio estatal de la organización social¹¹¹.

En esta línea argumentativa advierte Mendoza Bueργο¹¹² que “ *la demanda dirigida al legislador es clara, si no actúa es que tolera el delito; pero, además, responder a tal demanda mediante el medio de intervención más extremo a su alcance puede suponer para el Estado otros beneficios, ya que el empleo de normas penales es apropiado para desviar a medio plazo la necesidad de medidas estructurales de alto coste o de tipo económico o político*”.

Teniendo en consideración lo aludido y centrándonos en la intervención penal, es innegable que la presión de la sociedad de riesgo incita a un cambio de paradigma en la Ciencia punitiva pues, como pone de relieve

¹⁰⁹ Vid. LUHMANN, N. *El concepto de riesgo*. En: BERIAIN, J. (Coord.) *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Op.Cit., p. 166, quien entiende que por prevención la preparación contra daños futuros, la cual hace disminuir, o bien la probabilidad de su aparición, o bien su magnitud. Se trata de la búsqueda de confirmaciones con las que garantizar que el proceso permaneciera bajo control.

¹¹⁰ PEREZ CEPEDA, A. I. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*. Op. Cit., p. 321.

¹¹¹ Vid. PALIERO, E. C. *La autocomprensión de la ciencia penal frente a las exigencias de su tiempo*. En: MUÑOZ CONDE, F. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 91ss; Vid. asimismo QUINTERO OLIVARES, G., *Adónde va el derecho penal*. Civitas, Madrid, 2004, en especial pp 167 ss.

¹¹² MENDOZA BUERGO, B. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Op.Cit., p. 9

Morillas Cueva¹¹³, ninguna parcela del Ordenamiento jurídico es más sensible a las variaciones ideológicas que el Derecho Penal. El derecho de castigar expresa, en gran medida, la ideología y, en consecuencia, las convicciones o falta de convicciones jurídicas de una determinada sociedad¹¹⁴.

Por consiguiente, los factores que caracterizan la sociedad de riesgo comportan determinadas consecuencias que propician la aparición de ciertos rasgos que conformarían una específica política criminal en la sociedad del riesgo y, consecuentemente, un específico Derecho de tal sociedad, no obstante, importa cuestionarse si tales riesgos justifican la modernización y expansión del Derecho penal.

1.2.2. La seguridad como eje de la Política criminal.

Es cierto, como expresa Garland que el deseo de seguridad, orden y control, para la gestión del riesgo y la domesticación del azar, es una cuestión subyacente en toda cultura¹¹⁵. Tal afirmación ratifica el actual panorama de la Política criminal cuyo principal objetivo político es la idea de seguridad.

Desde estos términos Del Rosal Blasco¹¹⁶ argumenta que “*la cuestión, ahora, no es reprimir la causación de daños y, a través de ello,*

¹¹³ MORILLAS CUEVA, L. *Reflexiones sobre el derecho penal del futuro*. Op. Cit., p. 18.

¹¹⁴ PORTILLA CONTRERAS, G. *El Derecho penal entre el cosmopolismo universalista y el relativismo postmodernista*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, p. 32. Observa el autor que “*De hecho, la imposibilidad material de vigilar individualmente a la multitud, a los nuevos sujetos que aparecen tras la incorporación del saber en la producción, y la necesidad de acumulación de poder y capital promueven la conversión del Derecho Penal y la modificación de sus funciones tradicionales. Ahora, su finalidad es la pacificación interior, el control de los sectores no productivos y productivos en movimiento mediante las políticas de seguridad y orden público*”.

¹¹⁵ GARLAND, D. *La cultura del control*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, p.315.

¹¹⁶ DEL ROSA L BLASCO, B. *¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2009, núm. 11 -08, p. 20. Disponible en Internet: criminol.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf

intentar prevenir, con el ejemplo de la aplicación de la pena, futuras comisiones de nuevos daños, influyendo sobre los comportamientos futuros del conjunto de individuos que conforman la sociedad o actuando sobre las causas que han provocado que un sujeto en particular haya ya causado un daño, sino que el objetivo prioritario de la política criminal es la búsqueda de la máxima seguridad, minimizando o neutralizando los factores y los contextos que provocan riesgos”.

Así las cosas, resulta innegable que la política criminal de la sociedad contemporánea se estructura en postulados claramente punitivos vinculados a la reconstrucción del valor seguridad como axioma político, a la vez como valor de primer orden, es decir, la gestión estatal de la inseguridad se caracteriza por el endurecimiento del control social como respuesta a la alarma social, que se manifiesta a través de reformas jurídicas y policiales de mayor corte represivo¹¹⁷.

Este el afán desmedido por la seguridad absoluta conduce a que la sociedad proyecte en el otro un enemigo de quién debe apartarse. Esta alarma social genera una tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad que supone a mayor sensación de inseguridad, mayor exigencia de individualizar responsables, para con ello encontrar una explicación al daño y una satisfacción al reproche¹¹⁸.

Advierte Del Rosal Blasco¹¹⁹ que el concepto de riesgo es un concepto cultural y, por lo tanto, no tiene que ver con las probabilidades ciertas de recibir un daño. Por ello, el autor señala que el concepto de seguridad debe ser entendido como el envés del de riesgo y así también un concepto cultural. Partiendo de las citadas premisas, el autor opina que “ *el problema de la seguridad ciudadana no está asociado con la delincuencia, sino que es,*

¹¹⁷ PEREZ CEPEDA, A. I. *El Paradigma de la seguridad en la globalización*. Op. Cit. p. 2. Disponible en: www.cetede.org/IMG/pdf/Ponencia_AI_Perez_Cepeda.pdf

¹¹⁸ GUIRAO ALCACER, R. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. Revisión Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Universidad de Granada. Disponible en: criminol.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html.

¹¹⁹ DEL ROSAL BLASCO, B. *¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?* Op. Cit., p. 21

básicamente, un problema de cohesión, solidaridad y certidumbre, de modo que en la medida en que se debilitan las relaciones y los compromisos entre las personas se genera inseguridad y, concluye afirmando que el delincuente no crea problemas sociales sino que son más bien los problemas sociales los que crean delincuentes”.

Así las cosas, en la sociedad de la inseguridad sentida¹²⁰, cualquier análisis sobre las tendencias político criminales de la Ciencia punitiva, inevitablemente, nos conlleva a los conceptos de riesgo y de seguridad. El miedo y la inseguridad que se han instalado en nuestra sociedad intensifican la tensión entre los valores de libertad y seguridad, lo que está produciendo una profunda transformación de la Política criminal y consecuentemente de la Ciencia penal¹²¹.

De este modo, la creciente sensación de inseguridad social, en buena parte subjetivamente percibida de modo más grave de lo que correspondería objetivamente, provoca una demanda específicamente normativa de seguridad dirigida prioritariamente al Derecho penal, que se canaliza procediendo cada vez de manera más palmaria a la ampliación cuantitativa y cualitativa del mismo¹²².

El problema se plantea, por lo tanto, cuando esta demanda de seguridad se utiliza como justificación de un modelo de Derecho penal orientado principalmente a dos objetivos: lograr hacer efectivo el derecho a la

¹²⁰SILVA SANCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho penal*. Op.Cit., p. 32

¹²¹ Desde una perspectiva crítica vid. QUINTERO OLIVARES G. *La deriva y crisis de las ideas penales en España*. En: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E; GURDIEL SIERRA, M; CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 929-934. En el mismo sentido, vid., PAREDES CASTAÑÓN J. *Riesgo y Política Criminal: La selección de Bienes Jurídico-Penalmente Protegibles a través del Concepto de Riesgo Sistémico*. En: AA.VV, *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*. Op. Cit., pp. 91-92.

¹²² Desde estos planteamientos, sostiene MENDONZA BUERGO, B. *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal*. Op. Cit. p. 282, “que la exigencia por seguridad, aunque sea razonable en cierta medida, se convierte en algo problemático cuando, por una parte, la sensación de inseguridad no se corresponda con la entidad y magnitud de los riesgos reales y, por otra, cuando el destinatario de todas las demandas de seguridad es el Derecho penal”.

seguridad, aun a costa de la seguridad de los derechos de las minorías y hacer realidad las aspiraciones vindicativas del grupo social¹²³.

Tal objetivo securitario conlleva a un Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, en un sentido indudablemente más inflacionista y criminalizador que despenalizador. La tensión en la que se encuentran el principio de intervención mínima y el entendimiento de la pena criminal como *última ratio* por un lado, y las tendencias expansivas que pretenden atender a las crecientes demandas de tutela, por otro, se resuelve claramente a favor de estas últimas¹²⁴.

En verdad, como expone Hassemer¹²⁵ *“la seguridad ciudadana hace su carrera de bien jurídico y alimenta una creciente industria de seguridad”*. Advierte aún que en estos tiempos se enfatizan *“los conceptos como luchar contra, eliminar, represión, en perjuicio de actitudes como, vivir con, elaborar”*.

El citado doctrinador alemán¹²⁶ resalta que el Derecho penal al transformarse en un instrumento de política de seguridad pierde su posición en el conjunto del ordenamiento jurídico y se aproxima a las funciones del derecho civil o administrativo¹²⁷.

¹²³ RODRIGUEZ MESA, M. J. *Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2007, núm. 09-10, p.10:2. Disponible en: criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf

¹²⁴ MENDOZA BUERGO, B. *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal*. Op. Cit., p.287

¹²⁵ HASSEMER, W. *Crítica al derecho penal de hoy*. (Trad. Patricia S. Ziffer), AD-HOC, Buenos Aires, 1998, pp.45 y ss.

¹²⁶ HASSEMER, W. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Actualidad Penal, núm. 43, 1993, traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, F., p. 640.

¹²⁷ Vid. PORTILLA CONTRERAS, G. *El regreso del concepto de seguridad del Estado como bien jurídico autónomo y una consecuencia: la participación de los gobiernos europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de la EE.UU.* En: *Libertad y Seguridad. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 43, 2009, pp.95-96, quien destaca que un planteamiento funcionalista legítima, como señala Herzog¹²⁸ la conversión del Derecho penal en un Derecho penal-policial absoluto porque supone prácticamente la eliminación del individuo para lograr la conservación de la sociedad, de tal forma que, programado el derecho como lo necesario para la sociedad, muy probablemente, la sociedad ya no se necesitaría para el derecho.

Así planteado el panorama contemporáneo de la Ciencia penal, Miró Llinares¹²⁸ con razón expresa que el legislador ya “ *no rehúye sino que, más bien tiende a buscar la solución a los problemas sociales en la utilización del Derecho penal que, cada vez más, es visto por el Estado como un medio idóneo para lograr los dos objetivos que le preocupan, la prevención de determinados comportamientos por medio de la conminación con la sanción más grave de que se dispone, y la comunicación a la sociedad de que se afronta el problema con la mayor fuerza de que dispone el Estado*”.

En esta misma línea, Silva Sánchez¹²⁹ puntúa que la expansión se establece como un producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una aparente solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico lo que debería resolverse en el nivel instrumental.

Desde esta perspectiva, la creciente demanda social de seguridad conduce una la política criminal que se enmarca en contornos preventivos y autoritarios, transformando el Derecho penal en un instrumento político de *primer ratio o única ratio, es decir, el Derecho penal está transformándose en un Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales*¹³⁰.

Concretamente, en lo que respecta a los países miembros de la Unión Europea, la referida tendencia de ampliación del Derecho penal se

¹²⁸ MIRÓ LLINARES, F. *El "moderno" Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso*. Op. Cit., p. 8. El referido autor advierte aún que la intemperancia de la voluntad de consecución de estos fines con el contexto de una sociedad insegura y de legisladores populistas, en el que una respuesta rápida y contundente del Estado le sirve a éste para calmar alarmas sociales construidas y aparecer así, como responsabilizado y dispuesto a hacer todo lo que sea necesario, deja sin espacio la consecución de otros objetivos, aquéllos de la exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de intervención mínima, que constituirían, hace algún tiempo ya, cuando el modelo penal de la idea de seguridad no había devorado definitivamente el modelo del garantismo penal, las tradicionales formas de contrapeso de la prevención como única finalidad del Derecho penal. *Ibidem.*, p. 9.

¹²⁹ SILVA SANCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal*. Op. Cit., p. 21

¹³⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Sobre la administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo”. En: *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 2003, p. 138. Quien destaca que la “administrativización del Derecho penal debe ser tratada como una patología que desnaturaliza las características esenciales del Derecho penal, implicando por tanto una utilización ilegítima de la pena y de las normas que tienen contemplada como consecuencia jurídica una pena”.

proyecta en la introducción de nuevos tipos penales así como la agravación de los ya existentes, es decir en creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantías¹³¹.

1.2.3. Las migraciones en el contexto de la sociedad del riesgo global.

Es un hecho innegable que las migraciones han adquirido una notoriedad especial en la sociedad global del riesgo. Las actuales políticas migratorias están reducidas de cierto modo a políticas de seguridad, lo que inevitablemente tensiona aún más el conflicto entre libertad y seguridad.

Tal situación se ha visto agravada tras el 11S, pues, desde entonces, la gestión de la inmigración como asunto de seguridad se ha incrementado. En verdad, el mundo se ha vuelto más complejo, inseguro e inestable, menos transitable. Hay una obsesión securitaria que refuerza la ideología del muro, de las fronteras inaccesibles lo que refuerza e instrumentaliza el viejo discurso del miedo al otro y el paradójico repliegue en un nosotros cada vez más reducido, incluso en sociedades que hacen bandera del universalismo¹³².

En esta crítica coyuntura, las cuestiones migratorias se conectan con los sentimientos de miedo. En los países receptores de inmigración, a menudo

¹³¹SILVA SAN CHEZ, J.M. *La expansión del Derecho penal*. Op. Cit., p.20. Vid. PEREZ CEPEDA, A. I. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Op. Cit., p. 313.

¹³²DE LUCAS, J. *El miedo en las sociedades más seguras de la historia*. En: Libertad y Seguridad. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 43, 2009, p. 86. El autor destaca que el 11-S acrecentó la porosidad entre el miedo a la amenaza exterior y el miedo al enemigo interno y por eso creció el rechazo a la figura del inmigrante, asociada de nuevo a las notas de amenaza, de incompatibilidad cultural que serían la prueba de una supuesta incompatibilidad jurídica y política tal y como exponen las diferentes versiones de eso que se da en llamar el choque de civilizaciones y que no es una novedad, salvo en lo que se refiere a su funcionalidad estratégica al contexto en el que hoy se utiliza. *Ibidem.*, p. 87.

se considera que los inmigrantes suponen un riesgo, una amenaza para la estabilidad socioeconómica. De hecho, en los debates sobre el tema, la migración se suele representar como un desafío al estado del bienestar de la sociedad de acogida y como una amenaza a la cultura nacional y al orden público¹³³. En resumen, la migración es percibida como un peligro para la sociedad. Este sentimiento de amenaza que acompaña a la migración es quizás inherente a la naturaleza de los estados y las sociedades nacionales donde las fronteras territoriales y étnicas deben coincidir, no obstante, el resurgimiento actual del terrorismo internacional y el debate sobre la seguridad de él derivado se ha añadido oportunamente al antiguo discurso de la "amenaza" relacionada con la migración, y se ha establecido un vínculo entre migración, terrorismo internacional y sentimiento de seguridad.

La crisis económica también se ha convertido en un factor que atiza los discursos que proclaman la urgencia en establecer respuestas eficaces frente a la creciente inmigración. En verdad, las desigualdades económicas son globales y profundizan las diferencias entre los países del Centro y de la Periferia. En esta coyuntura, las políticas migratorias de los países más industrializados se manifiestan cada vez más restrictivas¹³⁴.

En este contexto, la inmigración deja de ser contemplada primordialmente como un factor de desarrollo económico, y pasa ser vista como un problema, que debe ser gestionado, ante todo, desde la perspectiva del control¹³⁵.

¹³³ TRIANDAFYLLIDOU, A. *Nuevos retos para Europa: migración, seguridad y derechos de ciudadanía*. En: Revista CIDOB d'Affers Internacionals, núm. 69, p. 39-59. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/viewFile/28420/28254>

¹³⁴ D AUNIS RODRIGUEZ, A. *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*. Indret, 2010, p.4. "Los cambios en los procesos de producción, que transitan del *modelo fordista* -caracterizado por una gran concentración de mano de obra y aglutinar todo el proceso productivo en un mismo país-, a un *modelo posfordista* -protagonizado, entre otros elementos, por la continua contracción de la demanda de fuerza de trabajo, la especialización flexible y la deslocalización- han propiciado la progresiva restricción y eliminación de los cupos de inmigración".

¹³⁵ BRANDARIZ GARCIA, J. A. *La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal español*. En: SALVATORE, P./ BRANDARIZ GARCIA, J. A (Directores) *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Granada, 2010, p. 275.

Así, frente a la construcción del inmigrante como un factor de riesgo se instrumentaliza la lógica jurídica de la excepcionalidad, es decir, se deroga algunos de los principios del Estado de Derecho cuando se trata de regular los derechos de quienes son identificados como amenaza¹³⁶.

En este orden de ideas se pueden observar las disposiciones de los Tratados de Schengen y Maastricht que, con el propósito de acelerar la integración jurídica a fin de asegurar la "libre circulación" efectiva de sus ciudadanos, redefine la inmigración como un problema de *seguridad* continental y, por implicación, nacional, en el mismo concepto que el crimen organizado y el terrorismo, a los que está asociada, tanto en el plano del discurso como de las medidas administrativas¹³⁷.

Tal ubicación normativa revela la aplicación de la política criminal del riesgo es la actual regulación de los flujos migratorios. Incluso, en el artículo 96 de la Convención Schengen¹³⁸, se dispone como una de causa de no admisión de extranjeros, la supuesta amenaza al orden y seguridad pública.

Ante la situación planteada, resulta evidente, como pone de relieve Zolo¹³⁹, que *"el fenómeno migratorio es un desafío radical en el tema del miedo y de la seguridad porque la dialéctica del ciudadano y del extranjero se ve alterada por la fuerza imponente de los fenómenos migratorios y por su incontrolabilidad e irreversibilidad objetivas"*.

Pues bien, de los anteriores planteamientos no queda duda que la vigente regulación de los flujos migratorios se enmarca visiblemente en los

¹³⁶ Vid. DE LUCAS, J. *El miedo en las sociedades más seguras de la historia*. Op.Cit., p. 88.

¹³⁷ Vid. WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*. 2 ed. Buenos Aires, Manantial, 2004, pp. 116.

¹³⁸ Vid. Artículo 96 1. Los datos relativos a los extranjeros que estén incluidos en la lista de no admisibles se introducirán sobre la base de una descripción nacional resultante de decisiones adoptadas, observando las normas de procedimiento previstas por la legislación nacional, por las autoridades administrativas o por los órganos jurisdiccionales competentes. 2. Las decisiones podrán basarse en la amenaza para el orden público o la seguridad nacional que pueda constituir la presencia de un extranjero en el territorio nacional.

¹³⁹ ZOLO, D. *Miedo e Seguridad*. En: *Libertad y Seguridad*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 43, 2009, p. 156.

postulados securitarios de la política criminal del riesgo. Al decidir evitar a todo coste la inmigración clandestina, el legislador se utiliza del paradigma preventivo en el sentido de que más derecho penal puede desestimular a los extranjeros no comunitarios a desistir del proyecto migratorio. A parte de la función preventiva, la intervención penal en los movimientos migratorios cumple también la eficacia simbólica¹⁴⁰ de tranquilizar la demanda social de seguridad haciendo ver a los ciudadanos que se afronta el problema social que se pretende solucionar.

CAPÍTULO 2: HACIA UNA REDEFINICIÓN DEL DERECHO DE PUNIR: LOS DESAFÍOS DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO PARA LA CIENCIA PENAL.

2.1 Consideraciones previas.

Sí, es cierto, quizás irremediable, en estos tiempos nos toca vivir en la sociedad del riesgo y ante tal constatación importa reflexionar sobre la influencia de los nuevos paradigmas sociales en la estructura actual del ordenamiento jurídico penal, es decir, ¿Debe el Derecho penal intervenir para prevenir futuros riesgos? o ¿existen soluciones alternativas frente los nuevos riesgos? Tales indagaciones aún no disponen de respuestas exactas.

Se trata de un estudio en construcción que inevitablemente suscita polémicos cuestionamientos en el ámbito de las Ciencias penales cuyo punto neurálgico consiste en definir si es posible que intervención penal garantice la seguridad sin comprometer los principios fundamentales del Derecho penal de

¹⁴⁰ Vid. DÍAZ PITA, M. M. / FARALDO CABANA, P., "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995", *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 7, 2002-1, p. 119 y ss., quienes expresan que "con estas normas, afirman, el legislador deplumbra al ciudadano, lo entretiene y poco más. No es que sean efectos ilegítimos, es que no producen ninguno. Esto es lo criticable. Y lo es por constituir un engaño"

un Estado democrático. Como expone Corcoy Bidasolo ¹⁴¹ *“la cuestión se plantea, en última instancia, a partir de cuestiones de legitimidad de la intervención penal en la protección de los llamados nuevos riesgos”*¹⁴².

En este contexto, es notable que la complejidad de la realidad contemporánea haya modificado los tipos de criminalidad a los que la sociedad debe enfrentarse. Vivimos en una sociedad cada vez más compleja, los acontecimientos suelen manifestarse como daños o peligros y generalmente no se les pueden atribuir a procesos naturales no susceptibles de influjo, sino, en buena medida, al comportamiento de personas, de organizaciones o de la sociedad en su conjunto¹⁴³.

De este modo, la complejidad del panorama social actual influye en la estructura y funciones del Derecho, transformándolo en un mecanismo de intervención, lo que conlleva necesariamente la asunción de nuevas funciones¹⁴⁴.

En efecto, como bien hace alusión Morillas Cueva ¹⁴⁵, *“el sistema debe ser la base investigadora y laboral del jurista, sin embargo “tiene que acercarlo continuamente a la realidad, una vez que intente afrontar con seguridad y justicia el problema que se presente”*.

Asimismo, en esta misma línea argumentativa, añade y

¹⁴¹ CORCOY BIDASOLO, M. *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. Op. Cit., p. 25

¹⁴² Vid. MAQUEDA ABREU, M. L. *Políticas de Seguridad y Estado de Derecho*. Op.Cit., p. 1298, *“En esta época de absolutismos [...] unos y otros se sitúan en el frente de ese Derecho penal de la guerra, que, como se reconoce es, en realidad un no-derecho, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos excluidos. Y la pregunta resulta obvia, ¿cómo justificar ese modelo en un Estado democrático de Derecho?”*; de la misma autora vid., *“Crítica a la reforma penal anunciada”*. Op.Cit., p. 11.

¹⁴³ ARAVENA, F., *Seguridad humana: concepto emergente de la seguridad del siglo XXI*, UNESCO- Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 23.

¹⁴⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG E. *¿ Las Exigencias Dogmáticas hasta ahora Vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la Criminalidad, de la medición de la pena y del Sistema de Sanciones?*. En: AA.VV, *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid, UNED, 2001, pp. 355-370.

¹⁴⁵ MORILLAS CUEVA, L. *Metodología y Ciencia Penal*, 3ª ed. Granada, 1993. pp. 304 y 305.

complementa Roxin ¹⁴⁶ que un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible, equilibrando las exigencias del Estado de Derecho con las del Estado social, y es o deduciblemente añadido con las del Estado democrático. De igual modo Jiménez de Asúa ¹⁴⁷ expresó la idea del Derecho penal como una “ciencia de posibilidades”, en busca permanente del equilibrio y del progreso de ese objeto tan complejo que es la sociedad.

Es evidente entonces, que el Derecho se establece en “una integración normativa de hechos según valores¹⁴⁸”, es decir, el hecho, el valor y la norma son elementos constitutivos concurrentes, que están sujetos siempre a continuas mutaciones históricas. Según este planteamiento y en concordancia con los argumentos de Schunemann¹⁴⁹ y Gracia Martín ¹⁵⁰, los problemas de nuestro tiempo son muy diferentes a los del siglo XVIII, por ello, es comprensible que el Derecho penal se adapte a la evolución de la sociedad, sobre todo porque la dinámica de la criminalidad de estos tiempos se estructura desde las facilidades introducidas por el mundo globalizado, es decir, se proyecta, en parte, distinta de los modelos delictivos de los siglos pasado.

En referencia a lo expuesto, frente a las nuevas coyunturas sociales que advienen de la globalización y de los nuevos riesgos, el derecho penal no puede permanecer inalterable o inerte, pues los cambios ocurridos en la

¹⁴⁶ ROXIN, C. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. (Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano). Valencia, 2000, p. 31.

¹⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *La Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. Madrid, 1918, p. 10.

¹⁴⁸ Vid. REALE, M. *Teoria tridimensional do Direito*. 5ed. Saraiva, Sao Paulo, 1994, p. 366.

¹⁴⁹ SCHÜNEMANN, B. En: GRACIA MARTÍN, L. *Prolegómenos para la lucha contra la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, de Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. pp. 13 y ss.

¹⁵⁰ GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha contra la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia Op.cit, pássim*. Vid. GRACIA MARTÍN, L. ¿Qué es modernización del Derecho penal? En: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, L.H. al Prof. Doctor Cerezo Mir, E. d. Te cnos, Madrid, 2002, p. 393, qui sostiene que una efectiva modernización del Derecho penal es una exigencia absolutamente necesaria ya desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos pero, sobre todo es exigible e irrenunciable desde puntos de vista éticos y políticos. El proceso de modernización del Derecho penal puede y debe ser definido, como «lucha» por el discurso de criminalidad.

sociedad influyen necesariamente en su estructura. Sin embargo, “el derecho deseado por la sociedad no coincide a menudo con el Derecho realmente existente en la realidad normativa”¹⁵¹.

Y es que, como advierte Morillas Cueva ¹⁵², “el Derecho penal del futuro debe afrontar la criminalización de nuevas formas de delincuencia bajo la cobertura del absoluto respecto a los principios delimitadores del Derecho penal, entre los que se encuentra en carácter de *última ratio*”.

Por lo tanto, como ya hemos comentado a lo largo de esta investigación, resulta evidente que los cambios experimentados por la sociedad, principalmente tras la postindustrialización de los últimos años han propiciado la aparición de nuevos riesgos lo que ha incrementado la demanda normativa por seguridad ¹⁵³, por más derecho penal. Esta nueva tendencia punitiva responde a la reclamos de que el Derecho penal clásico se presenta como insuficiente¹⁵⁴ en el sentido de que ya no satisface las exigencias de prevención de los riesgos.

En esta coyuntura, el vigente discurso de la sociedad del riesgo fomenta nuevos planteamientos que inciden directamente en las funciones de la Ciencia penal, precisamente, en lo que atañe a una redefinición del derecho de punir, proyectándose en replanteamientos polémicos cuyas discrepancias se establecen entre postulados epistemológicos distintos: el primero, de

¹⁵¹ POLAINO NAVARETE, M. *Derecho penal. Parte General*. Tomo I, 6ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 119.

¹⁵² MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal*. Ley penal. Op. Cit., p. 130.

¹⁵³ Vid. MENDOZA BUE RGO, B. *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal*. Op. Cit., p. 282. La autora afirma que el proceso que experimenta el Derecho penal en la sociedad del riesgo es que la creciente sensación de inseguridad social, en buena parte subjetivamente percibida de modo más grave de lo que correspondería objetivamente, generada tanto por los nuevos riesgos, como por el cambio de potencial de los riesgos ya conocidos, y por la complejidad de todos los procesos en los que está implicada la sociedad, provoca una demanda esperecíficamente normativa de seguridad dirigida prioritariamente al Derecho penal, que se canaliza procediendo cada vez de manera más palmaria a la ampliación cuantitativa y cualitativa del mismo.

¹⁵⁴ El derecho penal clásico se explicaba fundamentalmente como medio para asegurar la libertad ciudadana contra la arbitrariedad de la justicia feudal.

carácter personalista, el segundo, de carácter funcionalista¹⁵⁵.

Es cierto que existen posturas intermedias, no obstante, las tesis antagónicas se concretan, por un lado, en los que defienden la legitimidad de la intervención penal únicamente en la medida en que se circunscriba al ámbito propio de un Derecho penal mínimo, reducido al Derecho penal clásico¹⁵⁶. En el reverso se encuentran las tesis que aceptan la legitimidad de la intervención penal en los nuevos ámbitos de actividad social, en sectores en los que el referente supraindividual-colectivo está en un primer plano, siempre que se mantengan las garantías propias del Derecho penal¹⁵⁷.

Desde esta perspectiva, resulta interesante destacar la observación de JAKOBS¹⁵⁸ quien advierte que “ *si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los Derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho, cabe imaginar ciertas crisis en las que solo una tendencia de este tipo puede ofrecer una última ratio. La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo, innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho penal puede evidenciar que es lo que aportaran exactamente las nuevas regulaciones legales y que de lo aportado ha de considerarse,*

¹⁵⁵ Vid: PORTILLA CONTRERAS, G. *Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho Penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales*. En: La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, L.H. al Prof. Doctor Cerezo Mir *Op.cit*, pp. 135 y ss. Vid. MENDOZA BUERGO, B. *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal*. *Op. Cit.*, p. 292. La autora advierte que “*no resulta defendible que las dos únicas alternativas ante la cuestión planteada consistan en la total funcionalización del Derecho penal que modifique o incluso renuncie a principios garantistas o, por contra, en el refugio inconvencional en el llamado Derecho penal nuclear más básico, sino que se hacen necesarias las posturas intermedias que intenten alcanzar un punto de posible solución*”.

¹⁵⁶ Vid. HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 30-38; 46-63. La tesis sostenida por la llamada Escuela de Frankfurt sostiene que la pretensión de regular con el Derecho penal procesos sistémicos y macrosociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad, le hará perder sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva exenta de límites garantísticos y en el abandono de su cometido básico de la protección de esferas personales de libertad.

¹⁵⁷ SCHUNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual del Derecho penal*, ADPCP, 1996, pp. 193 y 194.

¹⁵⁸ JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona*. *Op.Cit.*, pp. 40 y 41.

conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar a favor de los cambios políticos de valores”.

Asentado eso, hay que considerar, por lo tanto, que la estructuración de un Derecho penal moderno conlleva a notables rupturas y transformaciones en los conceptos tradicionales del Derecho penal, ya que se presenta con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones. Por ello, ante un incremento de la intervención penal que pueden desbordar los límites de un Derecho penal razonable en un Estado de Derecho resulta imprescindible reflexionar sobre la necesidad de la reestructuración del Ordenamiento normativo punitivo¹⁵⁹ y la consecuente legitimidad de la intervención penal en la tutela de los nuevos riesgos.

2.2 La modernización del Derecho penal.

¹⁵⁹ Vid. MENDONZA B UERGO, B. Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal. Op. Cit., p. 280. Más allá de la evidente necesidad de actualización y renovación de todo ordenamiento positivo y del sistema teórico que constituye su base, ante la exigencia de que el Derecho penal intervenga para responder a nuevas demandas de protección que requieran o impliquen ciertas transformaciones o adaptaciones de elementos estructurales, parece necesario identificar cuáles de estos cambios resultan además de imprescindibles, también a cordes con los principios básicos sobre los que se asienta el propio sistema y cuales, en cambio, pueden resultar perturbadores en una rama del ordenamiento con las peculiaridades del Derecho penal. Sin llegar en todo caso a situaciones extremas, lo cierto es que la evolución presente y la previsible tendencia de futuro apunta una serie de caracteres que hacen pensar en la necesidad de reflexionar detenidamente hacia dónde nos encaminamos y qué consecuencias tiene transitar a través de ciertas vías. La discusión a la que se quiere aludir tiene que ver, en definitiva, con el entendimiento del Derecho penal contemporáneo y de su evolución presente y futura. Vid. ZAFFARONI, E.R., /ALAGIA, A., /SLOKAR, A, *Manual de Derecho penal*, op.cit., p.198, quienes destacan que en la formación de los discursos de emergencia se manifiestan los siguientes caracteres en los: a) identifican algo dañoso que produzca miedo a la gente; b) refuerzan los miedos y los prejuicios a su respecto; c) magnifican el peligro hasta obtener pánico social; d) imputan el peligro a grupos vulnerables con siderados siempre inferiores y hasta subhumanos; e) desautorizan y estigmatizan a quienes niegan sus exageraciones o invenciones; f) neutralizan los argumentos de autoridad que provienen de su propia fuente; g) presentan al poder punitivo como el único medio para conjurar resolverse el problema; i) se presentan como inimicus al mal que pretenden conjurar y a cualquier forma de corrupción; j) señalan como enemigos públicos a quienes denuncian su corrupción; k) frente a la amenaza de un peligro tan enorme que puede hacer desaparecer la especie, muestran como razonable que el poder punitivo se ejerza sin límites frente a ella, o sea, que surge un poder de excepción solo para estos casos;

Analizar la modernización del Derecho penal nos remite a un marco de inacabables y polémicas contribuciones doctrinarias caracterizadas, sobretodo, por la dicotomía de los discursos que revelan la notable división entre los críticos del “*Derecho Penal moderno*” que expresan el discurso de resistencia y los entusiastas partidarios de esta nueva configuración de la Ciencia penal.

De hecho, las demandas de prevención inherentes a la sociedad global del riesgo atribuyen a la Ciencia punitiva una nueva configuración que se estructura en una ampliación del ámbito de intervención penal y la consecuente flexibilización de sus estructuras tradicionales de imputación de la responsabilidad penal.

En este nuevo panorama social se estructura el Derecho Penal moderno cuyas características, según Gracia Martín¹⁶⁰ se proyectan en una dimensión clara y manifiestamente cuantitativa que se traduce en una importante ampliación de la intervención penal y, por ello, en un relevante incremento de su extensión actual en comparación con la que se tenía en el momento histórico precedente.

Se trata de un Derecho penal superador y diferenciado del Derecho tradicional, caracterizado por una mayor tipificación de delitos y por la agravación punitiva de los tipos tradicionales. Asimismo, en este Derecho penal moderno es relativamente fácil constatar el reconocimiento de nuevos bienes jurídicos colectivos, que son protegidos no sólo contra una lesión extremadamente perceptible, como sucede con los bienes jurídicos individuales, sino contra cualquier acción con mera tendencia de lesión¹⁶¹.

¹⁶⁰ GRACIA MARTÍN LUÍS, “*Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia*”, ob.cit., pág. 58. Vid igualmente de este autor, “*Qué es la Modernización del Derecho Penal*”, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo*, LH. al Prof. José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

¹⁶¹ SCHUNEMANN, B., “Prólogo” del libro *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Op. Cit pp.13ss.

En líneas generales, la doctrina científica apunta como características principales del derecho penal moderno la manifiesta tendencia al incremento de la criminalización de conductas mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; el predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo¹⁶²; la anticipación del momento en que procede la intervención penal; las modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales¹⁶³.

2.3 Críticas a la modernización del Derecho penal.

Para algunos autores el Derecho penal moderno servirá para fomentar la confianza del ciudadano en el funcionamiento del sistema penal en el sentido de minimizar la sensación de inseguridad como potencial víctima así como de permitir una reacción ajustada a lo que se considera rechazable¹⁶⁴.

No obstante, como hemos señalado, hay un discurso de resistencia a la modernización del Derecho penal que se pronuncia con vehemencia por parte de los miembros de la Escuela de Frankfurt que argumentan que la citada modernización atiende a intereses demasiado vagos, expresivos más bien de

¹⁶² Vid. DIEZ RIPOLLÉS, J. L. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07, p. 5; Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> Añade que los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, lo que aproxima los comportamientos inculcados a los que son objeto de persecución por parte del derecho administrativo sancionador se abre camino a la fundamentación de la punición de comportamientos en base al principio de precaución, entendido como una alternativa más laxa que la exigencia de peligrosidad del comportamiento. *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Op. Cit., p. 20ss.

objetivos de organización política, económica y social¹⁶⁵.

En estos términos, Hassemer¹⁶⁶ opina críticamente que un Derecho penal moderno, tanto a nivel de pensamiento, como en su actuación práctica, presenta las siguientes peculiaridades: *“prescinde de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica; se basa en una metodología empírica orientada a las consecuencias; es más favorable, por tanto, a una concepción teórica preventiva que retributiva; intenta vincular al legislador penal y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos”*.

El referido doctrinador alemán¹⁶⁷ puntúa que se trata de una legislación simbólica, porque se promulga conociendo de antemano su ineficacia: *“ sólo se persigue crear una sensación de seguridad, en una respuesta sin eficacia real para la solución del conflicto. Por otro lado, se resiente también el principio de legalidad: la descripción de los tipos de la parte especial se va difuminando, abarcando una gran cantidad de actuaciones no necesariamente lesivas de bien jurídico alguno que justifique la intervención punitiva”*¹⁶⁸.

También crítico con esta modernización se manifiesta Demetrio Crespo¹⁶⁹ quien pone de manifiesto que la modernización favorece la construcción de un derecho penal del enemigo lo que conlleva a cuestionar si la referida modernización representa *“ realmente una evolución, o más bien, una involución lamentable”*.

¹⁶⁵ Vid. HASSEMER, W., *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Op. Cit. pp. 279-280; PRITTWITZ, C. El DP alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del DP. En: AA.VV. *La insostenible situación del DP*, Granada, 2000, pp. 427 y ss; KARGL, W. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena*. En: *La insostenible situación del DP*, Granada, 2000, pp. 49 y ss; HERZOG, F. “Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el DP en peligro. En: *ADPCP*, 1993, pp. 317 y ss.

¹⁶⁷ HASSEMER, W. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En: AA. VV. *Pena y Estado*, núm. 1. Editorial jurídica conosur, Santiago, 1995, pp. 35-36.

¹⁶⁸ ALLER, G. Introducción a “Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo”, Carlos Álvarez editor, Montevideo, 2006, p. 20; citado por Lascano, op. cit, p. 8.

¹⁶⁹ DEMETRIO CREPO, E. “ *Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo*”, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004, PP. 1028-1029.

Silva Sánchez¹⁷⁰ explica que “el derecho penal que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado, en cuanto al sujeto activo y al pasivo, se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida se ha “administrativizado”, es decir, el legislador al tipificar conductas inherentes al Derecho administrativo difumina la distinción entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, favoreciendo a un proceso de administrativización del Derecho penal.

La referida administrativización de la Ciencia punitiva alude a la introducción de nuevos objetos de protección, la anticipación de las fronteras de la protección penal, y la transición del modelo de delito de lesión de bienes individuales, al modelo de delito de peligro de bienes supraindividuales¹⁷¹. Tal perfil punitivo puede convertir al Derecho penal en un instrumento de gestión punitiva de riesgos generales, lo que puede conllevar a la pérdida de su configuración garantista¹⁷².

Frente a tal panorama, advierte Olmedo Cardenete¹⁷³ que “*corren malos tiempos para el Derecho Penal y la Política Criminal. [...] la intervención punitiva en las sociedades democráticas contemporáneas avanza imparable hacia una escalada punitiva propia de épocas que ya creíamos pasadas*”.

No obstante, aunque tenga razón el referido autor, también es cierto como señala ROXIN¹⁷⁴ que resulta inadmisibile que: “[...]el arma más grave del Estado, el *ius puniendi*, se use sin objeciones frente a cada bronca, cada riña a cuchilladas o cada pequeño robo, y sin embargo deba retroceder en la lucha de peligros contra la vida e integridad u otros bienes jurídicos fundamentales de

¹⁷⁰ SILVA SANCHEZ, J. M. La expansión del derecho penal. Op. Cit., p. 100.

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 98.

¹⁷² Vid. HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Valencia, 1995, pp. 28-30, quienes apuntan que una de las características del Derecho penal moderno -esto es, un Derecho penal al que se recurre ya como *prima ratio*.

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ ROXIN C. *Conclusiones finales*. En: AA.VV. *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*. Ed. Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 329.

millones de hombres, como por ejemplo, los que se derivan de los fallos en los productos, los daños al medio ambiente, del uso de energía nuclear[...]”.

Todo lo expuesto revela las innumerables contradicciones y discusiones dogmáticas y político-criminales que se manifiestan en el intenso debate sobre el futuro del Derecho penal.

El paradigma del control de riesgo atribuye al Derecho penal la intangible misión de preservar el futuro, es decir, de asegurar, a través de la máxima prevención, la sociedad de los riesgos producidos por el ambicioso afán humano de controlar el propio destino y tal pronóstico conlleva a la Ciencia penal a un complejo proceso de transformación, sin embargo, para que dicho proceso implique en una verdadera evolución es imprescindible que su modernización se mantenga y se ajuste dentro de los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho. La modernización del Derecho penal no pueden comprometer las garantías básicas del sistema penal. Aunque sea importante y necesario que el Derecho penal se adecúe a las nuevas realidades sociales, insistimos que su modernización debe respetar los límites del Estado de Derecho. Estimamos que una expansión desmesurada de la intervención punitiva no representa la modernización de la Ciencia penal, quizás su negación, ya que, puede provocar daños irreparables a los Derechos humanos.

CAPÍTULO 3. LOS ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL MODERNO EN LA TIPIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

Tal como ya hemos matizado, la tutela penal de la inmigración es resultado de los cambios ocurridos en la configuración mundial global, y sobre todo, se enmarca en la coyuntura contemporánea de la política criminal del

riesgo y seguridad.

En efecto, la intervención penal en los fenómenos migratorios atiende a la actual tendencia por la búsqueda de seguridad por medio del Derecho punitivo cuya actuación se revela en las formas de un Derecho penal del riesgo que se fundamenta en una política criminal de prevención¹⁷⁵.

Como pone de relieve Maqueda Abreu¹⁷⁶, *“hay un continuum de estrategias penales y no penales dirigidas a la contención y al control preventivo de los flujos migratorios. Las penales han apostado por criminalizar la intermediación en cualquier intento de deslocalización”. La mera solidaridad también está penalizada porque basta favorecer la inmigración clandestina”*.

Así las cosas, las características que definen el actual Derecho penal moderno son claramente perceptibles en la estructura dogmática del artículo 318 bis CP¹⁷⁷. Concretamente, si partimos de la constatación de que una de las principales características del Derecho penal moderno es la disolución del concepto del bien jurídico y la introducción en los nuevos preceptos que se incorporan a las legislaciones penales de intereses de protección de carácter supraindividual o colectivo, el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis CP¹⁷⁸, es decir, la política migratoria estatal, se encuadra

¹⁷⁵ Vid., para profundizar el análisis: HERRERO, HERRERO, C. *La prevención, principal vía realizadora de la Política criminal*. En: BUENO A RÚS, F./ KURY, H., et al. (Directores). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1237ss.

¹⁷⁶ MAQUEDA ABREU, M. L. *La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales*. En: AA.VV. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Edisofer, Madrid, Vol. 1, 2008, p. 461.

¹⁷⁷ Vid. MARTINEZ ESCA MILLA, M. *Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?* Indret, 2009, p. 11. Disponible en: www.indret.com/code/getPdf.php?id=1282&pdf=651.pdf “Este precepto es un claro ejemplo de lo que los penalistas llamamos expansión del Derecho penal. El legislador, de todas aquellas conductas de favorecimiento podía haber seleccionado aquellas que considerara más graves en función de diferentes criterios: la concurrencia de ánimo de lucro, el actuar en el marco de una organización, que afecten a una pluralidad de inmigrantes, etc. Sin embargo, lejos de seleccionar, ha llevado a cabo una regulación omnicompreensiva, lo más amplia posible, con el fin de castigar cualquier comportamiento relacionado con la inmigración irregular, que de alguna forma “directa o indirectamente” la favorezcan”.

¹⁷⁸ Para el análisis en profundidad sobre el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis CP vid., infra, parte IV, capítulo 1, pp.155ss

perfectamente en esta descripción, puesto que *“el alejamiento de la protección de bienes jurídicos individuales es consustancial con un Derecho penal que no abarca el castigo o represión de danos individuales y concretos, sino la protección de condiciones o estándares de seguridad y con la evitación de perturbaciones sociales”*¹⁷⁹.

Resulta evidente entonces, tal como hemos comentado, que el interés tutelado en el vigente artículo 318 bis CP está orientado a asegurar a las funciones organizativas del Estado y en esta directriz, lo que importa es el mero mantenimiento de la vigencia de la norma. Así, la política migratoria estatal como categoría de bien jurídico colectivo presenta contornos imprecisos y de difícil delimitación cuya conducta lesiva o peligrosa para el bien jurídico no se aprecia claramente, sino que requiere la suma de muchas conductas típicas.

Otra característica aplicada a la tipificación del precepto en estudio es la utilización de las técnicas de peligro abstracto. La redacción típica contempla conductas amplias y vagas que abarcan cualquier participación en el delito sin exigir que se produzca ningún resultado material.

La utilización de la estructura de peligro abstracto revela la intención legislativa de entender ampliamente el ámbito de aplicación del derecho penal. Como observa Hassemer ¹⁸⁰, *“al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta solo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que solo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado”*.

En este propósito, los delitos de peligro abstracto se establecen como el paradigma legislativo de la sociedad de riesgo ¹⁸¹ ya que, a través de

¹⁷⁹ BUERGO MENDONZA, B. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 294.

¹⁸⁰ HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 40.

¹⁸¹ En este sentido, advierte VALLS PRIETO, J. *El Fraude de Subvenciones de la Unión Europea*. En : Colección Monografías de Derecho Penal. Dirección de D. Lorenzo Morillas

esta técnica de imputación lo que se castiga es la simple infracción del deber, la mera desobediencia a la norma y por lo tanto su aplicación en los delitos en análisis colabora con el *animus* del legislador de criminalizar todos los posibles comportamientos relacionados con la inmigración clandestina, es decir, que pongan en peligro la política migratoria.

Conectada a esta tendencia expansiva, el precepto en estudio se estructura como una norma penal en blanco cuya definición del núcleo de prohibición del tipo requiere remisiones a normas extrapenales lo que conlleva a una redacción imprecisa no sólo por la naturaleza especialmente confusa de las normas que regulan la situación de los extranjeros en España, sino también por el carácter especialmente inestable de la política migratoria, dependiente de múltiples y variados factores, como la gestión de la Unión Europea o los Acuerdos Multilaterales, entre otros aspectos.

Crítico con tal estructura típica, Jescheck¹⁸² expresa que *“la teoría de los tipos abiertos debe rechazarse, pues si el tipo se entiende como clase de injusto, pues sólo debe imaginarse como cerrado, ya que de lo contrario le faltaría, precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito”*. Para el autor alemán, la tipicidad, constituye un círculo que, para mantener su indemnidad, debe contener la totalidad de sus elementos: norma de conducta y consecuencia jurídica, de lo contrario, el círculo de tipicidad se mantendría abierto y con ello el principio de legalidad resultaría afectado.

El incremento punitivo de las sanciones también es otra característica inherente al Derecho penal del riesgo y en observancia a esta tendencia, el artículo 318 bis CP propone una de las penas más altas del ordenamiento.

Cueva. Editorial DYKINSON, Madrid, 2005, p. 30, La necesidad de un espacio europeo de normas penales. que una utilización sin límites de los tipos de peligro abstracto corresponde a la respuesta asumida por el legislador para cumplir con su “obligación” de ofrecer a la sociedad seguridad y prevención ante tales riesgos por medio del Derecho penal.

¹⁸²JESCHECK, H-H./ (WEIGEND), Th., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Traducción de la 5ª ed. Alemana por M. Olmedo Cardenete, Granada, 2002.

Ante estos planteamientos, no nos queda otra alternativa sino concluir que la regulación del tráfico ilegal de personas en la legislación española corresponde perfectamente a la estructura funcional del Derecho penal de la actual sociedad global del riesgo, asumiendo contornos evidentes del derecho penal del enemigo y, partiendo de esta constatación, a lo que sigue, esbozaremos los argumentos que nos han llevado a esta comprensión.

3.1 La inmigración irregular y la política del enemigo.

Quizás, el rasgo más significativo de las nuevas políticas criminales que se manifiestan en la confusa coyuntura actual sea el constituido por el llamado derecho penal del enemigo¹⁸³.

Ahora bien, la política del enemigo no se proyecta como una novedad en estos tiempos, en verdad, como expresa Zaffaroni¹⁸⁴ "el poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no se correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el Derecho a

¹⁸³ Vid., para profundizar el análisis sobre la teoría del Derecho penal del enemigo: GRACIA MARTÍN, L. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo". En: Revista electrónica de Derecho penal y criminología, n. 7. 2005; FEIJÓO SÁNCHEZ, J. B. El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho. En: Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, n. 16, 2006, pp. 131-186; PEDROLI SERRETTI, A. La sociología del derecho penal del enemigo. En: Revista general de Derecho penal, n. 14, 2010; NUÑEZ CASTAÑO, E. El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno? ¿hacia el Derecho penal del enemigo? En: Revista general de Derecho penal, n. 11, 2009; MANTAVONI, F. El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal. En: Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2008.

¹⁸⁴ ZAFFARONI, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., p. 11. Vid. ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. Viejas y Nuevas tendencias policríminales en las legislaciones penales. En: GOMEZ DE LA TORRE, I. B./ SANZ M ULAS, N.(Coords). Derecho penal y democracia x seguridad pública. Comares, Granada, 2005, pp. 102ss. La autora recuerda que la historia conoce muchos discursos similares sustentados en la ideología de la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la lucha contra el enemigo, la guerra preventiva, etc. Destaca que hoy igual que ayer el Derecho penal segrega y excluye a los sectores más desfavorecidos de la Sociedad, supuestamente legitimado por dichos discursos.

que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del Derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece universal y regionalmente el Derecho internacional de los Derechos humanos”.

Se trata de un Derecho que, como postulado fundamental, reniega de la calidad de “persona” de determinados sujetos, pues, su justificación normativa y social se ubica en el especial foco de peligro que integra el sujeto: si el delincuente es más peligroso, mayor ha de ser la reacción penal.

En este orden de ideas, el Derecho penal del enemigo frente al Derecho penal de los ciudadanos, se estructura bajo un endurecimiento de las medidas penales, de una manera acorde al grado de peligro que el delincuente ofrezca, frente a la sociedad cuyo ordenamiento no reconoce.

Para Jakobs, el Derecho penal del enemigo colabora con la satisfacción de las necesidades del Estado que no pueden ser atendidas desde el Derecho penal clásico y frente a las cuales no queda otra alternativa, es decir, responde el Estado de esta forma a un grupo de individuos que, según el citado autor, con su comportamiento atacan la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción, por lo tanto, individuos que representan una alta peligrosidad y ante los cuales no se tiene la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal pues por principio se enfrentan al Derecho poniendo en peligro la existencia misma de la sociedad¹⁸⁵.

¹⁸⁵ JAKOBS, G. “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G y CANCIO MELIÁ, M. Op. Cit., pp. 21-56. Vid., GRA CIA MARTÍN, L. El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp.103-104, quien expresa que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existe con respecto a ellos –esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico– es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco con medios policiales, de ahí resulta la necesidad –que no tiene ninguna alternativa posible– de configurar un Derecho penal del enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas. Jakobs considera necesaria esa diferenciación de un Derecho penal del enemigo precisamente para poder mantener la vinculación del Derecho penal general a la noción de Estado de Derecho. ‘Quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho –dice– debería llamar de otro modo a aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, que rara vez se refrenada. Y ya que no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico, entonces la introducción de un cúmulo –prácticamente inabarcable y a- de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho’. Por todo ello, y para poder seguir manteniendo un tratamiento del delincuente como persona jurídica con derecho al Derecho penal del

Desde estos términos, resulta evidente que uno de los propósitos del Derecho penal del enemigo es evitar hechos futuros y en consecuencia, actos que desde el Derecho penal liberal podrían calificarse como meramente preparatorios¹⁸⁶ y no punibles, con todo, para el Derecho penal del enemigo sí son conductas reprochables y merecen la intervención estatal.

Y es que, a través del Derecho penal del enemigo se establece una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos¹⁸⁷. Desde esta óptica, Zaffaroni¹⁸⁸ sostiene que el concepto de Derecho penal se transforma radicalmente para convertirse en el Derecho penal “de la peligrosidad”, “de la prevención” y “del estigma”.

Asimismo, expone Portilla Contreras¹⁸⁹ que la finalidad principal del Derecho penal del enemigo es proteger la seguridad cognitiva, esto es, la conservación del ordenamiento de las personas frente a todo lo que provoca un grave trastorno interno social, por lo que serán eliminadas aquellas condiciones ambientales que no ofrecen garantías cognitivas mínimas y que impiden en la práctica comportarse como personas”.

En este sentido, sus tres principales premisas, es decir, la

ciudadano, la tarea – apenas comenzada- que compete aquí a la ciencia es la de identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y separarlas del Derecho penal del ciudadano.

¹⁸⁶ Para JAKOBS la evolución de la punición de los actos preparatorios delictivos tratándose de cierto tipo de delincuencia es necesaria, como por ejemplo la punición de la constitución de una asociación criminal o terrorista, donde no se considera el daño a la vigencia de la norma sino la magnitud del daño venidero. Y es que para el autor, ante individuos que por principio y peligrosamente combaten el Estado no hay razón para actuar hasta que se sufra los efectos de ese ataque. En esos casos, por el contrario, en beneficio de la seguridad de todos se considera razonable y necesaria la intervención anticipada del Estado y en función de ello se adelanta la punibilidad de determinadas acciones.

¹⁸⁷ JAKOBS, G. Cuadernos de Derecho judicial, nº 20, p. 139.

¹⁸⁸ Vid. ZAFFARONI, E.R. *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, 2006, Madrid, 2006, p. 152.

¹⁸⁹ PORTILLA CONTRERAS, G. *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal del “enemigo”*. En: CANCIO MELIÁ M. / GÓMEZ-JARA DIEZ, C. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006. p. 677. Vid. JAKOBS, G. ¿Terroristas como personas en derecho? En: *Derecho penal del enemigo*. Op. Cit., pp. 63-64, quien destaca que la función del Derecho penal es restablecer en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma.

anticipación de las barreras de punición, la desproporción de las consecuencias jurídicas y la eliminación de garantías procesales además de la función de identificación de una categoría de sujetos como enemigos, y la correspondiente orientación al Derecho penal del autor de la regulación, señalada por Cancio Meliá¹⁹⁰, son manifiestas en la configuración dogmática del precepto en estudio ya que, el afán por combatir la inmigración clandestina está sacrificando cada vez más los clásicos principios del derecho penal liberal: principio de igualdad, principio de proporcionalidad, principio de legalidad, principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de intervención mínima entre otros. Tal opción normativa conlleva a que se establezca una guerra preventiva cuya finalidad es garantizar a todo coste la seguridad a los ciudadanos aunque tal medida pueda fragilizar los fundamentos y garantías de los Estados democráticos.

Desde este planteamiento, como ya hemos destacado, no hay como negar que la técnica legislativa adoptada en el delito del artículo 318 bis CP se identifique con los caracteres de la política penal del enemigo. Los verbos del tipo, “promover”, “favorecer” y “facilitar” intuyen a la anticipación de las barreras punitivas, es decir, se trata de un delito de mera actividad, de consumación anticipada en el que no es necesario que llegue a producirse efectivamente la entrada o residencia ilegal del inmigrante, la amplitud de las conductas típicas dificulta la distinción entre autoría y participación, sobre todo si estas conductas de favorecimiento pueden ser realizadas directas o indirectamente¹⁹¹.

Otra característica evidente de la incidencia del Derecho penal del enemigo en la tipificación del artículo 318 bis CP consiste en significativamente desproporción de la reacción del sistema punitivo en el delito del artículo 318 bis CP, pues aparte de la severidad de las penas previstas, existen conductas

¹⁹⁰ CANCIO MELIÁ, M. “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”. En: *Jueces para la Democracia*, nº 44, julio/2002, p.21; Vid., del mismo autor, *Derecho penal del enemigo*, pp. 79-81.

¹⁹¹ Vid. PEREZ CEPEDA, A. I. Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal. Op. Cit., p. 210.

como en las que se favorece la entrada ilegal de familiares o en las que se da alojamiento a inmigrantes que han entrado ilegalmente y que aunque puedan considerarse típicas no merecen una respuesta de carácter jurídico-penal.

En lo que respecta a la construcción de los inmigrantes como una categoría de “enemigos”, de sujetos peligrosos, resulta interesante la observación de Cancio Meliá y Maraver Gómez¹⁹², quienes apuntan que “ *la confusa regulación actual, en la que, por una parte, se quiere presentar al inmigrante como víctima del delito y, por otra parte, se criminaliza el mero hecho de prestarle ayuda, contribuye a lanzar un mensaje en cierta medida hipócrita que aparentemente se interesa por el inmigrante, pero que, en última instancia, convierte su propia presencia en una amenaza de carácter criminal*”.

En definitiva, aunque la normativa exprese la intención de promover la integración social, resulta difícil, como pone de relieve Maqueda Abreu¹⁹³, comprender “*cómo se puede alcanzar esa finalidad mediante simples estrategias penales de contención-expulsión cuya única pretensión es garantizar un control férreo de los flujos migratorios*”.

Y es que, al identificarse la llegada o permanencia del inmigrante con una amenaza penalmente relevante, es el propio inmigrante quien acaba siendo visto no ya como un “ciudadano”, sino como una fuente de conflictos, como un “enemigo”. El inmigrante que entra ilegalmente en España es rechazado de manera general, con independencia de cuál sea su conducta, y es mostrado como alguien distinto de quienes se encuentran en España en situación regular¹⁹⁴.

¹⁹² CANCIO MELIÁ, M/ MARAVER GÓMEZ. M. *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Op. Cit., p. 108

¹⁹³ MAQUEDA ABREU, M. L. *La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales*. En: AA.VV. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Op. Cit., p. 460.

¹⁹⁴ Vid., DE LUCAS, J. / TORRES, F. (Editores) *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos?*, Algunos desafíos y (malas) respuestas. Talasa Ediciones. Madrid, 2002, pp. 11-19. Los autores destacan que al castigar tan severamente a quienes favorecen la entrada ilegal de inmigrantes se presenta la inmigración irregular como un problema especialmente grave, como algo vinculado a la degradación de la convivencia y el aumento de la delincuencia. Se revela una actitud de temor y desconfianza hacia el inmigrante, como si su simple llegada supusiera una amenaza para nuestra sociedad. Advierten de esta concepción del inmigrante que, con carácter general, puede encontrarse detrás de nuestra política migratoria. Vid., en sentido

3.2. La construcción de los inmigrantes irregulares como categoría de sujetos de riesgo.

Según Durkheim ¹⁹⁵ “cuando la sociedad sufre, experimenta la necesidad de encontrar a alguien a quien imputar el mal, y sobre él se venega de su decepción”.

Tal comprensión del sociólogo alemán se puede aplicar actualmente a la situación vivida por inmigrantes irregulares que, en gran parte, son percibidos por la sociedad europea como sujetos indeseables, peligrosa, inadaptada culturalmente, es decir son considerados como *outsider*¹⁹⁶.

En efecto, la historia registra que en las antiguas culturas, a los pobres y/o marginados se les atribuía la culpa de los daños que sufrían los que no estaban expuestos a ello. Tal situación vuelve a repetirse en la sociedad del riesgo con los inmigrantes, sobre todo, musulmán o africano y, en menor medida, iberoamericano o procedente de países del Este de Europa ¹⁹⁷. Como expresa Del Rosal Blasco¹⁹⁸ la nueva política criminal anula o minimiza las oportunidades de acción de los individuos que se ajustan al perfil de

similar: SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op.Cit., pp. 29 y ss.

¹⁹⁵ Citado de Yves Chevalier por WIEVIORKA, M. *El espacio del racismo*. Barcelona, Paidós, 1992, p. 36. En la misma línea argumentativa vid. FOUCAULT, M. *Genealogía del racismo*. La Plata, Altamira, colección caronte ensayos, 1992, p. 247, quien subraya “[...] que uno de los fenómenos fundamentales del siglo XIX es aquel mediante el cual el poder, por así decirlo, se hizo cargo de la vida. Se trata de una toma de poder sobre el hombre en tanto que ser viviente, es decir de una especie de estatalización de lo biológico, o por lo menos de una tendencia que conduce a lo que se podría llamar la estatalización de lo biológico”.

¹⁹⁶ FERNANDEZ BESSA, C./ ORTUÑO AIX, J. M./ MANAVELLA SUÁREZ, AL. Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes. En: *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, p. 226.

¹⁹⁷ DEL ROSAL BLASCO, B. *¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?* Op. Cit., p. 29

¹⁹⁸ *Ibíd.*

individuo portador de factores de riesgo, sin darle siquiera la oportunidad de demostrar que su ajuste al perfil o el pronóstico acerca de su comportamiento futuro es erróneo.

Concretamente en lo que respecta a los Estados de la UE, Gorski¹⁹⁹ observa que el inmigrante extranjero integra, desde un punto de vista jurídico, la categoría de semipersonas, es decir, el sistema jurídico no lo trata como un sujeto con plenos derechos, sino que le da un reconocimiento parcial diferenciado del resto de ciudadanos. El autor expone que los extranjeros se convierten y son tratados como semipersonas básicamente por dos motivos. En primer lugar, porque los Estados consideran que los derechos de la persona deben ser reconocidos no a cualquier ser humano, sino plenamente a sus ciudadanos, a los que son miembros de la comunidad, y en segundo lugar, como consecuencia de las leyes y medidas específicas que los Estados elaboran para regular, controlar y sancionar a los no ciudadanos.

En efecto, en el Proyecto de Constitución Europea así como el Tratado de Lisboa se han redefinido las identidades políticas de los ciudadanos de la Unión Europea, cuya contrapartida es la exclusión del “otro”²⁰⁰.

Desde esta perspectiva, Wacquant²⁰¹ observa que en toda Europa se produce una convergencia de las prácticas policiales, judiciales y penales, en el sentido de que se aplican con una diligencia y una severidad muy particulares a las personas de *fenotipo no europeo*, “*cómodamente identificables y más fácilmente sometidas a la arbitrariedad policial y jurídica, a*

¹⁹⁹ SILVEIRA GORSKI, H. C. Estados expulsores y semipersonas en la Unión Europea. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Serie III, 2009, p. 121. Vid., FOUCAULT, M., *La vida de los hombres infame*. La Plata: Caronte Ensayos; 1993 p. 13, quien afirma que “*todo lo que se considera extraño recibe, en virtud de esta conciencia, el estatuto de la exclusión cuando se trata de juzgar y de la inclusión cuando se trata de explicar. El conjunto de las dicotomías fundamentales que, en nuestra cultura, distribuyen a ambos lados del límite las conformidades y las desviaciones, encuentra así una justificación y la apariencia de un fundamento*”.

²⁰⁰ MONCLÚS MASÓ, M., *La gestión penal de la inmigración*. Op.Cit., p. 367-368. La autora explica que el “*Proyecto de Constitución europea primero, y el Tratado de Lisboa después culminan la creación de una nueva identidad política- la de ciudadanos de la Unión, que se define por contraste con los ciudadanos de terceros Estados*”.

²⁰¹ WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*. 2ed. Manantial, Buenos Aires, 2004, pp. 116-117.

punto tal que se puede hablar de un verdadero proceso de criminalización de los inmigrantes que tiende, por sus efectos desestructurantes y criminógenos, a (co)producir el fenómeno mismo que presuntamente combate”.

Asimismo, Brandariz García sostiene que del mismo modo que todo prohibicionismo ha favorecido siempre la proliferación de la criminalidad organizada, el prohibicionismo de las migraciones favorece la exclusión social, la criminalización y la autocriminalización de los actuales migrantes, sobre todo de los jóvenes²⁰².

Así las cosas, *“la exclusión del inmigrante es un rasgo de la política criminal frente a la inmigración que encontramos ya en el ámbito de la tipificación penal, cuando se definen como delitos comportamientos que no afectan realmente a los derechos de la persona sino a la política de inmigración elegida por el Estado”*²⁰³. Todo esto conduce al inmigrante extracomunitario a asumir una notable posición en el catálogo de destinatarios del sistema penal²⁰⁴.

La inmigración, en particular la inmigración extracomunitaria, embala el discurso del miedo, de la inseguridad y se establece como una importante amenaza a la que hay que combatir con urgencia, sobre todo si se tiene en cuenta el contexto global de inseguridad frente al terrorismo internacional y la obsesión securitaria por controlar los espacios²⁰⁵.

En este panorama, una otra cuestión clave que hay que considerar

²⁰² Vid. BRANDARIZ GARCIA, J. A. *La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal español. Op. Cit., p.276*

²⁰³ MIRÓ LLINARES, F. *Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante? Op. Cit., p. 22*

²⁰⁴ Vid. BRANDARIZ GARCIA, J. A. *La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal español. Op. Cit., p.274.*

²⁰⁵ Vid. BARRERA, LOPEZ, F. M. *Op. Cit., p. 317*, quien destaca que la política comunitaria se erige fundamentalmente sobre la “criminalización” del inmigrante. El espacio comunitario se ha convertido en una fortaleza donde el inmigrante es el principal damnificado y denostado por la sospecha permanente de irregularidad. La lucha contra la inmigración irregular, el principal y diríamos casi único objeto de la política migratoria comunitaria, tiene como perjudicado último, por mucho que se penalice el tráfico de seres humanos y se responsabilice a terceros, al inmigrante que no tiene papeles, al que se le imputa el nuevo ilícito penal de nuestros días: no ser admitido entre los “nuestros”.

en la definición del grupo de riesgo es la estigmatización del colectivo de inmigrantes. El proceso de estigmatización en este caso se construye a través de una atribución genérica de ilegalidad que además, independiente de la actividad que ejerzan estos inmigrantes, tiene como consecuencia que sean agrupados conceptualmente con los delincuentes y los terroristas²⁰⁶.

De hecho, las encuestas de opinión pública certifican que en los últimos años la sociedad española percibe la inmigración como uno de los principales problemas en España. En datos precisos del barómetro de junio de 2010 realizado por el CIS²⁰⁷, la inmigración es el cuarto mayor problema existente actualmente, detrás del paro, de los problemas económicos y de los partidos políticos²⁰⁸. De manera similar, el eurobarómetro de 2009 constata que 48% de los españoles perciben que la presencia de personas de otros grupos étnicos es causa de inseguridad²⁰⁹.

²⁰⁶ GUILLÉN, F. / VALLÉS, L. *Inmigrante e inseguridad: ¿Un problema de delincuencia o de victimización?* En: AGRA, C./ DOMÍNGUEZ J. L., et. Al. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Atelier, Barcelona, 2003, p. 305. Vid., para profundizar el análisis: GOFFMAN, E. *Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, LTC, Rio de Janeiro, 1998, pp. 11ss.

²⁰⁷ Vid., los indicadores del barómetro del CIS sobre la percepción de los principales problemas en España. Según los datos recogidos en el periodo comprendido entre los años 2000 y 2010, la inmigración se ha situado en todo momento entre las principales preocupaciones de los españoles, junto con otras cuestiones como el desempleo, la inseguridad ciudadana o el terrorismo. No obstante, es a partir de abril de 2005, cuando la inmigración aparece de manera regular entre los problemas más señalados por los españoles, por encima de cuestiones que tradicionalmente acaparaban estas posiciones.

²⁰⁸ Vid., el reportaje: *Crece en España el rechazo a los extranjeros*. En: *La Vanguardia*, 11.02.2011. Disponible en "<http://www.lavanguardia.es/vida/20110211/54112738300/crece-en-espana-el-rechazo-a-los-extranjeros.html>". Los españoles están convencidos de que los inmigrantes constituyen el grupo que más ayudas recibe del Estado, incluso por delante de las personas mayores que viven solas. Y en lo relativo a la percepción sobre el número de extranjeros en España, las sensaciones se encuentran también muy alejadas de la realidad. Aunque sólo una de cada diez personas que viven en España ha nacido fuera del país, los españoles multiplican por dos esa proporción. Y a partir de ahí, únicamente el 17% de los ciudadanos (tres puntos menos que en el 2008) cree que el número de inmigrantes es aceptable, mientras que más del 70% piensa que las leyes sobre extranjería son demasiado o más bien "tolerantes". El auge de los juicios negativos sobre la inmigración se extiende incluso a la contrabución de los trabajadores extranjeros a la economía del país. Según el último sondeo difundido por el CIS sobre "actitudes hacia la inmigración", casi el 60% de los españoles (siete puntos más que en el 2008) se muestra convencido de que los inmigrantes reciben del Estado más de lo que aportan. Y únicamente el 20% piensa que reciben tanto como aportan.

²⁰⁹ Dicho esto, aunque España ya no se sitúa como uno de los países con actitudes más favorables ante la inmigración, los posicionamientos generales de los españoles ante el hecho

Toda esta coyuntura es enfatizada por los medios de comunicación²¹⁰ que ofrecen una información tendenciosa, sobredimensionada y, muchas veces, descontextualizada sobre la inmigración, lo que contribuye a formar un clima de opinión negativa que conlleva a la creación y consolidación de estereotipos que tienden a responsabilizar a los inmigrantes de gran parte de los problemas de la sociedad. De ahí que, el fomento de estereotipos que relaciona la inmigración con la criminalidad supone un círculo vicioso en el que, en la medida en que determinadas personas son etiquetadas como delincuentes en potencial, los inmigrantes indocumentados, se ejercen sobre ellas un mayor control y vigilancia, habrá más posibilidades de que sean seleccionadas por la policía y por lo tanto, descubiertas y detenidas, convirtiéndose entonces en una profecía auto-cumplida, ya que el descubrimiento de más delitos realizados por estos colectivos alimentará la creencia de que tales estereotipos responden a la realidad²¹¹.

Maqueda Abreu²¹² advierte de la función de los medios de comunicación que fomentan, junto con el Estado, la creación de ciertos estereotipos criminales (a menudo representados por sectores marginalizados, como mendigos, jóvenes pertenecientes a tribus urbanas o inmigrantes ilegales), que se significan como portadores de la inseguridad y de la amenaza de la paz social.

Siendo así, la contribución de los medios de comunicación en la construcción y refuerzo de estereotipos sociales respecto a la inmigración y la delincuencia es notable. Hay una ansiedad mediática, social y política por la

migratorio siguen siendo más favorables que los articulados por el conjunto de la población europea.

²¹⁰ Vid. FUENTES OSORIO, J. L. *Los medios de comunicación y el derecho penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-16, p. 16:1-16:51. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-16 (2005), 4 nov].

²¹¹ FERNANDEZ BESSA, C./ ORTUÑO AIX, J. M./ MANAVELLA SUÁREZ, AL. *Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes*. Op. Cit. p. 227ss.

²¹² MAQUEDA ABREU, M. L. *Políticas de seguridad y estado de Derecho*. En: PEREZ ÁLVAREZ, F. (Ed) *Serta In memoriam Alexandri Baratta* Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1288-1290.

criminalidad de los inmigrantes.

Se trata de una política represiva que percibe el extranjero ilegal desde un juicio de peligrosidad, juzgándolos e, no por su comportamiento, sino por su pertenencia a un colectivo²¹³.

En verdad, la relación construida entre los inmigrantes extracomunitarios y la idea de ilegalidad les ubica en una zona gris próxima a la criminalidad, principal determinante de su identificación como categoría prioritaria de riesgo²¹⁴ lo que les somete a un régimen que remite a la lógica de la excepcionalidad²¹⁵.

Y es que, los inmigrantes extracomunitarios inquietan a la sociedad europea. Son los “otros”, los “extraños” y convivir con quienes no compartimos valores, nacionalidad, color, provoca una subjetiva sensación de riesgo. A ellos se les atribuyen los conceptos de inutilidad y peligro, situándoles en una marginalización social que asocia la inmigración con delincuencia.

Una clase peligrosa, cuya peligrosidad, más que percibida realmente, aparece como objeto de una construcción social e institucional, se materializa así, de forma dramática, en los alarmantes datos de población carcelaria, denuncias y arrestos de migrantes.

CAPÍTULO 4: LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LOS FENÓMENOS MIGRATORIOS

En palabras de Roxin: “*La cuestión de las cualidades materiales que*

²¹³ Vid., PORTILLA CONTRE RAS, G. *La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y posmodernista*. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., (dir), PÉREZ ALONSO, E., (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Op.Cit., p.9.

²¹⁴ BRANDARIZ GARCÍA, J. A. Op. Cit., p. 133

²¹⁵ Vid. BRANDARIZ GARCIA, J. A. *La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal español*. Op. Cit., p.277.

*debe reunir un conducta para ser sometida a pena estatal siempre será un problema fundamental, no sólo para el legislador, sino también para la ciencia jurídico-penal*²¹⁶.

Desde que iniciamos esta investigación muchas fueron las interrogantes que incidieron en nuestro análisis crítico sobre la tutela penal de los fenómenos migratorios, no obstante hay un cuestionamiento que aún nos sigue desafiando: ¿Es legítima la intervención del Derecho penal en los movimientos migratorios? Es decir, el Derecho penal como forma más grave de la intervención del Estado frente al individuo encuentra legitimación²¹⁷ para criminalizar conductas referentes a los flujos migratorios? Y si es legítima, de qué manera puede el Derecho penal actuar en el desplazamiento humano transfronterizo sin comprometer los principios de un Estado social y democrático de derecho. En otros términos, importa saber en qué medida es necesaria la participación del Derecho penal en el ámbito de los movimientos migratorios.

Tal cuestionamiento nos remite a importantes discusiones doctrinarias que se enmarcan en el panorama de complejidad y de difícil comprensión que atraviesa la Ciencia punitiva actualmente, precisamente, en lo que atañe a los criterios de legitimación material del contenido de las normas penales, puesto que el proceso de selección de lo que debe y puede proteger, de acuerdo con la naturaleza instrumental del derecho penal aún entusiasma y desafía la doctrina penal, sobre todo, si tenemos en cuenta la actual política criminal de gestión de riesgos que se enfrenta con crecientes problemas de

²¹⁶ ROXIN, C. *¿ Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* Op. Cit. p. 443.

²¹⁷ Vid. ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *Política Criminal*. COLEX, Madrid, 2001, pp. 33-3, quién expresa que no es conveniente confundir “legitimidad” con “legitimación”. Mientras que la primera refiere a la confianza de los ciudadanos al gobierno del Estado, la segunda nos ubica en el plano teórico de la justificación de las medidas adoptadas por el Estado. Asimismo señala la autora que “en la realidad se suele fundamentar las actuaciones políticas en la mera legitimación, esto es, en los índices de acatamiento y aceptación de los ciudadanos olvidando que de lo que se trata es de dilucidar si la actuación política responde a unos parámetros externos, que constituyan valores consensuados en la sociedad”; porque la legitimidad de la actuación político-criminal reside “no en su capacidad para organizar las respuestas que la sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir dicho fenómeno dentro del sistema de valores democráticos

legitimidad debido al avance normativo hacia directrices autoritarias con criterios de legitimación exógenos y que no concurren con los principios de garantía liberales²¹⁸.

Evidentemente que una intervención punitiva legítima debe observar el contexto histórico, político y social en el sentido de seleccionar los fundamentos axiológicos y teleológicos que están en concordancia con los fines del Derecho penal, ya que como destaca Silva Sánchez²¹⁹ “*Sólo una vez conocidos que fines debería cumplir el Derecho penal en una sociedad de constitución socio-cultural determinada, podrá decirse si son las atribuciones de fines compatibles con el Derecho positivo son correctas o no*”.

Por otro lado, es cierto que el Derecho penal como un instrumento de control social sancionador siempre ha despertado polémicas, no obstante, existe un amplio consenso en la doctrina científica de que su finalidad legítima debe atender a un fin genérico de protección, es decir, su intervención está legitimada siempre que haya una conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico²²⁰.

No obstante, también es cierto que aunque la finalidad legítima del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos, dicha afirmación no

²¹⁸ NAVARRO CARDOSO, F., *El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador*. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed). *Serta. In memoriam Alexandri Baratta* Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1328.

²¹⁹ SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2ed. Ampliada y actualizada. Buenos Aires, 2010, p. 315.

²²⁰ Vid. GOMÉZ DE LA TORRE BERDUGO, I/ ARROYO ZAPATERO, L. *Et al. Curso de Derecho penal. Parte General*. 2ed. Adaptada a la reforma de 2010 del CP. Ediciones experiencia. Barcelona, 2010, p. 5. Los autores enfatizan que fundamentar el Derecho penal en la necesidad de su existencia para mantener el modelo de sociedad supone haber resuelto previamente el problema de su legitimación. Destacan que la necesidad de que una determinada conducta esté castigada con una determinada pena ha de ser demostrada y la demostración ha de producirse en todos los momentos por los que pasa el sistema penal. Es decir, ha de demostrarse: a) que es necesario para el mantenimiento del orden social que una determinada conducta esté tipificada por el legislador como delictiva y que su realización está amenazada con una pena de determinada intensidad. b) que es necesario que el comportamiento de un ciudadano, que ha realizado la conducta prevista por la ley como delictiva, sea castigado con una determinada intensidad de pena. c) que es necesario que el condenado a una pena sufra de modo definitivo en sus bienes una privación de esa intensidad. Como ha afirmado Gimbernat, el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena que prevea en su ordenamiento resulte innecesaria, es decir, que el estado cause más padecimiento del absolutamente imprescindible.

significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que a todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinarse la intervención del Derecho penal, por lo tanto, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal²²¹. Como pone de relieve Morillas Cueva²²², el Derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos más vitales para el mantenimiento de la convivencia social, bienes jurídicos que se manifiestan, pues, como valores esenciales del individuo y de la sociedad.

Desde estos términos, podemos concluir que el criterio de valoración de la intervención penal deberá ser la teoría del bien jurídico, no obstante, definir las condiciones que permitan precisar cuándo estamos ante un bien jurídico-penal aún revela innumeras controversias en la dogmática penal. Las dificultades se manifiestan frente a los criterios que han considerarse para delimitar a un bien jurídico protegible penalmente ya que estimar la entidad del bien jurídico digno de tal protección requiere la elaboración de concepto material que actúe como referente de la actividad legislativa, cumpliendo de esta manera, una función legitimadora de la intervención punitiva.

Así, teniendo en cuenta lo dicho y considerando que las reacciones frente a las nuevas incriminaciones inciden tanto en el aspecto de su legitimidad como de su eficacia, la reflexión a seguir tiene por objeto sistematizar los posibles criterios de legitimación de la tutela penal de la política migratoria. Para ello, partiremos del análisis de los principios de protección estructurales de una intervención penal garantista, es decir, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de intervención mínima y el de lesividad.

²²¹ MIR PUIG, S. *Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del ius puniendi*, en: e l mismo. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pág. 159 y ss., Edit. Ariel, Barcelona. Vid. Z AFFARONI, E.R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*. Op.Cit., pp.491-496, quienes apuntan que de conformidad con los principios rectores de la política criminal democrática no todas las lesiones ni los peligros serán pasibles de sanción penal, sino sólo aquellos que permanezcan luego de su confrontación con los principios de última ratio, subsidiaridad, proporcionalidad, merecimiento y necesidad de pena.

²²² MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal*. Op. Cit., p. 94.

4.1. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

4.1.1 Cuestiones previas.

Establecer el bien jurídico ²²³ de los tipos penales consiste para la doctrina y jurisprudencia penal un reto importante a la hora de justificar y legitimar la intervención punitiva del Estado. Así, para alcanzar tal objetivo, partimos del siguiente cuestionamiento: ¿De qué criterios disponemos para saber con certeza qué nuevos bienes jurídicos debemos llevar al Código Penal²²⁴?

Teniendo en cuenta este planteamiento, Cuello Contreras²²⁵ en el análisis de los presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal sostiene que el concepto de bien jurídico aunque goce de gran tradición en Derecho Penal se desarrolla en un contexto de considerable imprecisión teórica en cuanto a la determinación de sus perfiles²²⁶.

²²³ CUELLO CONTRERAS, J. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico*. Anuario de Derecho Penal, 1981, p. 463. Destaca aún que “Para la doctrina penal actual, la importancia del Bien jurídico presenta una doble faceta: una, que afecta a su utilidad para la interpretación de los tipos penales (interpretación teleológica) y otra, referida a los criterios y límites con que el legislador puede crear nuevos tipos penales -o hacer desaparecer los ya existentes.” *Ibidem*.

²²⁴ *Ibidem*., p. 462

²²⁵ *Ibidem*., p. 462.

²²⁶ Vid. En el mismo sentido, MORIL LAS CUEVA, L. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*. Ley Penal. 2.ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 98ss quien señala que la idea conceptual y funcional de bien jurídico ha sufrido una constante transformación que toda vía se puede estimar inacabada [...], FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do Crime*. Coimbra Editora. Editora Revista dos Tribunais. 1ªed brasileira, 2ª ed portuguesa, São Paulo, 2007, p. 122, se señala que não constituindo o bem jurídico um conceito fechado e apto à subsunção, bem se compreende que, apesar de toda a evolução e progresso verificados, continuen hoje a discutir-se varias questões relativas 1ª sua concreta verificação.

Vives Antón²²⁷ también alude a que *“el concepto de bien jurídico es uno de los más problemáticos de la dogmática, pues todo en él se discute: desde su condición entra o extra normativa hasta su virtualidad hermenéutica y, sobre todo, su capacidad de servir de límite a los posibles excesos del legislador”*.

En efecto, “[...] *qué es en realidad un bien jurídico supone un incómodo esfuerzo en la tarea de dar una respuesta satisfactoria*”. Ante tal interrogante, Hefendehl enfatiza [...] *“que en el intento de definir positivamente un bien jurídico se llega rápidamente a un resultado que nos desilusiona: la relatividad social y político- jurídica del fenómeno bien jurídico nos condenan a la triste encrucijada de elegir entre la vaguedad o la selectividad. O bien utilizamos una definición tan vaga que no enuncia claramente sus atributos y funciona como cláusula general, o bien usamos un concepto que incluye únicamente a una parte de los bienes jurídicos protegidos y consentidos por nuestros Códigos penales”*²²⁸.

Interesante y curiosa resulta la reflexión sugerida Hefendehl si observamos que los bienes jurídicos a proteger, tal como enfoca Cuello Contreras²²⁹ *“se extraen de la realidad social, en la que están enraizados, serán las Ciencias sociales las llamadas a proporcionar al Derecho penal el conocimiento de la realidad social del delito e, incluso a aconsejar qué medidas son las más eficaces para atajarlo. Ello, sin embargo, no debe hacer olvidar que la última decisión sobre qué debe castigarse y cómo, es una decisión política”*.

²²⁷ VIVES ANTÓN, T. S., *Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico*. Disponible en: TOL702.781

²²⁸ HEFENDEHL, ROLAN D *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto?* Anales de Derecho. Universidad de Murcia, n. 19, 2001, pp. 148-147.

²²⁹ CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del delito*. 3 ed., Dykinson, Madrid, p. 55; Vid. HO RMAZABAL MALAREE, H. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objetivo protegido por la norma penal*. Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992, p.11 quien destaca que por ser el Estado el responsable por la determinación de los objetos a ser protegidos, la forma y la intensidad de su protección, se trata de una decisión política, por lo tanto, de una decisión no neutral la que toma el Estado cuando designa los bienes jurídicos que habrán de ser protegidos penalmente, que serán naturalmente sus bienes jurídicos.

Dicho esto, cabe añadir las consideraciones de Morillas Cueva²³⁰ para quién la realidad social es, sin duda, la referencia inmediata para selección de los bienes jurídicos, con todo, señala que se trata concepto ambiguo y a que actúan intereses muy diversos y, a veces, enfrentados tales como los intereses económicos, sociales, personales, mediáticos entre otros. Para armonizar estos intereses, destaca el referido autor que los Estados democráticos y de derecho conciben la Constitución como una norma directriz obligatoria para la convivencia y resalta que, siempre, será ésta la más adecuada, *“por su forma de elaboración y por sus presupuestos formales y materiales, como vehículo garantizador de las libertades y necesidades ciudadanas”*.

En la valoración de Roxin²³¹ la idea de bien jurídico se concibe desde la noción de Estado de derecho que se extrae de los principios contenidos en la Constitución. Los bienes jurídicos se presentan en sus palabras como *“realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”* y añade que *“la concepción de bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico”*²³².

Según se ha visto, la comprensión de lo que es y significa el bien jurídico exige un planteamiento que exprese una estructura social en el que los individuos y las cosas se relacionan entre sí formando una compleja red, cuyo mantenimiento existe una voluntad mayoritaria pues de ello depende la

²³⁰ MORILLAS CUEVA, L. *Derecho Penal. Parte General. Op. cit.* p. 98

²³¹ ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* en HEFENDEHL, R. (editor) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?* Barcelona, 2007, p.448

²³² ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.* Madrid, 2003. pp. 57-58 y añade este autor que “los bienes jurídicos no tienen una eterna validez iusnaturalista, sino que se ven afectados por los cambios en la estructura constitucional y las relaciones sociales.” *Ibidem. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* *Op.cit.* p.458 En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J. “*El Derecho Penal Español*” *Op. Cit.* p. 59.

existencia mínima del Estado de Derecho. “ *Ese mantenimiento impone la necesidad de que ciertos intereses sean custodiados penalmente. A veces esos intereses serán derivaciones de derechos humanos superiores. Cuando esos intereses de diverso origen son reputados como imprescindibles en el máximo grado se transformarán en bienes jurídicos penalmente tutelables*”²³³.

No obstante, aunque la doctrina mayoritaria reconozca la concepción del bien jurídico desde una perspectiva restrictiva y garantista, cabe aún destacar los que enfocan la definición de bien jurídico desde las aportaciones de las tesis funcionalistas basadas en la confirmación de la vigencia de la norma. Sobre este tema Jakobs²³⁴, alega que “ *el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma*”. En este sentido, para el doctrinador alemán, el bien jurídico representa un papel secundario.

Dicho planteamiento es criticable por importante sector doctrinal²³⁵, Olmedo Cardenete²³⁶ afirma que aunque la categoría del bien jurídico no es un “*muro de contención*” demasiado eficaz para los excesos del legislador y que cualquier máxima ha podido ser elevada doctrinalmente al rango de bien jurídico, existen bienes jurídicos inspirados en derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos cuya instrumentalización dogmática permite determinar el comportamiento penalmente relevante. Añade que “ *la protección de la vigencia de la norma no proporciona criterios interpretativos alguno y sobre todo, no permite (de) limitar el alcance de la norma penal pues se carece de*

²³³ QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*. Thomson Aranzadi. Elcano, 2010, p. 70.

²³⁴ JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 2000, p.11.

²³⁵ Vid. ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, en la teoría del bien jurídico. Op.Cit., pp. 456-457. Roxin no comparte de este entendimiento, pues el sistema social no debe ser conservado por su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en sociedad.

²³⁶ OLMEDO CADERNETE, M y NETO ARAÚJO, F. *Introducción al derecho penal*. Ara Editores, Perú, 2007, pp. 62-63

una guía valorativa que oriente la interpretación de los términos en los que se pronuncia el tipo penal".

Así, de acuerdo con lo expuesto, aunque el concepto de bien jurídico no presente unidad teórica en los debates científicos, su determinación constituye un criterio fundamental para el intérprete indagar el significado y fundamento jurídico de la conducta reallizada. En este sentido, Olmedo Cardenete²³⁷ sostiene que, "el reconocimiento de un bien jurídico concreto y la determinación de su contenido sirve para acotar el alcance de la norma penal a través de su interpretación teleológica que toma de guía el bien jurídico tutelado por la norma".

Además, nos parece importante señalar que en un Estado social y democrático de derecho que sobrevive a la sombra de los riesgos matizados por la expansión del derecho penal²³⁸, la teoría de bien jurídico protegido consolida la misión del derecho penal que en palabras acertadas de Jescheck²³⁹ "es la protección de la convivencia en sociedad de las personas". Es decir, "las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos"²⁴⁰.

En esta perspectiva, Cuello Contreras²⁴¹ enfatizando los argumentos de Jescheck señala que el Derecho penal tiene encomendada la tarea de

²³⁷ *Ibidem.*, p. 62

²³⁸ Vid. PÉREZ CEPEDA, A.I. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. IUSTEL, Madrid, 2007, p. 23. Opina la citada autora que la presión de la sociedad de riesgo incita a una política –criminal simbólica, ya que el logro de la seguridad se convierte en motivo determinante de la ordenación de la vida social, y como el derecho penal, ciertamente, debe sentirse vinculado al pensamiento democrático, está en la obligación de medir y traducir la discusión político criminal entre las instituciones comunitarias, de un lado, y la opinión pública de otro, que actualmente presenta dicha tendencia.

²³⁹ JESCHECK, H-H./ (WEIGEND), Th., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Traducción de la 5ª ed. Alemana por M. Olmedo Cardenete, Granada, 2002, p.2

²⁴⁰ ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* *Op.cit.* p. 447.

²⁴¹ CUELLO CONTRERAS, J. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico*. *Op. Cit.* p. 461. Sobre la Finalidad del Derecho penal señala que ésta no será la de indicar a los ciudadanos, conforme a un orden ético determinado, como ha de dirigir su conducta sino solo garantizar la

proteger la coexistencia en sociedad según las directrices de la Constitución y, argumenta que “*sólo merecen protección penal aquellos bienes que realmente cumplen una función social imprescindible para la convivencia pacífica de todos, no bastando a tales efectos, con que se trate de un bien sólo relevante a la luz de una determinada concepción ética, religiosa, ideológica o de cualquier otra índole, aunque se la dominante en la sociedad*”²⁴².

Desde nuestro juicio, consideramos que en una sociedad democrática y pluralista, la protección de los intereses jurídico penales se desvelan desde las necesidades sociales cuya escala de valores encuentra sus límites en los preceptos constitucionales que legitiman y fundamentan el Estado social y democrático Derecho. Así que, en este ámbito, el Derecho penal, además de no poder amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución, debe observar las valoraciones sociales mayoritarias que sirven de parámetro normativo fundamental para el legislador penal emprender su tarea de concreción legislativa de las conductas intolerables por su dañosidad social²⁴³.

4.1.2. Delimitación del bien jurídico penal en la sociedad del riesgo.

Partimos del entendimiento de que el bien jurídico es el fundamento material de la dogmática penal, sin embargo, debemos admitir que el análisis actual del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el ámbito del paradigma penal de las sociedades democráticas contemporáneas encuentra en los postulados de la sociedad global del riesgo desafíos de orden político criminal que sugieren cuestionamientos cuya discusión encierra controversias

seguridad al objeto de que aquellos puedan desarrollarse individual y socialmente según su propia libertad y responsabilidad.

²⁴² *Idem.*, *El Derecho Penal Español. Parte General*. Op. Cit., p.54.

²⁴³ OCTAVIO DE TOLDO Y UBIETO, E. *Funciones y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Anuario de Derecho Penal, 1990, p.10

sobre la persistencia del citado principio y preconiza el apareamiento de una nueva dogmática penal.

En verdad, tal como ya hemos comentado, los tiempos que corren en el ámbito de las ciencias penales, no son precisamente los mejores para la teoría del bien jurídico. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como elemento integrante de una teoría de la legitimación del Derecho penal, se encuentra en crisis.

Desde este planteamiento Moccia²⁴⁴ observa que el bien jurídico o sufre actualmente una crisis que cuestiona su función más significativa: “ *la delimitar la intervención penal, y ello como consecuencia de entender legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, sin tener en cuenta el criterio del daño social de la conducta, en nombre de un exasperado pragmatismo de la eficiencia*”²⁴⁵.

En esta coyuntura, de limitar y precisar la legitimación del Derecho penal en una sociedad moderna y compleja como la que tenemos polariza polémicos argumentos sobre el presente y futuro del Derecho penal moderno²⁴⁶, sin embargo, la doctrina científica mayoritaria²⁴⁷ sigue sosteniendo que al Derecho penal le corresponde la tutela de bienes jurídicos y que, por tanto, estos deben actuar como límite del *ius puniendi*.

²⁴⁴ MOCCIA, S. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. En: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, pp. 113 y ss.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 114-115. Vid., FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do Crime*. Coimbra Editora. Editora Revista dos Tribunais. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa, São Paulo, 2007, pp. 133-154, quien aborda la actual crisis del derecho penal del bien jurídico.

²⁴⁶ Vid., *supra*, pp. 66-76.

²⁴⁷ Vid. MIR PUIG, S. *Derecho Penal. PG. 6ª ed.* Reppertor, Barcelona, 2002, pp. 128 ss., advierte que como límite del *ius puniendi* del Estado, se tiene que el Derecho penal se fundamenta en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos dentro de un Estado social y democrático de derecho vinculado a este principio se encuentra el principio de dañosidad o lesividad (*nullum crimen sine iniuria*), según el cual, el Derecho penal trata de evitar lesiones a los bienes jurídicos más importantes.

Asimismo De Toledo y Ubieta ²⁴⁸ argumenta que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos tiene por objetivo dotar de ciertos contenidos materiales a esos bienes jurídicos en el sentido de obligar al Estado a deparar protección normativo-penal a determinados intereses y a no otorgársela a otros. En sus palabras “ *es producto de la lucha contra el Poder. Derivado de la confrontación histórica entre quienes, por encima de cambios cosméticos, procuran la inmovilización del sistema jurídico o su valoración en el único sentido del afianzamiento y expansión más sutil de su poder, pues con ese sistema satisfacen sus particulares intereses (de siempre ya realizados), y quienes pugnan por su modificación auténtica, y no solo por su leve permeabilización, ya que todavía no da cobijo o no lo da suficientemente a los intereses difundidos de la mayoría y al ejercicio efectivo de los que formalmente se reconocen a cada individuo (que están aún por realizarse)*”.

Ante tal razón, el fundamento material del bien jurídico, como requisito para la criminalización de conductas, además de ser imprescindible en un Estado social y democrático de Derecho ²⁴⁹ impone al legislador la obligación de concretar los valores de convivencia susceptibles de lesión en el desarrollo de las relaciones sociales, aunque, como advierte Silva Sánchez²⁵⁰ haya una significativa discrepancia entre las concepciones doctrinales acerca del bien jurídico penalmente protegible y la realidad de los bienes jurídicos penalmente protegidos en virtud de los nuevos procesos de incriminación.

En esta línea, Ferrajoli ²⁵¹ esboza cuatro criterios para una política criminal orientada a la tutela máxima de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos. Según el referido autor, el primero y más importante es el criterio de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, completando la vaguedad de l mismo, afirmando que ningún bien justifica su

²⁴⁸ DE TOLEDO Y UBIETO, E.O. *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Op.Cit., p. 19.

²⁴⁹ ZAFFARONI, E.R., /ALAGIA, A., /SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*. 2. Ed., Ediar, Buenos Aires, 2002. Op.cit.,pp. 483-511.

²⁵⁰ SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op. Cit., p. 453.

²⁵¹ FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Op. Cit., p. 471.

protección penal, en lugar de una de carácter administrativo o civil, si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. Además, sugiere un criterio axiológico que establece que las prohibiciones no sólo deben estar dirigidas a la tutela de bienes jurídicos, sino que además deberán ser idóneas. De allí que “una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes”²⁵².

Desde estos términos, se puede deducir que si un determinado bien jurídico puede estar razonablemente protegido sin recurrir al Derecho penal, no pueden incriminarse las conductas lesivas del mismo. De este modo, la necesidad de protección penal aunque sea condición necesaria, no es condición suficiente, pues no todo bien jurídico que necesite la protección penal es, solo por ello, un bien jurídico penal²⁵³.

En efecto, en concordancia con la referida línea argumentativa, podemos concluir que el contenido material del bien jurídico penal debe restringirse al merecimiento y necesidad de protección penal, lo que en palabras de Mir Puig²⁵⁴ se expresa así: “Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho pena”.

Es evidente que la idea de merecimiento de protección penal es compleja, y su concreción, dada su base axiológica, probablemente más difícil aún que la idea de necesidad de protección penal, ya que el bien jurídico penalmente protegible suele sujetarse a los cambios históricos y condicionarse por las estructuras socio-culturales de una sociedad²⁵⁵.

²⁵² Ibídem., p. 473.

²⁵³ Vid. SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op. Cit., p. 456.

²⁵⁴ MIR PUIG, S. *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*. En: AA. VV. *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Santiago de Compostela, 1991, p. 162.

²⁵⁵ SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op. Cit., p. 456.

El merecimiento de la protección comprende la determinación de qué realidades es justo hacer uso de la protección penal, en el sentido de que se presenten especialmente valoradas y fundamentadas. En este sentido, como pone de manifiesto Silva Sánchez ²⁵⁶, no basta con que un determinado bien jurídico merezca la protección penal, e incluso pueda necesitar de ella, ante la ineficacia de otros medios. Es preciso también que sea susceptible de ser protegido penalmente, extremos éste que no concurre en todos los casos, y para cuya valoración conviene tener muy en cuenta las condiciones reales de todo el sistema penal.

De acuerdo con Muñoz Conde ²⁵⁷ una determinación injusta del merecimiento de pena es inaceptable desde el punto de vista normativo, por muy útil que parezca y añade que una determinación inútil del merecimiento de pena también es injusta, pues produce más daños que beneficios o porque, en todo caso, impone al ciudadano al criminalizar su conducta una carga que no es necesaria para conseguir una meta correcta y que, por tanto, no se puede justificar adecuadamente.

El bien jurídico, por lo tanto, sólo puede llegar a serlo, más allá de cualquier tipo de fundamentación normativa, cuando existe una clara necesidad social, que con cierta frecuencia se ponga en peligro o se lesione y cuya lesión produzca sentimientos reales de amenaza²⁵⁸.

²⁵⁶ *Ibidem.*, p 459.

²⁵⁷ HASSEMER, W/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Op. Cit., p. 68.

²⁵⁸ Vid. MOCCI A. S. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. Op. Cit., p. 60. Detaca que el estrecho vínculo con la realidad social ha propiciado que el bien jurídico asuma una importancia esencial en la reconstrucción del tipo de injusto y, por ello, un rol fundamental de garantía en la delimitación del instrumento penal. Por consiguiente, junto con la tradicional función dogmático-interpretativa, el bien jurídico ha pasado a desempeñar una función crítica y trascendente al sistema penal, entendiéndose como criterio decisivo para una política criminal expresiva del Estado social de Derecho. Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.) *Fundamentos de Derecho penal*. PG. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 97, destaca que "si el Derecho penal de una sociedad democrática se legitima porque resulta necesario y útil para la prevención de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que las investigaciones empírico-sociales sobre la criminalidad demuestran que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna.

Siendo así, nos parece oportuno destacar las palabras de Cuello Contreras²⁵⁹, quien afirma que “ respecto a los bienes jurídicos a proteger penalmente, debe reinar el mayor consenso social posible, por lo que, en la duda sobre la eficacia de la protección penal de un determinado bien jurídico, se debe optar por la no punición”.

Asimismo plantea Tavares ²⁶⁰, que “la construcción valorativa del bien jurídico, como dato del ser, significa orientar su cognición al propósito de someter sus conclusiones a una contraprueba, o sea el proceso cognitivo debe estar subordinado, ante todo, a un juicio de refutabilidad correspondiente a los principios de un Estado democrático. [...] Con ello, solo será caracterizado como bien jurídico aquello que pueda ser concretamente lesionado o puesto en peligro, pero de modo tal que la afirmación de esa lesión o de ese peligro sea susceptible de un procedimiento de contestación. [...] Es preciso que ese valor presente además sustancialidad, de forma que se pueda fundamentar un procedimiento de demostración de la lesión o puesta en peligro sufridas”.

Hechas estas consideraciones, en las reflexiones que siguen abordaremos, sin pretensión de exhaustividad, la protección penal de los bienes jurídicos colectivos.

4.1.3. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos.

La aparición de los bienes jurídicos colectivos se ha visto incrementada con el desarrollo de las sociedades actuales, principalmente ante el avance de la ciencia y de la tecnología en el marco de la sociedad global del riesgo cuyas consecuencias han propiciado la aparición de nuevas formas de criminalidad²⁶¹. Frente a tal panorama, la doctrina científica señala la necesidad

²⁵⁹ CUELLO CONTRERAS, J. *Derecho penal español. Parte general*. Op. Cit., p.66.

²⁶⁰ TAVARES, J., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, (trad. Cu narro), Ham murabi, Buenos Aires, 2004, p. 83.

²⁶¹ MATA Y MARTÍN, R. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Comares. Granada. 1997, p. 5.

de cuestionar y redefinir dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal²⁶², pues, la legitimación de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos aún no manifiesta un consenso²⁶³.

De hecho, la incorporación en los textos penales de los bienes jurídicos colectivos ha sido ampliamente cuestionable²⁶⁴. Las reacciones frente a la protección penal de estos bienes inciden tanto en el aspecto de su legitimidad como de su eficacia. Los argumentos doctrinales suelen destacar la idea de vulneración del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, pues el grado de concretización de dichos bienes se difumina y la tipificación de las conductas expresan, sobre todo, objetivos de organización política, económica y social.

Dicha problemática confirma que uno de los cuestionamientos

²⁶² Vid., CORCOY BIDASOLO, M. *Protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales y derecho penal mínimo*. En: *Derecho penal del siglo XXI*. Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 370.

²⁶³ Vid. CORCOY BIDASOLO, M. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal. *Op. Cit.* p.27ss. Sostiene la autora que La legitimidad o iligitimidad de la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales se debe encuadrar en el marco de la sociedad compleja en la que nos encontramos inmersos en los albores del S. XXI, y de las consiguientes nuevas sociedades, nuevos valores, nuevos problemas de los miembros de la sociedad que, aun cuando no se conciba como sociedad del riesgo, al menos hay que calificarla como sociedad compleja. En una sociedad altamente tecnificada e industrializada como es la nuestra, en la existen una serie de relaciones de interacción interpersonal anónimas crecientes, se tienen que ir cuestionando y redefiniendo dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal. Vid. ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general*. *Op. Cit.* p. 62, quien resalta que: debe reflexionarse sobre el hecho de que para el mantenimiento de la vida en nuestro planeta, los tipos penales referidos al futuro, solo podrán realizar una pequeña aportación. En este campo, junto con convenios internacionales y trabajo informativo para cambiar las mentalidades, tendrá que entrar en juego el instrumental de política social de todo el ordenamiento jurídico. Es decir aunque nos viéramos forzados a ir aquí y allá más lejos de la protección de bienes jurídicos concretos y a proteger jurídico penalmente contextos de vida» mediante normas de conducta relativas al futuro, seguiría siendo válido en esa medida el principio de su bidiridad. No obstante, aquí, se abren paso evoluciones que probablemente cobren gran importancia en el Derecho penal del siglo XXI; pero, a lo sumo conducirán a una cierta relativización, y no a un abandono de la idea de bien jurídico.

²⁶⁴ Vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Comares. Granada. 2003, p. 171ss. Vid. GRACIA MARTIN, L. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2003, p. 132, quien apunta que la crítica, en realidad consiste en una negación de la condición misma de bienes jurídicos a estos nuevos objetos de protección penal. Lo protegido aquí, se dice, no serían en realidad bienes jurídicos, sino funciones, esto es, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, o bien contextos, entorno a condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales; en fin, sólo objetos ficticios de tutela que sirven de pretexto para una ampliación de la incriminación de comportamientos”

actuales que afronta la teoría del bien jurídico es su empleo en el ámbito de los denominados bienes jurídicos colectivos. La proliferación de reformas legales que introducen en los códigos penales preceptos protectores de tales bienes ha dado origen a una intensa polémica sobre su procedencia²⁶⁵.

Pues bien, hechas estas consideraciones, importa cuestionarse sobre qué es un bien jurídico colectivo. La doctrina científica expresa que estamos en presencia de un bien colectivo cuando “*sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a cada individuo*”²⁶⁶. Asimismo Soto Navarro²⁶⁷ destaca que todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, de tal manera que nadie puede ser excluido en su uso, ni tampoco existe una rivalidad en el consumo, es decir, el uso o disfrute de ese bien por un individuo no perjudica ni impide que otro individuo haga lo mismo. Afirma que los rasgos más destacados de estos bienes son su titularidad compartida: la indisponibilidad, la indivisibilidad y su naturaleza conflictual. Sin embargo, advierte que ni la titularidad compartida ni la indisponibilidad son caracteres exclusivos de los bienes jurídicos colectivos, por cuanto también pueden predicarse, dentro de ciertos límites, de algunos bienes jurídicos individuales. En efecto, el auténtico criterio diferenciador nos viene dado con el rasgo de la indivisibilidad que sólo poseen los bienes jurídicos colectivos y es ahí en donde radica su especialidad.

²⁶⁵ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS J. L. *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*. REPCOR, nº 15, diciembre 1998, en <http://cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>.

²⁶⁶ HEFENDEHL, R. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. trad. de E. Salazar Otero, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 04-14 (2002), p. 4, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>. El autor aún advierte que “*Tendríamos que ser prudentes en este punto e intentar en la medida de lo posible la erradicación del ordenamiento penal de los bienes jurídicos aparentes. Siempre que se oiga que un tipo delictivo debe proteger la validez del ordenamiento jurídico, la seguridad colectiva o el orden público o la seguridad del tráfico, debería colocarse junto a éstos una luz roja de alarma. ¿Qué es realmente la seguridad del tráfico? En nuestra opinión es simplemente la protección de los bienes jurídicos individuales (como la vida o la salud) de los participantes en el tráfico automovilístico. No se trata, pues, de un bien jurídico colectivo*”. Ibidem., p. 9.

²⁶⁷ SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Op. Cit., p. 194.

Las posiciones se discrepan en claro antagonismo²⁶⁸ cuando se refieren a su admisibilidad como categoría autónoma de la Ciencia penal. En este sentido, desde una visión estructuralista-sistémica, identificamos los bienes jurídicos colectivos sin referente individuales, es decir, aquellos que aluden a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social²⁶⁹.

A la inversa, Hassemer, Muñoz Conde, Padovani y Terradillos Basoco²⁷⁰, admitiendo que existe una relación de dependencia entre los bienes individuales y colectivos, argumentan que los bienes jurídicos colectivos sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo. Estos autores estiman, en líneas generales, que la intervención penal debe orientarse en el sentido de que los intereses de la persona sean favorecidos frente a los de la sociedad y del Estado, funcionalizando los intereses generales desde el punto de vista de la persona y deduciendo los bienes sociales y estatales a partir de los individuales. Desde estos argumentos niegan la autonomía funcional de los bienes jurídicos colectivos y defienden un derecho penal vinculado a principios, que justifique y limite su intervención en función de si tutelan intereses humanos dignos de protección²⁷¹.

²⁶⁸ Vid. MIR PUIG, S. *Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi*. *Op.Cit.*, pp. 205 y ss. Quién observa dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno, es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema.

²⁶⁹ SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. *Op. Cit.*, p. 181.

²⁷⁰ Vid. HASSEMER, W. *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. Tomo 45, 1992, pp. 235 ss.

²⁷¹ Vid. SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. *Op. Cit.*, p. 301. Expresa el autor que "al ser la persona un ser social, sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma, lo que no sólo permite sino que incluso obliga a proteger penalmente, en ciertos casos, a la Administración pública o de Justicia, a las instituciones económicas o laborales. Pero sí, hace preciso concebir tales bienes en un sentido instrumental respecto a la persona humana, referencia fundamental, como vimos, de todo bien jurídico-penal. Ello tiene varias repercusiones: desde la perspectiva de la fragmentariedad, no podrán incriminarse modalidades de ataque a tales bienes que no redunden

Concretamente Hass emer²⁷² destaca que *“un derecho penal que extiende su ámbito a todos los posibles bienes jurídicos universales se acerca al derecho administrativo y ello repercute también en la concepción de la pena que defiende. Ya no se trata del restablecimiento de bienes jurídicos palpables; se trata de predicciones de riesgo, de dominio del peligro, de intervención antes incluso de que se produzca la lesión. La diferencia entre represión y prevención, que tradicionalmente separa al derecho penal del derecho administrativo o de policía, ha devenido molesta y obsoleta. Ahora lo que queremos es prevención a toda costa, sin excepciones y con las armas más sofisticadas”*.

En planteamiento similar, Moccia²⁷³ afirma que si entendemos legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión, pierde sentido la función de delimitación del bien jurídico, desde el momento en que la incriminación de cualquier conducta, incluso la más inocua desde el punto de vista de la dañosidad social, puede siempre reconducirse a la tutela de fundamentales, aunque remotos, bienes jurídicos.

Roxin²⁷⁴, refiriéndose a los bienes jurídicos colectivos, sostiene que el concepto de bien jurídico no puede limitarse a bienes jurídicos individuales y que por lo tanto debe incluir a los bienes jurídicos de la comunidad. Sin embargo, señala que éstos sólo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual.

en peligro grave para los individuos; tal incriminación precisará de una especial fundamentación de las razones que lo abonan; asimismo, deberá obrarse con mayores reservas a la hora de fijar el ámbito de protección penal”. Vid., ALCA CER GUIRAO, R. La protección penal del futuro y los daños cumulativos. Op. Cit., p.162, qui en explica que los bienes jurídicos colectivos, más allá de las múltiples clasificaciones doctrinales, pueden dividirse en dos grandes grupos: bienes jurídicos intermedios, que se configuran como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal y bienes jurídicos institucionales, los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son verdaderos bienes.

²⁷² HASSEMER, W. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999, p. 117.

²⁷³ MOCCIA, S. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. Op.Cit., p.115.

²⁷⁴ ROXIN, C. *¿ Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* . Op.Cit., p. 458.

En argumento similar, De Figueiredo Dias²⁷⁵ opina que los bienes jurídicos colectivos deben ser considerados como auténticos bienes jurídicos y añade que la relevancia autónoma de los dichos bienes colectivos se deduce del potencial de multiplicación indeterminada de intereses de toda y cualquier persona.

Por otro lado, Stratenwerth²⁷⁶, propone que la protección debe recaer en conductas referidas al futuro, sin retro-referencia a intereses individuales, es decir, más allá de la protección de bienes jurídico-penales individuales, en respuesta a un marcado antropocentrismo.

Asimismo Corcoy Bidasolo²⁷⁷ sugiere que la tutela de los bienes jurídicos colectivos debe estructurarse desde una protección jurídico penal de las normas de conducta referidas al futuro sin retro-referencia a intereses individuales. Según la citada autora, la nueva dogmática penal debe atender a los intereses de la actual sociedad sin olvidar los principios garantistas, no obstante, añade que los bienes jurídicos colectivos aunque autónomos tienen su calificación como intereses predominantemente en la sociedad y su legitimación requiere que sirvan al mejor desarrollo personal de cada individuo en la sociedad.

Igualmente, Bustos Ramírez²⁷⁸ señala que los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo, y en conformidad al funcionamiento del sistema social.

²⁷⁵ FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do Crime*. Op. Cit., pp. 150-151.

²⁷⁶ Vid. STRATENWERTH, G. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. En: HEFENDEHL, R. (Ed.) *La Teoría del bien jurídico. ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Op. Cit., pp. 371-372, indica que no se puede desconocer las consecuencias sobre las generaciones futuras, incluso, las decisiones normativas básicas que atañen a todos como colectividad, deben discutirse con razones para la cobertura penal o no, y ello debe hacerse sin el gravamen del dogma del bien jurídico. En sentido similar vid. DE FIGUEIREDO DIAS, J. pp. 148-154.

²⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, M. *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. Op. Cit., pp.29-30. De la misma autora, vid., *Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo*. Op. Cit., 374.

²⁷⁸ BUSTOS RAMIREZ, J. *Los bienes jurídicos colectivos*. RFDUC, V. 11, 1986, p. 137.

Soto Navarro ²⁷⁹ añade que la diferencia respecto a los bienes jurídicos tradicionales de corte individual es que éstos se refieren a necesidades de un con el otro, en tanto los bienes jurídicos colectivos están referidos a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de un colectivo o del grupo social. Son, por tanto, bienes jurídicos macrosociales, referidos al funcionamiento del sistema que implican necesariamente una intervención estatal para promover la atención de dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales.

Desde la perspectiva de Mir Puig ²⁸⁰ “[...] la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración. El problema que se plantea en este punto es el de si la extensión del interés a amplias capas de la población ha de conducir a afirmar la suficiente importancia de dicho interés para que pueda convenirse en objeto de Derecho penal. Puede suceder que un interés muy difundido en la sociedad no afecte a cada individuo más que en forma leve. El Estado social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés. Pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo”. El autor apunta que esta sería una solución para evitar la actual tendencia de hipertrofiar el Derecho penal a través de una administrativización de su contenido de tutela que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo.

En definitiva, podemos sintetizar los debates doctrinarios cuanto a la legalidad y legitimidad de la tutela penal los bienes jurídicos colectivos entre los que argumentos postulados por los representantes de la Escuela de Frankfurt²⁸¹ que sostienen una teoría personalista del bien jurídico, desde la cual, los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto

²⁷⁹ SOTO NAVARRO, S. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna” Op. Cit., p. 174.

²⁸⁰ MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Derecho, Barcelona, 1994.p. 165.

²⁸¹ HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Op. Cit., pp. 108 ss.

sirvan al desarrollo personal del individuo y por otro lado los que defienden una protección autónoma de bienes colectivos en el sentido de que deben protegerse los bienes jurídicos colectivos independientemente si dañan la vida o salud de las personas.

Así las cosas, en lo que respecta a esta investigación, la política migratoria como actividad estatal dirigida a ordenar los flujos migratorios se establece, según parte de la doctrina científica como bien jurídico colectivo, fundamentado en la protección de la estructura socioeconómica que supuestamente podría deteriorarse por un incremento de la presión migratoria²⁸².

En verdad, su proyección como bien jurídico-penal se extrae sobre todo, de la coyuntura político-social retratada en la alarma social y el miedo, de la invocación a situaciones de emergencia, es decir, de que la inmigración se transforme en un riesgo incontrolable. La tipificación actual del precepto del artículo 318 bis CP, como ya hemos comentado, opta por una técnica legislativa que ignora cualquier referencia a los derechos individuales de los extranjeros, por lo que no queda duda que el tipo penal vigente abarca la protección penal de la normativa administrativa de extranjería.

Ante tal razón, resulta complejo legitimar la política migratoria como bien jurídico-penal y a que, en rigor, se trata de una función estatal cuyos objetivos consisten en regular el control de los flujos migratorios.

Siendo así, teniendo en cuenta los planteamientos expuestos, opinamos que la protección penal de la política migratoria desde una perspectiva de *lege data*, difícilmente se justifica en virtud de la ausencia material del hecho punible. ¿Qué es lo que protege el Derecho penal en el artículo 318 bis? ¿Víctimas del tráfico de personas o de la inmigración clandestina? No, ciertamente no se tutelan las víctimas del tráfico humano clandestino, sino las funciones del Estado.

²⁸² Vid. ARROYO ZAPATERO, L. *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*. Op. Cit., p.33

En estos términos, la configuración típica del vigente artículo 318 bis CP plantea problemas tanto cuanto a la legitimación cuanto a la aplicación pues, si consideramos que el objeto de lesión es la normativa administrativa que regula la entrada y permanencia de los extranjeros en España, la política migratoria se establece, por sí misma, como bien jurídico autónomo, alejándose de cualquier referencia a intereses personales.

Siendo así, importa considerar, antes de proponer una tipificación desde *lege ferenda*, que la intervención penal en el ámbito de los movimientos migratorios ha de realizarse en el marco del Estado de Derecho y con pleno respeto de los principios fundamentales del mismo.

Desde nuestro juicio, la protección penal de un bien jurídico no resulta propiamente de su naturaleza individual o colectiva, más bien de su importancia y relevancia para la sociedad, siempre y cuando los demás medios de control social hayan fallado en este objetivo.

Así, conforme pone de manifiesto Polaino Navarrete²⁸³, *“no cabe legislar a golpe emocional de sangriento suceso de la realidad social, especialmente en materia penal, so consecuencia de alumbrar un resultado insatisfactorio, insuficiente, ineficaz o directamente contraproducente. Antes bien, el legislador penal ha de ser extremadamente cauto, ponderado y previsor en su tarea incriminadora de nuevas formas delictivas, que son el necesario contrapunto de los procesos descriminalizadores”*.

En definitiva, lo ideal sería, según recomienda Mendonza Buergo²⁸⁴, *“una adecuada distribución de las respuestas jurídicas entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico”*.

²⁸³ POLAINO NAVARRETE, M. *La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal?* p. 720. Disponible en: <http://vlex.com/vid/322135>

²⁸⁴ MENDONZA BUERGO, B. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Op. Cit., p. 113

4.2. Principio de intervención mínima.

En alusión al principio de intervención mínima, Morillas Cueva²⁸⁵ señala que *“la necesidad del Derecho punitivo para asegurar la convivencia social es hoy por hoy indispensable, pero únicamente en clave de última opción del Ordenamiento jurídico”*. El referido autor atribuye la prioridad del control a otros instrumentos más moderados siempre y cuando sean suficientes para tal protección.

De igual modo, la doctrina científica en su gran mayoría²⁸⁶, sostiene que el Estado debe recurrir a la intervención punitiva ante comportamientos muy graves que atacan a bienes jurídicos fundamentales, y sólo cuando los otros instrumentos protectores menos lesivos y limitadores se manifiesten insuficientes para evitar la lesión.

Conforme expresa Mir Puig, se trata de la *“máxima utilidad posible”* con el *“mínimo sufrimiento necesario”*²⁸⁷. El referido autor advierte que debe evitarse caer en la tentación de extender al Derecho penal el papel promocional que corresponde a otros sectores del Derecho en un Estado social.

Importa también recordar que asociados a la intervención mínima del control punitivo están los principios de subsidiariedad o *ultima ratio* y fragmentariedad del Derecho penal. Juntos, representan una garantía de limitación del *ius puniendi* del Estado en el sentido de que esta intervención estatal sólo está justificada cuando necesaria para el mantenimiento de su

²⁸⁵ MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal. Parte General*. Op. Cit., 157.

²⁸⁶ Vid. CARBONELL MATÉU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op.cit., pp. 33 ss., Vid. MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. Ariel, S. A, Barcelona, 1994, p.151; el mismo autor, en *Derecho Penal. PG.*, pp. 126-127, indica, que el principio de intervención penal mínima, está integrado por el principio de subsidiariedad, según el cual, el Derecho penal ha de ser de *ultima ratio*, el último recurso a emplear por la falta de otros menos lesivos; y por el principio de fragmentariedad, que conlleva la protección contra modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídico-penales.

²⁸⁷ MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*. 6ª ed. Reppertor, Barcelona, 2002, p. 89.

organización política en un sistema democrático, puesto que la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado²⁸⁸.

Dichos argumentos se enfrentan en la actualidad con la innegable tendencia de sustituir la intervención mínima por la máxima. No obstante, ante tal situación, el legislador no debe olvidar que la privación de libertad que supone la pena de prisión es una sanción de tal gravedad que debe imponerse sólo cuando la utilización de otras medidas no sea eficaz y el fin preventivo sea especialmente relevante²⁸⁹.

Es cierto que determinar cuándo un interés reúne las condiciones necesarias para ser considerado bien jurídico-penal resulta complejo, sobre todo si consideramos los nuevos riesgos que suponen la posmodernidad. Sin embargo, como sugiere Portilla Contreras, es preferible establecer un método progresivo de minimización, por el que se establezca qué bienes jurídicos no merecen protección penal, y en el que la solución radique, por consiguiente, no tanto en determinar cuáles son los intereses trascendentes para el Derecho, sino aquellos que en ningún caso merece su defensa²⁹⁰.

De opinión distinta, Zugaldía²⁹¹ señala que la antinomia que existe entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela penal de nuevos intereses en una sociedad de riesgo, compleja y globalizada, debe resolverse decididamente dando acogida a las nuevas formas de delincuencia.

Es cierto y nadie lo puede negar que la criminalidad de nuestro tiempo se enmarca en caracteres complejos y distintos de otras épocas, no

²⁸⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZÁ BAL MALARRÉE, H. *Lecciones de derecho penal*. Volumen I, Madrid, Ed. Trotta, 1997, pp. 65-66.

²⁸⁹ Vid., MIRÓ LLINARES, F. *El "moderno" Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso*. Op. Cit, p. 15.

²⁹⁰ PORTILLA CONTRERAS, G. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. CPC, Madrid, 1989, p. 735.

²⁹¹ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., et. al. *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 95

obstante, compartimos la opinión de la doctrina científica mayoritaria que la huida al Derecho penal es una pésima estrategia²⁹². Estimamos que la esencia del principio de intervención mínima expresa la idea de que el Derecho Penal no debe ser utilizado como solución al fenómeno de la criminalidad, sino como una de las respuestas.

4.3. El principio de lesividad.

El principio de lesividad revela la idea de la dañosidad social de la lesión como requisito de toda protección jurídica. Todo bien, para ser jurídico requiere que los ataques que le afectan, sean trascendentes en la esfera social, en un sentido dañoso. Así que, como consecuencia de tal postulado, el Derecho penal debe intervenir, cuando concorra la referida dañosidad social²⁹³. De esta manera, si no se demuestra que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar liberada de la amenaza penal, por cuanto el delito es ante todo, lesión del bien jurídico y no una mera violación del deber²⁹⁴.

En este sentido, en atención al principio de lesividad, a la hora de incriminar una conducta se debe observar si ésta afecta a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima. También importa considerar si sus consecuencias pueden ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales. “*Será a través de este principio como se logrará una adecuada distinción entre Derecho penal y moral*”, y en él

²⁹² GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Arece, 2006, p. 560. y, desde luego, existe evidencia empírica de que la infracción penal y los excesos del rigor punitivo lejos de reforzar los mecanismos inhibitorios y de prevenir el delito producen efectos criminógenos.

²⁹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al DP contemporáneo*. Op. Cit., p. 281

²⁹⁴ ROXIN, C. *Derecho Penal. PG. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Op. Cit., pp. 52-53.

*encontrarán un importante campo de aplicación las aportaciones de las ciencias sociales*²⁹⁵.

Dicho esto, podríamos deducir que las razones de legitimación del Derecho penal inciden, sobre todo, en el hecho de que su presencia en la sociedad, con ser un mal debe conllevar a un mal menor que el que trata de evitar, es decir, para estar legitimado, debe atender a la *“regla de mínimo daño social”*²⁹⁶.

Por ende, nos parece relevante tener en cuenta a la hora de precisar la legitimación del Derecho penal, la siguiente reflexión de Mir Puig ²⁹⁷, quién nos explica que *“la intervención del Estado no debe confundirse con el fomento de una actividad represiva del mismo que vaya más allá de lo absolutamente necesario para la protección del ciudadano. A este principio se opondrá, en su opinión, la actual tendencia a la ampliación del Derecho penal, máxime cuando es provocada en buena medida por políticas coyunturales irreflexivas, que solo buscan soluciones de emergencia ante la aparición de nuevos conflictos sociales”*²⁹⁸.

En este sentido, como se puede desprender de las opiniones expuestas en esta investigación, entendemos que las respuestas a la actual demanda de seguridad frente a los nuevos riesgos no debe ser competencia exclusiva del sistema penal. El Derecho penal ha de tender a la racionalización, y ha de ser consciente de sus límites. No todos los problemas de la sociedad

²⁹⁵ DIEZ RIPOLLÉS. J.L. *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*. En: Política criminal y Derecho penal. Estudios. Tirantonline.com. 2003, p.

²⁹⁶ SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op. Cit. pp. 297-298. Esa regla no sólo obliga a confrontar al Derecho penal en su conjunto con la ausencia de éste, cuestión que en principio cabe estimar resulta de modo general a favor del Derecho penal, sino sobre todo, a enfrentar el Derecho penal vigente y sus instituciones con otro eventual Derecho penal, surgido de una reforma, que pudiere ser igualmente eficaz con menos daño social, con menos violencia

²⁹⁷ MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, del mismo autor, vid., *Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi*. En: Estudios penales y criminológicos, XIV, 1989-90, pp. 205-215.

²⁹⁸ *Ibidem.*, p. 207

moderna pueden combatirse con la pena criminal²⁹⁹, además, recurrir al Derecho penal para resolver problemas de origen sistémico resulta poco eficaz.

Además de eso, la actual respuesta adoptada por los Estados democráticos en esa interminable lucha contra la criminalidad genera una distancia cada vez mayor entre la política social y la política criminal³⁰⁰. Si el Estado es ineficaz para dar salidas político-sociales a la criminalidad existente, y a las nuevas formas que aparezcan, las demandas de seguridad se desbordarán en respuestas esencialmente más represivas.

El panorama legislativo actual se presenta confuso y a veces contradictorio, sin embargo, la doctrina científica continúa esforzándose en la configuración de un derecho penal que haga compatible la máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual, es decir, en intentar evitar que la finalidad preventiva no se pierda, que sea lo más justa, racional y controlable posible, que esté al servicio de intereses legítimos democráticamente y que se lleve a cabo con un mínimo costo de represión y sacrificio de la libertad individual³⁰¹.

²⁹⁹ JAKOBS, G. / POLAINO NAVARRETE, M. *El derecho penal ante las sociedades modernas (dos estudios de dogmática penal y política-criminal)*, *Laudatio* de Carlos Daza Gómez, México, Flores Editor y Distribuidor, 2006, pp. 150ss.

³⁰⁰ SANZ MORÁN, A. J., «Algunas consideraciones sobre la política criminal», en *Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, PÉREZ ÁLVAREZ, F., (ed.), Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 729-740.

³⁰¹ SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Op. Cit.*, p. 472.

***PARTE III - DIRECTRICES NORMATIVAS DE LA
POLÍTICA MIGRATORIA EN EL ÁMBITO DE LAS
NACIONES UNIDAS, COMUNITARIO Y ESPAÑOL.***

CAPÍTULO 1. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EN EL ÁMBITO DE LAS NACIONES UNIDAS.

1.1. El tráfico ilícito de migrantes en el contexto normativo de Naciones Unidas.

En el ámbito normativo de Naciones Unidas la preocupación con la regulación de la inmigración clandestina consta en importantes instrumentos³⁰², entre ellos, el más importante es el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire³⁰³ que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional promulgada en el año 2000 con la finalidad promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

En efecto, la inmigración clandestina como una actividad ilícita más de la delincuencia organizada³⁰⁴ motivó la aprobación del protocolo adicional ya referido cuya finalidad es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.

³⁰² Vid. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990; Resolución 54/138, sobre Violencia contra las trabajadoras migratorias de 10 de febrero de 2000; Vid. REBOLLO VARGAS, R. *Normativa internacional y Derecho comparado*. En: GARCÍA ARAN, M. Y OTROS. *Trata de personas y explotación sexual*. Comares, Granada, 2006, pp 38-48.

³⁰³ Vid. Texto completo. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1306.pdf>

³⁰⁴ Vid. Preámbulo. Además de Declarar que para prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire se requiere un enfoque amplio e internacional, que conlleve la cooperación, el intercambio de información y la adopción de otras medidas apropiadas, incluidas las de índole socioeconómica, en los planos nacional, regional e internacional, manifiesta preocupación por el notable aumento de las actividades de los grupos delictivos o organizados en relación con el tráfico ilícito de migrantes y otras actividades delictivas conexas tipificadas en el presente Protocolo, que causan graves perjuicios a los Estados afectados.

Por ello, el señalado Protocolo establece en los artículos 1 a 5 el concepto de tráfico ilícito de migrantes y los criterios de criminalización de tal hecho delictivo, lo que supone un significativo avance en el contexto global de prevención y lucha contra la inmigración clandestina, incluso se puede afirmar que el concepto establecido en el Protocolo funciona como una directriz elemental para que los Estados establezcan una legislación que tipifique y sancione el delito de tráfico ilícito de migrantes.

Así, para Naciones Unidas el tráfico ilícito de migrantes consiste en facilitar la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material y dispone que por "*entrada ilegal*" se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor³⁰⁵.

En este concepto se puede distinguir el elemento objetivo, referido a la conducta típica de colaborar con la entrada ilegal de un extranjero en un Estado distinto del suyo y el elemento subjetivo, referido al fin perseguido con el contrabando de inmigrantes que se verifica en la pretensión de obtener un provecho financiero u otros beneficios de otra índole tales como introducción de drogas o la gratificación sexual por la ayuda a la entrada, por consiguiente se excluye de esta descripción típica el apoyo al traslado de inmigrantes por razones humanitarias o por vínculos familiares estrechos³⁰⁶.

Además de establecer el primer concepto universal de tráfico ilícito de migrantes, el Protocolo establece en el artículo 4 su ámbito de aplicación que comprenderá la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados en el artículo 6 cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos.

³⁰⁵ PEREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 160

³⁰⁶ *Ibidem*.

Siendo así, el artículo 6 dispone los criterios de tipificación y punición del delito de tráfico ilícito de migrantes y determina que los Estados parte adopten las medidas legislativas necesarias para tipificar el referido delito cuando se cometa intencionalmente y con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de otra índole, sea recurriendo a la creación de un documento de viaje o de identidad falsos o la facilitación, el suministro o la posesión de tal documento cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes. También previene la necesidad de tipificar como delito el cobijo de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a cualquier medio ilegal y con la pretensión de obtener directa o indirectamente, un beneficio financiero.

En efecto, se puede observar que en tales conductas, la intencionalidad y la finalidad de obtener un provecho económico o de otro orden material son los requisitos esenciales para la tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes. La exigencia a la intencionalidad es una referencia expresa al dolo directo y por lo tanto, no serán punibles como tráfico ilícito de migrantes las conductas realizadas con dolo eventual o por imprudencia. Cuanto a la finalidad de obtener lucro de orden económico o de otra índole, tal exigencia constituye un elemento subjetivo del injusto de los delitos de tráfico ilícito de migrantes, lo que también excluye el comportamiento imprudente³⁰⁷.

Es destacable aún que en los apartados 2 y 3 del artículo 6 ya señalado se establece el castigo de la tentativa de las formas de participación y considera como agravante la puesta en peligro o el que pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados o cuando tales conductas produzcan un trato inhumano y degradante, en particular con el propósito de explotación.

Otro aspecto interesante del Protocolo en análisis se encuentra en las disposiciones del artículo 5 que determina la exención de la responsabilidad

³⁰⁷ *Ibidem.*, p.162

criminal de los migrantes por haber sido objeto de alguna de las conductas mencionadas en el artículo 6. Siendo así, se puede interpretar que no es punible la migración en sí misma. Sin embargo, aunque exento de responsabilidad, el inmigrante es partícipe necesario de los referidos delitos, pues el delito de tráfico ilícito de migrantes presupone la existencia de los migrantes como objeto de acción lo que no les convierte en víctimas del delito ya que el Protocolo se refiere al inmigrante reiteradamente como objeto de la conducta típica del tráfico³⁰⁸.

Por ende, resulta importante resaltar el modelo de ley contra tráfico ilícito de migrantes para promover y apoyar los esfuerzos de los Estados partes para aplicar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos elaborado por Naciones Unidas a través de su oficina contra drogas y delitos- UNODC y publicado a finales del año de 2010³⁰⁹.

Naciones Unidas intuyendo que parte importante de los Estados miembros no presentan una legislación completa sobre el tráfico ilícito de migrantes sugiere un modelo de ley que introduce las disposiciones que el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire exige o recomienda a los Estados introducir en su legislación interna. Se refiere específicamente a: a) la tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes; b) la protección y asistencia de los migrantes; c) la coordinación y la cooperación entre los organismos; d) el tema específico de cooperación en materia de SOM en el mar; e) el proceso relacionado con el retorno de los migrantes objeto de tráfico.

El referido modelo de ley ha sido desarrollado en respuesta a una petición de la Asamblea General al Secretario General. Su contenido fue elaborado a través de un amplio esfuerzo de colaboración llevado a cabo a

³⁰⁸ *Ibidem.*, pp.165-166.

³⁰⁹ Vid., texto completo en: <http://www.unodc.org/southerncone/es/frontpage/2010/12/20-on-migrants-day-unodc-unveils-tools-to-help-states-address-plight-of-smuggled-and-trafficked-victims.html>

través de dos reuniones del Grupo de expertos y revisado por un grupo de expertos compuesto por jueces y fiscales.

Así, con el objetivo de prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, proteger los derechos de los migrantes y promover la cooperación entre los Estados, propone tres herramientas importantes a escala mundial: a) El modelo de la Ley contra el Tráfico Ilícito de Migrantes b) Manual de instrucción básica en investigación y enjuiciamiento de tráfico ilícito de migrantes c) El kit de herramientas para combatir el contrabando de migrantes.

1.2. La trata de personas en el ámbito normativo de Naciones Unidas.

Las Naciones Unidas y su órgano precedente, la Sociedad de Naciones, han centrado la preocupación con la trata de personas desde el punto de vista de los derechos humanos, considerando como una forma de violación de éstos. En este contexto, destacaremos a seguir los instrumentos internacionales más representativos que, desde una perspectiva genérica o específica, abordan la temática en análisis.

Siendo así, desde un abordaje genérico, merece destacar la Declaración de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 que en su artículo 4 declara que *“Nadie será tenido en esclavitud o en servidumbre, la servidumbre y el tráfico están prohibidos en todas sus formas”*. En sentido similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 prohíbe en su artículo 8 la esclavitud y trata de esclavos y los trabajos forzados.

Desde este enfoque, es destacable aún la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de

diciembre de 1979³¹⁰. En esta Convención la trata de mujeres y la explotación de la prostitución son entendidas como formas de discriminación contra la mujer. En la misma directriz, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos³¹¹, celebrada en Viena en 1993 propone que "*los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales*" y establece que "*la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y valía de la persona humana y deben ser eliminadas*", subrayando la especial importancia de la labor destinada a eliminar "*la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, a eliminar todas las formas de acoso sexual, la explotación y la trata de mujeres*".

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995 aprobó una Plataforma de Acción³¹² que reconoció que la eliminación efectiva del tráfico de mujeres y niñas para el comercio sexual, es un problema internacional urgente puesto que el empleo de mujeres en redes internacionales de prostitución, trata de personas y turismo sexual se ha convertido en una de las principales actividades de la delincuencia organizada internacional. Por ello, la referida Plataforma contiene como uno de los objetivos estratégicos eliminar la trata de mujeres y prestar asistencia a las víctimas de la violencia derivada de la prostitución y la trata de mujeres.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³¹³ aprobado el 17 de julio de 1998 también merece apreciación en este apartado porque además de definir la esclavitud como el ejercicio de los atributos del derecho

³¹⁰ Vid. Aprobación por la Asamblea General en su Resolución 34/180. Vid. España el día 4 de febrero de 1984, según Instrumento de Ratificación publicado en el BOE Nº 69 de 21 de marzo de 1984. y, por ello, impone a los Estados la obligación de adoptar "todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer" (artículo 6). Disponible en:

³¹¹ Vid. Aprobación de la Declaración y Programa de Acción de Viena. Disponible en: www.acnur.org/biblioteca/pdf/1296.pdf

³¹² Vid. Texto completo disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4654.pdf>

³¹³ Vid. Texto completo disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0033.pdf>

de propiedad sobre una persona , o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas , en particular de mujeres y niños" la considera como un crimen de " *lesa humanidad*" así como a la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

En esta misma línea, la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia celebrada en Durban en 2001³¹⁴ tras reconocer que la esclavitud y la trata de esclavos, en particular la trata transatlántica, como tragedias atroces en la historia de la humanidad así como un crimen de lesa humanidad, insta a través de su Programa de Acción a los Estados a que tomen con carácter prioritario medidas inmediatas para poner fin a dichas prácticas, que constituyen violaciones manifiestas de los derechos humanos y propone que los Estados " *tipifiquen como delito la trata de personas, en particular de mujeres y niños, en todas sus formas y a que condenen y sancionen a los tratantes e intermediarios, garantizando a la vez la protección y asistencia a las víctimas de la trata, en el pleno respeto de sus derechos humanos*".

Respecto a los instrumentos específicos, cabe mencionar la Convención para la Represión Trata de Blancas, 4 de mayo de 1910, la Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Menores, 30 de septiembre de 1921, ambas bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones. La Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra en 1926 por la Sociedad de Naciones y reformulada por Naciones Unidas en 1956 a través de la adopción de la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a los esclavos. También es importante destacar, el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena adoptado por Naciones Unidas en 1949³¹⁵ que además de estipular en su preámbulo que la prostitución y la trata son " *incompatibles con la dignidad y el valor de la*

³¹⁴ Vid. Texto completo disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5077.pdf>

³¹⁵ Vid. Texto completo disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01136.pdf>

persona humana" propone por primera vez planificar la acción de los Estados en la específica lucha de trata de personas.

Otros instrumentos como la Resolución 49/166 de 23 de diciembre de 1994 y la Resolución 57/176 de 23 de enero de 2003, ambas sobre la trata de mujeres y niñas, recomiendan varias medidas para ofrecer al fenómeno de la trata de seres humanos un tratamiento global³¹⁶.

No obstante, el instrumento más importante en el ámbito normativo de Naciones Unidas es el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas³¹⁷, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la Asamblea General en el año 2000.

Considerando que la prevención y el combate eficaz de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos, estipula en el artículo 2 las siguientes finalidades: a) prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y niños; b) proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) promover la cooperación entre los Estados parte para lograr esos fines.

Destaca en el artículo 4 que su ámbito de aplicación comprende la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados en el mismo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos.

³¹⁶ Vid. DE LEÓN VILLALBA, F. *Tráfico de Personas e Inmigración Ilegal. Op. Cit.* p., quien realiza un amplio análisis sobre los instrumentos internacionales y europeos implicados en el fenómeno migratorio. Vid. REBOLLO VARGAS, R. *Normativa internacional y Derecho comparado*. En: GARCÍA ARÁN, M. *Trata de personas y explotación sexual. Op. Cit.*, pp. 34 ss.

³¹⁷ Vid. Texto completo disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1305.pdf>

Otro aspecto importante del protocolo consta en el artículo 3 que establece una definición de "trata de personas", entendiendo por tal " la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos". Añade que la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas y destaca que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el protocolo será ineficaz³¹⁸.

En relación con a la penalización de la trata de personas, el artículo 5 dispone la adopción de medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en el derecho interno de cada Estado Parte las conductas enunciadas en el artículo 3 del Protocolo, cuando se cometan intencionalmente. Además, insta a los Estados a que castiguen la tentativa, la complicidad y la organización o dirección de otras personas para la comisión de estos delitos.

En lo tocante a la protección de las víctimas de la trata de personas, el protocolo además de requerir la colaboración de los Estados en la adopción de medidas de protección y apoyo a las personas traficadas, determina que cabe destacar la confidencialidad en las actuaciones judiciales, la información sobre los procedimientos legales pertinentes, la recuperación física, psicológica y social de las víctimas y otro tipo de medidas asistenciales. También se prevé

³¹⁸ Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2007, p.47, quien destaca que la definición del delito de trata de personas no es preciso, porque no se especifica en el tipo que la víctima cruce una frontera internacional, siendo punible cualquier tráfico en el interior de un mismo país [...]

la posibilidad de que las víctimas puedan permanecer en el territorio del país de destino, temporal o permanentemente, así como el compromiso del Estado de origen a facilitar y aceptar la repatriación de sus nacionales.

En suma, el Protocolo establece una legislación global para definir la trata de personas, asistir a las víctimas y prevenirlo. Igualmente determina los parámetros sobre la cooperación judicial y los intercambios de información entre países. En esta línea pretende dar un empujón a las legislaciones nacionales.

Conviene resaltar aún el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social sobre Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, de 20 de mayo de 2002 en que se recomiendan principios para hacer frente a la trata de personas, entre ellos, la primacía de los derechos humanos, la prevención de la trata de personas, la protección y asistencia y la penalización, sanción y reparación.

De lo expuesto se deduce que la reglamentación de la trata de personas ofrecida por Naciones Unidas se orienta hacia la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos de las víctimas. Así, destaca la Organización Mundial de las Migraciones (OIM) que *“el sistema internacional en su conjunto debería integrar los derechos humanos en el análisis del problema y la búsqueda de soluciones adecuadas. Es la única forma de mantener la atención centrada en la víctima y de velar por que la trata no se reduzca simplemente a un problema de migración o de orden público o de delincuencia transnacional”*³¹⁹.

³¹⁹ Vid. *Trata de Migrantes*. Boletín Trimestral. Núm. 26. Septiembre de 2002. Número Especial. Disponible en: <http://www.oim.org.co/modulos>

CAPÍTULO 2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA POLÍTICA MIGRATORIA DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1 El tráfico ilícito de migrantes en el ámbito normativo de la Unión Europea³²⁰.

La preocupación en prevenir y luchar contra la inmigración clandestina es actualmente una de las prioridades de la Unión Europea y se ubica en la política de asilo y migración común de la Unión. Son varias las disposiciones normativas sobre esta materia, con todo, trataremos en este apartado de exponer los instrumentos más importantes referentes a la represión al tráfico ilícito de migrantes en el ámbito de la Unión Europea.

La política europea en materia de inmigración empieza a diseñarse ya en el artículo 2 del Tratado de *Maastricht*³²¹ que propone como uno de los objetivos de la Unión Europea, "*mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia*³²²".

En este contexto, en la Unión Europea se inicia una política de inmigración que tiene como tarea inicial la necesidad de regular los flujos migratorios con medidas que sean adecuadas en el contexto de la globalización, lo que motivó que la inmigración y el asilo, como parte de un establecimiento de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, fueran

³²⁰ Para profundizar el análisis, véase TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Las políticas penales europeas de inmigración*. En: PUENTE ABAD, M.L., (Dir.), ZAPICO BARBEITO, M./RODRIGUEZ MORO, L. (Coords.) *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, pp. 195-223.

³²¹ DO C 191 de 29.07.1992

³²² Vid. Apartado 2 y 3 del artículo K.1 del Tratado de la Unión Europea. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>

incluidas a partir del Tratado de Ámsterdam como competencia comunitaria³²³.

Para promover dicho espacio de libertad, de seguridad y justicia, el Tratado de Ámsterdam autorizó al Consejo para adoptar medidas sobre libre circulación de personas, control exterior de fronteras exteriores, asilo, inmigración, delincuencia (artículos. 61 y siguientes.)³²⁴ e incorporó el Convenio Schengen de 1985 al acervo comunitario para comprometer a los Estados miembros a *"fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras externas"* (artículo. 3.2) *y sobre todo que establezcan "sanciones adecuadas contra cualquier persona que con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio"* (artículo. 27.1).

Tales iniciativas asentaron las directrices de la política migratoria de la Unión Europea e impulsaron la celebración del Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999 con el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea y establecer las bases más importantes para definir una política de asilo y migración común de la Unión Europea.

En esta línea, destacando que es necesario un enfoque global de la migración que trate los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y tránsito, el Consejo presenta conclusiones genéricas que disponen sobre la necesidad de colaboración con los países de origen, un sistema europeo común de asilo, un trato justo de los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios. En relación con este último elemento, el Consejo declaró que el Consejo Europeo está

³²³ PÉREZ, CE PEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal. Op.Cit.*, p. 74.

³²⁴ Entre las que interesa destacar las medidas sobre política de inmigración recogidas en el artículo 63.3 en los siguientes ámbitos: "a) condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales". Vid. Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Diario Oficial C 19 de 23.01.1999

decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes. Insta a que se adopte legislación que prevea sanciones rigurosas para este grave delito³²⁵.

Tras las conclusiones del Consejo de Tampere, varias Directivas³²⁶ trataron de concretizar las directrices de la política migratoria. Es destacable aún las actuaciones del Consejo Europeo de Laeken³²⁷ realizado en los días 14 y 15 de diciembre de 2001 que propuso la elaboración de un Plan de acción basado en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a una política común en materia de inmigración ilegal de 15 de noviembre de 2001 que resultó en la aprobación por parte del Consejo de un Plan de acción Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea.³²⁸

Asimismo, el Consejo Europeo de Sevilla³²⁹, celebrado durante los días 21 y 22 de junio de 2002, reforzó el compromiso con la ejecución de política común de asilo e inmigración firmada en Tampere y por ello, determinó que la lucha contra la inmigración ilegal³³⁰ requiere una gestión coordinada e

³²⁵ Vid. Apartado 23 de las Conclusiones.

³²⁶ Vid. la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países, DO L 149/34 de 2.6.2001; Directiva 2001/51/CE del Consejo 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, DO L 187/45 de 10.7.2001; Decisión 2002/463/CE del Consejo de 13 de junio de 2002, por la que se adopta un programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (programa ARGO), DO L 161/11 de 19.6.2002, que ha sido modificada por la Decisión 2004/867/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004, DO L 371/48 de 18.12.2004.

³²⁷ Solicita a los Estados miembros para que incorporen a sus respectivos derechos con rapidez las decisiones adoptadas por la Unión, así como para que ratifiquen sin dilación los convenios celebrados desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht.

³²⁸ También denominando de "Plan de Acción de Santiago".

³²⁹ Vid. Texto completo. Disponible en: <Data/es/ec/72639.pdf>

³³⁰ Vid. apartado 30 de las conclusiones. En materia de lucha contra la inmigración clandestina se propuso como medidas prioritarias: a) revisar la lista de terceros Estados cuyos nacionales necesitan visado; b) instaurar un sistema común de identificación de visados; c) realizar acuerdos de readmisión; d) aprobar un programa de repatriaciones; e) aprobar en el próximo Consejo de Justicia y Asuntos de Interior las decisiones marco relativas a la lucha contra la trata de seres humanos y la destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a

integrada de las fronteras exteriores además de la cooperación con los terceros países. Propuso también la aceleración de los trabajos legislativos en curso sobre la definición de una política común de asilo e inmigración.

Otros dos instrumentos aprobados a finales del año 2002 fortalecen el proceso de armonización de la política migratoria europea contra la inmigración clandestina. Precisamente, la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002³³¹, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular es y la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2002³³², destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

En estos documentos se pone de manifiesto que para la concreción de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia es necesario estipular medidas jurídicas para luchar contra la inmigración clandestina tanto la que se refiere al cruce irregular de la frontera en sentido estricto como la que se presta para alimentar las redes de explotación de seres humanos.

Así, la Directiva 2002/90/CE ya mencionada propone a los Estados miembros que adopten sanciones adecuadas contra 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 contra cualquier persona 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 extranjeros.

la entrada, circulación y estancias irregulares, así como la directiva destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

³³¹ DO L 328/17 de 5.12.2002. Vid. Texto completo disponible en: http://extranjeros.mtas.es/es/general/2002_90.pdf

³³² DO L 328/1 de 5.12.2002. Vid. Texto completo disponible en: http://extranjeros.mtas.es/es/general/28_11_2002.pdf

A su vez, en la Decisión Marco 2002/946/JAI se establecen las normas mínimas para las sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia sobre las conductas tipificadas en la Directiva 2002/90/CE³³³.

En esta misma perspectiva, el Consejo Europeo de Salónica, celebrado en los días 19 y 20 de junio de 2003³³⁴, entendiend o que es necesario establecer una política común más estructurada sobre migración, presenta en sus conclusiones algunas medidas sobre política de visados, gestión de fronteras exteriores, repatriación de los inmigrantes ilegales, asociación con terceros países, recursos financieros comunitarios y mecanismo de reparto de la carga, y el asilo y estipula la necesidad de desarrollar una política europea sobre la integración de nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Unión Europea.

Posteriormente, en el Consejo Europeo de Bruselas³³⁵, realizado en los días 4 y 5 de noviembre de 2004, se aprueba el Programa de la Haya³³⁶ que establece un nuevo programa plurianual para los próximos cinco años cuyo objetivo es la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros de garantizar los derechos fundamentales, las salvaguardias procesales mínimas y el acceso a la justicia, proporcionar a quienes lo necesiten la protección de acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y otros tratados internacionales, regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores de la Unión, luchar contra la delincuencia organizada transfronteriza y reprimir la amenaza del terrorismo, explotar el potencial de Europol y Eurojust, proseguir con el establecimiento del

³³³ Las penas máximas no podrán ser inferiores a seis años cuando exista ánimo de lucro, no pudiendo ser inferiores a ocho años si, además, la infracción es cometida como parte de las actividades de una organización delictiva o se pone en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción (artículo 1). Por su parte, los arts. 2 y 3 se refieren a la responsabilidad y las sanciones contra las personas jurídicas, mientras que los arts. 4 y 5 establecen normas de competencia y sobre extradición y acción penal, y el artículo 7 se refiere a la transmisión de información.

³³⁴ Vid. Texto completo disponible en: [http:// Data/docs/pressdata/es/ec/76282.pdf](http://Data/docs/pressdata/es/ec/76282.pdf)

³³⁵ Vid. Texto completo disponible en: pressData/es/ec/82539.pdf

³³⁶ Vid. Texto completo disponible en: ?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:ES:PDF

reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados tanto en materia civil como penal, y eliminar obstáculos legales y judiciales y litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas. Para la ejecución de tales objetivos, el Programa estipula varias medidas específicas, entre ellas, señalamos las que se refieren a las cuestiones relativas a la ciudadanía de la Unión, la política de asilo, migración y fronteras, un sistema europeo común de asilo, migración legal y lucha contra el empleo ilegal, integración de ciudadanos de terceros países, la dimensión exterior del asilo y la migración, así como la gestión de los flujos migratorios. En esta última se tratan los controles en las fronteras y lucha contra la inmigración ilegal, sistemas de biometría e información y la política de visados.

En la primavera de 2005, precisamente el 10 de mayo, la Comisión presenta al Consejo y al Parlamento Europeo un Plan de Acción para la ejecución del Programa de la Haya que consta de diez prioridades para los próximos cinco años. Dicho plan consta de dos partes. En la primera ³³⁷contempla las diez prioridades y resume los aspectos más importantes del programa. La segunda parte ³³⁸ recoge las principales acciones y medidas que se deben realizar en los próximos cinco años.

En 17 de diciembre de 2007, los líderes de los 27 Estados miembros de la Unión Europea aprueban el texto del Tratado de Lisboa ³³⁹ por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Importa observar que en lo tocante a la inmigración, el referido Tratado ratifica la oferta a sus ciudadanos de 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

³³⁷ Vid. Capítulo 2 del Plan de Acción.

³³⁸ Vid. Capítulo 3 del Plan de Acción.

³³⁹ DO C 306 de 17.12.2007. Tras la ratificación de en el 15 de julio de 2008 ya son 23 los países europeos que han ratificado el Tratado de Lisboa a través de sus respectivos parlamentos. El único país que convocó un referéndum ha sido Irlanda y los ciudadanos dijeron *no* al citado texto. Esta negativa ha comprometido gravemente la relación de ese país con el resto de miembros de la Unión Europea.

contra la delincuencia y contempla en el capítulo 2 las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración donde se puede observar la preocupación con la protección de las fronteras exteriores. En el artículo 63 bis del ya citado capítulo 2 se encuentra una referencia expresa al desarrollo de una política común de inmigración que tendrá por objetivo garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.

Con estos precedentes, en el 17 de junio del corriente año, la Comisión aprobó una Comunicación relativa a una Política Común de Inmigración para Europa³⁴⁰ que estipula principios, medidas e instrumentos, y un Plan de política de asilo que contempla un planteamiento integrado sobre la protección en toda la UE. La Comunicación presenta diez principios comunes en los que se basará la Política Común de Inmigración, agrupados de acuerdo con los tres principales capítulos de la política de la UE: prosperidad, solidaridad y seguridad.

Bajo los planteamientos formulados por la citada Comunicación, los diez principios europeos comunes en materia de inmigración se basan en los establecidos en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, en el Programa de La Haya de 2004 y en el planteamiento general sobre inmigración puesto en marcha en 2005. Cada uno de ellos se concreta en una lista no exhaustiva de acciones que deben ser ejecutadas en los Estados miembros o en toda la UE. Estos principios cubren un amplio espectro de las políticas de inmigración y se agrupan bajo los títulos de: *Prosperidad e inmigración*: 1 - Normas claras e igualdad de condiciones; 2 - Adecuación entre cualificaciones y necesidades; 3 - La integración es la clave del éxito de la inmigración. *Solidaridad e inmigración*: 4 - Transparencia, confianza y cooperación; 5 - Utilización eficaz y coherente de los medios disponibles; 6 - Asociación con terceros países. *Seguridad e inmigración*: 7 - Una política de visados que responda a los

³⁴⁰

Vid. Texto completo disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=es&guiLanguage=es>

intereses de Europa; 8 - Gestión integrada de las fronteras; 9 – Intensificación de la lucha contra la inmigración clandestina y tolerancia cero con la trata de seres humanos; 10 - Políticas de retorno sostenibles y efectivas. La política común de inmigración se aplicará en asociación entre los Estados miembros y las instituciones de la UE y será seguida regularmente a través de un nuevo mecanismo de supervisión y evaluación, incluyendo una evaluación anual y recomendaciones del Consejo Europeo de primavera basadas en un informe de la Comisión sobre la situación de la inmigración en los niveles europeo y nacional.

Importa aún aludir a la polémica y cuestionable Directiva del Retorno³⁴¹, aprobada por el Parlamento Europeo en el 18 de junio del 2008. Esta Directiva³⁴² abarca el propósito indiscutible de hacer frente a la inmigración clandestina estableciendo bases comunes para que los Estados miembros promuevan la repatriación al país de origen del inmigrante irregular. Para ello, determina que los Estados deberán legalizar a los inmigrantes o pedirles que se vayan, para lo que se dará un periodo de salida mínimo de 7 días. Si no se van, la directiva dispone que, “*los inmigrantes sin papeles que sean detenidos en suelo europeo podrán ser retenidos durante 6 meses en centros de internamiento mientras se tramita su expulsión, pudiéndose ampliar este período de tiempo hasta los 18 meses si se complica el período de repatriación, bien sea por la no cooperación del inmigrante o bien por la existencia de problemas para obtener la documentación de países terceros*”. Interesante tener en cuenta que con esta Directiva las detenciones prescinden de orden judicial, bastará una orden administrativa, que deberá ser confirmada judicialmente a posteriori.

³⁴¹ Vid. Texto completo disponible en: 2008_0616IPR31785-16-06-2008-2008-true/default_es.htm.

³⁴² Dich a Directiva ha sido expresamente rechazada por casi todos los países de Latinoamérica, en especial los Países miembros del MERCOSUR (Mercado Común de Conosur) quienes han manifestado la condena al endurecimiento de la política migratoria comunitaria en una declaración conjunta de los miembros del MERCOSUR y los estados asociados independiente del texto final de la Cumbre.

Posteriormente, el 7 de julio del 2008, los ministros de Interior de la Unión Europea aprobaron, por unanimidad el Pacto Europeo de Inmigración³⁴³, para frenar los flujos migratorios, que ha sido ratificado por los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE en la cumbre de Bruselas celebrada en 25 de septiembre de 2008. En líneas generales, el citado Pacto solicita a los Estados miembros a aplicar una política de inmigración profesional que tenga en cuenta las necesidades de su mercado de trabajo; los extranjeros en situación irregular en el territorio de los Estados miembros deben abandonar ese territorio; limitación de las regularizaciones en el marco de las legislaciones nacionales por motivos humanitarios o económicos; a nivel comunitario o bilateral se propone concluir acuerdos con países de origen y tránsito que comporten disposiciones relativas a la posibilidad de migración legal.

En diciembre de 2009, el Consejo de la UE aprueba el Programa de Estocolmo cuyo objetivo es establecer políticas eficaces para luchar contra la inmigración ilegal hacia una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano.

El Consejo Europeo expresa la idea de que sigue siendo fundamental una acción eficaz contra la inmigración ilegal a la hora de elaborar una política común de inmigración. De modo especial la lucha contra la trata y la introducción ilegal de personas, la gestión integrada de fronteras y la cooperación con los países de origen y de tránsito, con el apoyo de la cooperación policial y judicial, deben seguir siendo prioridades fundamentales en este sentido. Destaca como objetivo impedir las tragedias humanas a las que las actividades de los traficantes de seres humanos exponen a las personas.

Llegados a este punto, podemos deducir que la política migratoria de

³⁴³ El Pacto europeo sobre inmigración y asilo presentado al Consejo Europeo propone cinco grandes compromisos políticos: Organizar la inmigración legal, teniendo en cuenta las prioridades, necesidades y capacidades de acogida determinadas por cada Estado miembro y promover la integración, luchar contra la inmigración irregular, en particular asegurando el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular, Reforzar la eficacia de los controles fronterizos, Construir una Europa de asilo, Establecer una asociación global con los países de origen y de tránsito, favoreciendo las sinergias entre Migración y Desarrollo.

la Unión Europea se estructura desde postulados securitarios, preventivos y represivos³⁴⁴, no obstante, aunque la UE concibiera la inmigración ilegal como una amenaza para las condiciones de seguridad dentro de sus fronteras interiores, aún no se ha logrado, como pone de relieve Miró Llinares³⁴⁵ una *“auténtica política común a toda la Unión Europea en materia de inmigración que incluya una política criminal totalmente definida que armonice todos los instrumentos jurídicos y no jurídicos en aras a unos fines de control e integración de los inmigrantes”*.

Siendo así, se puede concluir que aunque sean muchos los compromisos asumidos por la Unión Europea en múltiples declaraciones sobre la necesidad de concertar una política común migratoria, todavía son muchos los dilemas que aún quedan por resolver, pues como apunta Rifkin³⁴⁶ *“la cuestión de la inmigración somete al sueño europeo a una prueba decisiva”* pues si parece fácil hablar de *“estimular la diversidad y promover la inclusión”*, en cambio resulta bastante más difícil *“abrir la propia puerta a unos extranjeros con quienes los nacionales de origen deberán compartir un mismo espacio y destino”* y concluye que el citado autor que *“el éxito o el fracaso del emergente*

³⁴⁴ Vid. MARTÍNEZ ESCA MILLA, M. *Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? Indret, n. 3, 2009, p. 5.* Disponible en : www.indret.com/code/getPdf.php?id=1282&pdf=651.pdf. La autora observa que *“si hubiera que señalar el principio básico que inspira esta política, destacaría el hecho de que el modelo de gestión de la inmigración, tanto español como europeo, está inspirado fundamentalmente y de forma expresamente reconocida en nuestros intereses económicos: se admite a quien consideramos que puede ser útil para nuestra economía, una economía que ha pasado de prospera a maltrecha. La inmigración que desde esta perspectiva económica no podemos o no queremos asumir, se concibe como una amenaza, como una –por definición indeseada– invasión. A partir de esa percepción, la política migratoria se concentra en el rechazo, poniéndose el acento en el control de fronteras y en la persecución y hostigamiento de quienes consiguen esquivarlas, en el refuerzo de los instrumentos jurídicos y de los medios materiales para afrontar lo que se ha denominado “lucha” contra la inmigración irregular. Esta lucha se llevaría a cabo en tres frentes: el primero impidiendo que salgan y que se nos aproximen. El segundo, impidiendo que entren, que traspasen nuestras fronteras. Para el caso de que consigan entrar en nuestro territorio, el tercer objetivo sería echarles de él, forzarles a salir”*.

³⁴⁵ MIRÓ LLINARES, F. *Política comunitaria de inmigración y política criminal en España ¿protección o “exclusión” penal del inmigrante? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 10-05 (2008)* Disponible en: criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-05.pdf

³⁴⁶ RIFKIN, J., *El sueño europeo. Cómo la visión europea del futuro está eclipsando el sueño americano*, (trad. R. Vilà Vernis, T. Fernández Auz y B. Eguibar), Paidós, Barcelona, 2004, pp. 327-328 y 330.

sueño europeo depende, en gran medida, del modo en que la actual generación de europeos aborde las cuestiones de la natalidad y la inmigración”.

2.2. La trata de personas en la normativa de la Unión Europea.

El marco jurídico de la Unión Europea en lo que atañe a la trata de personas empieza a elaborarse en los años 90, más precisamente en 1993 cuando el Consejo de Justicia y de Asuntos Interiores de la Unión Europea acordó formular un conjunto de recomendaciones a los Estados miembros para luchar contra la trata de personas.

Ya en el año de 1996 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución sobre la trata de personas ampliando la anterior y declarando que la trata de hombres, mujeres, niños y jóvenes adultos es incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana y que constituye una grave violación de los derechos humanos y conceptuó la trata de personas como "el acto ilegal de quien, directa o indirectamente, favorece la entrada o la estancia de un ciudadano procedente de un tercer país con el fin de explotarlo valiéndose de engaños o de cualquier otra forma de coacción o abusando de una situación vulnerable o de incertidumbre administrativa".

En ese mismo año, en Viena, se celebró la primera Conferencia europea organizada por la Comisión sobre la trata de mujeres. Participaron en ella representantes de universidades, ONG, servicios de policía e inmigración, Gobiernos, Parlamentos y otros. Además de propuestas y recomendaciones fue adoptado un plan de acción global, que propuso un enfoque estructurado de la trata de personas.

Siendo así, la Acción Común 96/700/JAI, de 29 de noviembre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la

Unión Europea, establece las directrices del programa STOP ³⁴⁷, un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños cuyos objetivos son estimular, apoyar y reforzar las redes y la cooperación práctica entre los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños en los Estados miembros, y mejorar y adaptar su formación y calificaciones. Es necesario aún aludir la iniciativa Daphane ³⁴⁸ para combatir la violencia ejercida contra los niños, adolescentes y las mujeres, incluyendo la trata.

En este contexto, especial mención merece la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños. En esta Acción se establece el compromiso de los Estados miembros a revisar su legislación penal respecto a la trata de personas y a fomentar la cooperación judicial y la protección de las víctimas en los procedimientos judiciales. Para ello, establece las definiciones de trata de seres humanos ³⁴⁹ y de explotación sexual ³⁵⁰ de niños y adultos y contempla medidas que deben adoptarse a escala nacional y de cooperación entre los Estados miembros.

En abril de 1997, destacando la necesidad de plantear un enfoque global para la trata de personas, se aprueba la Declaración Ministerial sobre directrices europeas relativas a la adopción de medidas eficaces para la

³⁴⁷ Este programa se estableció para el período 1996-2000, pero se ha aprobado una segunda fase (2001-2002) por Decisión del Consejo (2001/514/JAI) de 28 de junio de 2001. Vid. Texto completo disponible es: http://extranjeros.mtas.es/es/general/28_06_01.pdf

³⁴⁸ La iniciativa tuvo una vigencia anual durante el período 1997-1999.

³⁴⁹ Se entiende por "trata de seres humanos", cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro, con fines lucrativos, para la explotación sexual o los abusos sexuales.

³⁵⁰ Se entiende por "explotación sexual" con respecto a un niño, persuadir o coaccionar a un niño a participar en cualquier actividad sexual ilícita, explotar a un niño mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, utilizar niños para actuaciones y material pornográficos, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material.

prevención y lucha contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual. Así, la Declaración de La Haya, como ha sido denominada, contiene recomendaciones dirigidas a los países y a la Unión Europea para combatir la trata, alentar y ayudar a las víctimas a notificar los casos a la policía, localizar, investigar y procesar a los traficantes, proporcionar a las víctimas protección, asistencia y apoyo adecuados, y garantizar un trato equitativo por los sistemas de justicia penal.

En el mismo sentido, el 16 de diciembre 1997, el Parlamento aprueba la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual COM 0567-C4- 0638/96 con la pretensión de estimular el enfoque multidisciplinar para combatir la trata de mujeres, prestando una especial atención protectora a las víctimas.

Siguiendo la tendencia de abordar la problemática de la trata de personas desde una perspectiva global, el Tratado de Ámsterdam considera en el artículo 29 referente a las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, la trata de seres humanos como uno de los delitos que hay que combatir.

Así, en el Consejo Europeo de Tampere de 1999 la trata de personas es abordada con prioridad, siendo considerada como una de las graves manifestaciones de la delincuencia organizada y por ello se decide hacer frente a los dedicados a la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes. Con esta pretensión el Consejo solicita, entre otras cosas, que los Estados adopten una legislación más rigurosa para este grave delito y que refuercen la cooperación y la asistencia técnica mutua entre los servicios de control fronterizo de los Estados miembros. Propone aún la creación de equipos de investigación ³⁵¹ para luchar contra la trata de personas y declara que la trata de personas y en particular la explotación de mujeres es un asunto prioritario para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones

³⁵¹ Vid. Conclusión 43

comunes por parte de los Estados penales nacionales³⁵².

En el intento de concretar las medidas contempladas por el Consejo de Tampere, el 21 de diciembre de 2000 la Comisión presentó una Comunicación que contenía una propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a lucha contra la trata de seres humanos³⁵³ cuyo objetivo principal es introducir en la legislación de los Estados miembros tipos delictivos y sanciones adoptadas conjuntamente para que se logre un enfoque común respecto al Derecho Penal y a la cooperación judicial y policial³⁵⁴ puesto que, aunque se hayan producido modificaciones por los Estados miembros en sus legislaciones, la cooperación judicial resulta difícil por la falta de definiciones comunes de los elementos constitutivos del delito, la tipificación y las sanciones aplicables. Al elaborar dicha propuesta la Comisión tuvo en cuenta los trabajos a nivel internacional recogidos por el protocolo de las Naciones Unidas sobre la trata de seres humanos³⁵⁵.

El 19 de julio de 2002 se aprueba la referida propuesta mediante la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI³⁵⁶ relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y así, contemplando la necesidad de aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros por lo que se refiere a la cooperación policial y judicial penal relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, esta Decisión sigue siendo uno de los documentos más importantes en el ámbito normativo de la Unión Europea, establecer disposiciones relativas a las infracciones con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual sanciones, inducción, complicidad y

³⁵² Vid. Conclusión 48

³⁵³ La Comisión presentó en diciembre de 2000 dos propuestas de decisiones marco. La primera (relativa a la) aborda dos aspectos distintos de este tráfico: el tráfico con fines de explotación sexual y el tráfico con fines de explotación laboral. La segunda relativa a la

³⁵⁴ La Acción Común de febrero de 1997 no ha logrado sus objetivos por la ausencia de definiciones, inculpaciones y sanciones comunes en el Derecho Penal de los Estados miembros.

³⁵⁵ PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal. Op. Cit.*, p. 108.

³⁵⁶ Vid. DO L 203/1 de 1.8.200 2. Vid. Síntese del texto disponible en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33137.htm>

tentativa, competencia y enjuiciamiento, responsabilidad y sanciones contra las personas jurídicas, protección y asistencia a las víctimas.

En la Conferencia Europea sobre la prevención y lucha contra el tráfico de seres humanos: Un desafío mundial para el siglo XXI, celebrada en Bruselas en septiembre de 2002 se aprueba la Declaración de Bruselas para la prevención y lucha contra el tráfico de seres humanos. Dicha Declaración solicita a la Comisión la creación de un grupo de expertos en este tema con el propósito de reforzar la cooperación europea e internacional y el establecimiento de medidas concretas, normas, mejores prácticas y mecanismos para prevenir y combatir la trata de personas que se ha materializado a través de la Decisión de la Comisión 2003/209/CE de 25 de marzo de 2003³⁵⁷ relativa a la creación de un grupo consultivo, denominado "*Grupo de expertos en la trata de seres humanos*".

En noviembre de 2004, el Consejo Europeo de Bruselas reafirma el carácter prioritario que atribuye a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, aprueba el Programa de La Haya que contempla las diez prioridades de la Unión destinadas a reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante los próximos cinco años.

Es interesante observar que tal preocupación con la seguridad en el espacio geográfico europeo ha sido intensificada tras los atentados terroristas cometidos en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 y en Madrid el 11 de marzo de 2004³⁵⁸. Por esa razón señala el programa ya en su introducción que "*los ciudadanos de Europa tienen la legítima expectativa de que la Unión Europea, al tiempo que garantiza el respeto de las libertades y*

³⁵⁷ Vid. DO L 79/25 de 26.3.2003. Vid. Texto completo disponible en: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Decision&an_doc=2003&nu_doc=209

³⁵⁸ Vid. PORTILLA CONTRERAS, G. *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo portmodernista*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.120ss. De la misma opinión GARCIA ESPAÑA, E. *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 192, señala la autoría que los trágicos accidentes del 11-S están marcando la pauta de una carrera en busca de más seguridad, una búsqueda que no entiende de ideologías y que se encuentra en el programa de cualquier partido en campaña electoral. En esta agónica búsqueda de seguridad todo el mundo aparece como potencial enemigo, sospechoso de querer atentar contra nuestra integridad, sea ésta territorial, física, política o cultural.

derechos fundamentales, adopte una actitud común más eficaz ante los problemas transfronterizos como la inmigración ilegal, la trata y la introducción clandestina de seres humanos, el terrorismo y la delincuencia organizada, así como respecto a su prevención”.

El programa se desarrolla en dos líneas de actuación diferentes, aunque complementarias. La primera está destinada a establecer un plan de acción para aplicar el programa de La Haya y la segunda, de alcance más limitado, determina que la Comisión y el Consejo desarrollen en el 2005 un plan en contra de la trata de personas³⁵⁹.

En efecto, en lo que atañe al plan de acción, la Comisión, entre otras disposiciones, estipula las diez prioridades específicas para la aplicación del programa, entre las cuales se encuentra la determinación de definir un enfoque equilibrado de la inmigración que contemple la gestión de la inmigración legal y de la inmigración clandestina así como la lucha contra la trata de seres humanos, especialmente de mujeres y niños.

Por lo que atañe a la elaboración de un plan contra la trata de personas, la Comisión presentó el 18 de octubre de 2005, una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la Lucha contra la trata de personas que consiste en un enfoque integrado y propuestas para un plan de acción³⁶⁰. Con el mismo afán, en diciembre del mismo año, el Consejo presenta el Plan de la Unión Europea sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar y prevenir la trata de personas.

Importa destacar también la Resolución del Parlamento Europeo sobre estrategias para prevenir la trata de mujeres y niños vulnerables a la explotación sexual³⁶¹, de 18 de enero de 2006 que desde una perspectiva de género, advierte que comprender bien los factores de vulnerabilidad de las víctimas puede convertirse en un instrumento eficaz para luchar contra la trata,

³⁵⁹ PÉREZ ALONSO, E.J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 142.

³⁶¹ Vid. Texto completo disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-402.921+01+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>

pues saber quiénes son las víctimas en potenciales ayudará a las fuerzas policiales a identificar el perfil de los traficantes.

CAPÍTULO 3. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS.

La actual fenomenología de los movimientos migratorios supone un desafío para el derecho penal español. Desde esta óptica, el legislador español teniendo en cuenta las directrices establecidas por la Unión Europea sobre la materia, ha intentado adaptar la normativa española a las exigencias comunitarias lo que ha producido una revisión de gran parte de la legislación española referente a extranjería³⁶².

En este sentido, el ordenamiento jurídico español en lo que se refiere a la regulación del tráfico ilegal de personas y de los demás aspectos implicados en la explotación de la actividad migratoria contempla una doble postura, es decir, un sistema de regulación dualista o binario³⁶³ que establece, por un lado la normativa del Derecho Administrativo e Internacional Privado referentes al Derecho de Extranjería y también del Derecho del Trabajo, pues a

³⁶² Para profundizar el estudio de las distintas reformas en las leyes de extranjería en España, vid., ORTUÑO AIX, J. M./ FERNÁNDEZ BESSA, C., *Spanish immigration Policies and Legislative Evolution in that field as a new exceptional framework*. 2005. Disponible en: <http://www.libertysecurity.org/article964.html>.

³⁶³ Según PEREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., pp.206-207, la regulación dualista que ofrece el ordenamiento jurídico español parece razonable y congruente con el principio de la intervención mínima aunque puedan plantear, en algunas situaciones, problemas de concurrencia normativa entre las infracciones penales y administrativas. Vid. P. OMARESCIENTAS, E. *Las incongruencias del derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España* En: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir) Y OTROS. *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Op. Cit., p. 297, quien destaca que la estrategia de que se ha servido el Estado para controlar los movimientos migratorios, en su tarea de combatir la presencia de extranjeros ilegales en su territorio, se ha caracterizado primordialmente por su índole represiva es un doble instancia: la administrativa y la penal.

la condición de extranjero se une la de trabajador en algunas situaciones concretas del tráfico.³⁶⁴ Y por otro, la normativa pertinente al derecho penal que dispone de una regulación específica para prevenir y reprimir el tráfico de personas que será el objeto de nuestro análisis en este apartado.

En el contexto punitivo español la previsión normativa del delito de tráfico ilegal de personas es relativamente reciente. En efecto, en el período anterior al Código Penal de 1995, la problemática en torno a los movimientos migratorios aún no despertaba grandes preocupaciones en el legislador, de hecho, son pocos los dispositivos legales que trataban del tema, destacándose la Ley 44/1971 de 15 de noviembre que contempló en su artículo 499 la protección penal de la libertad y seguridad en el trabajo, castigando en su párrafo tercero que “*el que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador*”³⁶⁵.

Aún desde la perspectiva de los delitos contra los derechos de los trabajadores, el Código penal de 1995, introdujo en el artículo 313 dos conductas delictivas relacionadas con el fenómeno migratorio. Así, en el artículo 313.1 se castiga el delito de inmigración clandestina³⁶⁶ y en el artículo 312 la emigración fraudulenta³⁶⁷. Para ambas conductas, la pena prevista es de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Sin embargo, algunas diferencias merecen ser señaladas, ya que en el artículo

³⁶⁴ *Ibidem.*, p. 205

³⁶⁵ Ese artículo 499 bis. 3º CP 1973 castigaba con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 ptas. a quien traficara ilegalmente con mano de obra o interviniere en migraciones laborales fraudulentas.

³⁶⁶ Artículo 31.3.1 CP: “*El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior./ 2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país*”.

³⁶⁷ Artículo 312.1 CP: “*Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (modificado por LO 4/2000: penas de prisión de dos a cinco años), los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra 2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*”.

313.1 se prioriza la ilegalidad de la entrada o la residencia del extranjero. Al paso que en el artículo 313.2 importa la conducta fraudulenta mediante la que se determina o favorece la emigración y no la ilicitud de la propia emigración³⁶⁸.

La reforma del Código Penal operada por la LO 11/1999³⁶⁹ modifica el Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal, dedicado a los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores e introduce en el artículo 188.2 el delito de tráfico sexual de personas. Dicho precepto sanciona con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses 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”*.

Interesante precisar que hasta la mencionada reforma, ante la ausencia de un tipo específico para la trata de personas con fines de explotación sexual, la jurisprudencia castigaba tales supuestos por un concurso de delitos entre la inmigración clandestina del artículo 313.1 CP y la determinación coactiva, fraudulenta o abusiva a la prostitución del artículo 188.1 CP³⁷⁰.

Por su parte, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social introduce

³⁶⁸ CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ. *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Op. Cit., p.40 Este precepto, pese a dar más importancia a la inmigración ilegal que a la forma en la que se favorece la inmigración, no castiga todas las conductas que favorecen la inmigración ilegal, sino sólo las que favorecen la inmigración ilegal de trabajadores. Deja fuera de su ámbito de aplicación, por tanto, otras conductas relacionadas igualmente con la inmigración que podrían llegar a considerarse merecedoras de sanción penal. Es el caso de aquellas conductas que consisten en favorecer la entrada de extranjeros que o bien van a ser objeto de explotación sexual, o bien, simplemente, no reúnen la condición de trabajador

³⁶⁹ Según la Exposición de Motivos de la referida Ley orgánica, la introducción de este nuevo delito en la legislación española ha sido motivada por el compromiso de los Estados de la Unión Europea de revisar sus respectivas legislaciones. Vid. Acción Común 97/154/JAI. Vid. PEREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op.Cit., p. 212

³⁷⁰ *Ibidem.*, p. 213. El artículo 313.1 no daba una respuesta adecuada a estas situaciones.

considerables modificaciones con el propósito de minimizar las posibles lacunas punitivas del artículo 313.1³⁷¹.

Entre las alteraciones más significativas producidas por la referida Ley orgánica, cabe destacar la introducción en el Código Penal del Título XV bis sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros que contempla en el artículo. 318 bis CP la tercera figura delictiva de tráfico ilegal de personas. Dicho precepto en su párrafo primero castiga con pena de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quienes “ *promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España*”. *Se trata de una modalidad básica de tráfico ya que no exige una finalidad específica para el traslado*³⁷².

Con todo, en los demás párrafos se observan subtipos agravados contemplando finalidades tanto para los casos en los que el tráfico se realiza con ánimo de lucro o mediando violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad, como para aquellos en los que se produce un riesgo para la vida o la salud de las personas o en los que el autor pertenece a una asociación u organización dedicada a estas actividades.

Necesario aún apuntar que la LO 4/ 2000 introdujo un incremento de penas para los tipos del artículo 312 CP y también para los del artículo 313 CP, dando lugar a una agravación de la pena, que deja de ser de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, para pasar a ser de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, de lo que resulta una mayor

³⁷¹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas*. Op. Cit., pp.182ss. Dicha norma, en su primitiva configuración, constituyó la muestra de un intenso debate entre los distintos Grupos Parlamentarios, pues fue el resultado de tres proposiciones de ley presentadas por los Grupos Parlamentario Mixto, Catalán y Federal de Izquierda Unida, que finalmente se tramitaron conjuntamente. A pesar de requerir del esfuerzo negociador en muchos aspectos relativos a su tramitación, ninguna de las tres propuestas preveía la inclusión de un nuevo delito en el Código Penal. La introducción de un nuevo Título en el Libro II del Código Penal, integrado por el delito de tráfico de personas, surgió, sin previo aviso, en el trámite de informe de ponencia, configurándose tal como finalmente fue introducido en el Código Penal en el dictamen emitido por la Comisión Constitucional del Congreso, y continuó a partir de aquel momento a lo largo de la tramitación parlamentaria sin que ninguno de los posteriores debates producidos en el Congreso o el Senado lo afectara.

³⁷² PEREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 215.

pena para el delito de inmigración clandestina destina de trabajadores del artículo 313.1 CP que para el delito de tráfico ilegal de personas del artículo 318 bis CP.

Tal incremento, en palabras de Terradillos Basoco, “*resulta sorprendente si se tienen en cuenta dos extremos: que no se han aportado estudios criminológicos que pongan de relieve la falta de idoneidad de las penas previstas por el CP 1995; y que la decisión se toma en el marco de la discusión parlamentaria de una Ley sobre derechos de extranjeros, sólo parcialmente afectados por las conductas previstas en el artículo 312 CP, que normalmente incidirán, al menos en idéntica medida, sobre los trabajadores españoles y comunitarios*”³⁷³.

La LO 4/2000 también produjo alteraciones en los preceptos que castigaban las asociaciones ilícitas (artículos. 515, 517 y 518) caracterizando también como tal las que promuevan el tráfico ilegal de personas³⁷⁴.

En crítica expresa a la referida reforma, Rodríguez Mesa³⁷⁵ declara que la LO 4/2000 se manifiesta técnicamente desafortunada y provoca importantes problemas a la hora de delimitar los ámbitos de la infracción penal y administrativa, en su opinión el legislador ha dejado pasar la oportunidad de sistematizar en un único Título de Código penal todas aquellas conductas que de algún u otro modo afectan a los derechos de los ciudadanos extranjeros.

En septiembre de 2003, en atención a las nuevas exigencias de la Unión Europea para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de personas y a la lucha contra la inmigración clandestina³⁷⁶, la LODLE fue reformada y se aprueba la LO 11/2003 sobre

³⁷³ TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera. En: LOURENZO COPELLO, P. (Coord.) Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate. Op. cit., p.384.*

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 218 Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 196 y 241.

³⁷⁵ RODRIGUÉZ MESA, M.J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 18.

³⁷⁶ Recuerda, así, las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere acerca de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en este aspecto de la criminalidad y

medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que introduce modificaciones significativas en lo que se refiere a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros³⁷⁷.

Un primer punto criticable en esta reforma es el tratamiento unitario a cuestiones tan diversas como seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros en un mismo texto legal. Tal hecho, desde nuestra perspectiva, favorece la construcción de una idea negativa de la inmigración ya que se pasa a asociar a los inmigrantes con la inseguridad ciudadana y la violencia doméstica.

A parte de eso, la alteración más importante producida por LO 11/2003 ocurre en la redacción del tipo básico del artículo 318 bis CP que tras la reforma pasa a castigar “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”, estableciendo una pena de prisión de cuatro a ocho años. De hecho, se puede observar que respecto a la conducta típica se produce una considerable ampliación, ya que además de contemplar la posibilidad de realizar la conducta directa o indirectamente, se castiga junto al favorecimiento o al tráfico ilegal a quienes favorecen la inmigración clandestina, equiparando, por lo tanto, el tráfico ilegal de personas y la inmigración clandestina. Tal equiparación desde el punto de vista de

alude a las recientes iniciativas del Consejo en punto al establecimiento de un marco penal común relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y contra la inmigración clandestina.

³⁷⁷ Vid. La exposición de motivos de la reforma LO 11/2003: “*el fin de la reforma es mejorar la protección de los Derechos de los ciudadanos, especialmente frente a las agresiones de la delincuencia*”. Vid. LAURENZO COPELLO, P. *Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión*. En: *Jueces para la Democracia*, nº 50, 2004, p. 31. La referida autora destaca que se trata de una reforma puesta al servicio de una severa política migratoria que busca en el Derecho penal una herramienta efectiva y pragmática para el control y reducción de la presencia de extranjeros indocumentados en territorio español. Unos objetivos que no sólo colocan en su punto de mira, como se ha visto, al extranjero autor de delitos (condenado o presunto) sino también a los inmigrantes que, sin haber infringido ley penal alguna, pretenden traspasar nuestras fronteras de forma clandestina o ilegal. Y esto último porque, más allá de la voluntad declarada de dotar de mayor protección a las víctimas de las mafias de tráfico de seres humanos, lo cierto es que las modificaciones introducidas en el art. 318 bis CP vienen a penalizar prácticamente cualquier conducta que implique ayudar a un extranjero a traspasar de modo irregular las fronteras del Estado –incluso los actos desinteresados y ajenos a cualquier organización delictiva, con virtiendo así al Derecho penal en un instrumento más de contención de los flujos migratorios.

Sáinz-Cantero Caparros³⁷⁸, es “especialmente distorsionante” y a que ha provocado de forma expresa una absoluta identificación de los ámbitos sancionadores penal y administrativo en lo que se refiere a la promoción de la inmigración clandestina. Señala aún referido autor que al no mantener al distinción entre dichos fenómenos, la LO 11/2003 se separa de las orientaciones de la normativa europea.

En verdad, como ya hemos señalado, tráfico y trata son dos fenómenos criminológicos que se ubican en realidades distintas, con todo, el legislador sin manifestar ningún criterio coherente las contempló en el mismo tipo penal³⁷⁹.

En relación con la pena, la LO 11/2003 propone un importante aumento, pues ésta pasa de ser una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, a ser una pena de prisión de cuatro a ocho años. Respecto a este incremento penológico Maqueda Abreu³⁸⁰, advierte que *“no se puede recurrir a penas desmesuradas para prevenir el tráfico de personas cuando lo que pretende castigarse es cualquier colaboración con una inmigración ilegal ni está justificado hablar de fines de explotación sexual cuando el objetivo es lucrarse del libre ejercicio de la prostitución entre adultos.*

³⁷⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. *Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. En: MATEU CARBONEL, J. C Y OTROS (Coords.) *Estudios penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 798 ss. Vid. Desde la misma perspectiva crítica PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit. p. 252. Quien destaca que aunque la reforma haya ofrecido una respuesta penal sustantiva bastante completa y estructurada contra el tráfico ilegal de personas, es criticable la técnica legislativa empleada para definir y regular el tráfico ilegal de personas ya en sentido propio, pues por se la primera vez que el legislador hacía referencia legal expresa al concepto de tráfico ilegal de personas, “lo razonable, lo que cabía esperar de nuestro legislador era que acudiera a los conceptos de tráfico o trata de personas en contraposición al de inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes ampliamente acuñados en el ámbito internacional y europeo.

³⁷⁹ PORTILLA CONTRERAS, G. Los Delitos relativos al tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. En: ALVAREZ GARCIA, F/ GONZALEZ CUSSAC, J. L. (Directores) *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010, p. 358

³⁸⁰ MAQUEDA ABREU, M. L. *Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual*, en: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M (Dir) Y OTROS *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Tirant lo Blanch alternativa. Valencia, 2007, p.251. Vid., al respecto. ³⁸⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. *Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op.Cit., pp .798 ss.

Se trata de una ceremonia de confusión que amenaza con dar vida a ilícitos formales que agotan su justificación en la unilateral defensa de la voluntad del Estado, aquí empeñada en imponer a toda costa un férreo control de la inmigración ilegal al margen de cualquier interés en la integración de los inmigrantes” y sigue resaltando que en realidad estamos asistiendo a un episodio más de ese ejercicio simbólico del poder estatal que busca ofrecer una imagen protectora de los intereses de los inmigrantes cuando en realidad persigue su exclusión y su marginación social³⁸¹”.

También se introduce en el párrafo segundo del referido artículo el supuesto cualificado de tráfico o inmigración clandestina de personas con fines de explotación sexual, con pena de prisión de cinco a diez años. Por consiguiente, se suprime el artículo 188.2 CP que incriminaba el tráfico con finalidad de explotación sexual entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

El párrafo tercero del precepto mantiene como conductas agravadas las realizadas con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño e incluye el abuso de situación de superioridad o situación de especial vulnerabilidad de la víctima, suprimiendo el abuso de la situación de necesidad antes previsto en el párrafo segundo.

Además de otras alteraciones producidas por la ya citada LO 11/2003, cabe señalar aún la inclusión de un párrafo sexto en el que se incorpora un tipo privilegiado que posibilita a los Tribunales reducir la pena prevista, imponiendo la inferior en grado a la respectivamente señalada, en atención a la gravedad del hecho y sus circunstancias, así como a las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste.

La LO 15/ 2003 deroga el artículo 515. 6 CP, que recogía los supuestos de asociaciones que promovieran el tráfico ilegal de personas incluidos en el tenor literal del artículo 318 bis.

En 19 de noviembre de 2007 la LO 13/2007³⁸² con el objetivo de posibilitar la persecución extraterritorial del tráfico ilegal de personas, el legislador español con base en las disposiciones del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire cuanto a la facultad otorgada a los Estados parte para establecer su jurisdicción respecto a los delitos de tráfico ilegal e inmigración clandestina aun cuando tales delitos se cometan fuera de su territorio³⁸³ y con la teórica pretensión de dar el necesario trato digno a los inmigrantes y proteger plenamente sus derechos humanos, incorpora al tipo básico del artículo 318 CP la posibilidad de punir los supuestos de tráfico ilegal e inmigración clandestina aun cuando el destino de la conducta sea cualquier país de la Unión Europea. De este modo, el párrafo primero del artículo 318 bis CP resultó redactado de la siguiente manera: *“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”*³⁸⁴.

No obstante, la necesidad de ajustar la normativa española a los convenios internacionales obligó al legislador español a modificar más una vez la regulación de esta materia, lo que se ha llevado a cabo en la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La referida

³⁸² Vid. BOE núm. 278, de 20 de noviembre cuya Exposición de Motivos afirma que “estamos ante un tipo de criminalidad transnacional, ámbito en el cual el factor de impunidad deriva, no tanto de la falta de voluntad de los Estados con más vínculos de conexión cuanto de su falta de capacidad para la represión individual de una criminalidad generalmente privada, aunque, casi siempre, organizada”.

³⁸³ Según la Exposición de Motivos de la LO 13/2007 sería el supuesto concreto de la patera o los cayucos interceptados antes de llegar a las costas españolas, en definitiva, delitos que se consuman 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 conseguido, si es o no irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial.

³⁸⁴ Igualmente, se incluye la atribución de jurisdicción para el caso de tráfico de personas que afecte a trabajadores, al ser de aplicación el artículo 313.1 del Código Penal. Artículo 313 “El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o por otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior”.

reforma presenta como una de sus mayores hitos el tratamiento normativo diferenciado de los delitos de trata de personas, que pasa a ser regulado como un delito autónomo y el tráfico ilegal de personas que se mantiene en el tipo básico del artículo 318 bis CP.

Así se expresa el legislador en el apartado XII del Preámbulo de la citada LO: *“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. Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado “De la trata de seres humanos”. Así, 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. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios. Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1. y 318 bis. 2.*

Desde nuestra óptica, el logro más importante de esta reforma en lo que atañe al delito que estudiamos ha sido el tratamiento diferenciado que el legislador otorga a los supuestos de trata de personas y tráfico ilegal de personas. De hecho, nos encontramos frente a realidades criminológicas claramente distintas de acuerdo con las definiciones formuladas en los instrumentos internacionales.

Así, en la última reforma realizada en el precepto en comentario por la LO 5/2010 de 22 de junio, se suprime su apartado 2, referido a la inmigración

clandestina que tiene por objeto la explotación sexual de las personas, lo que conlleva la remuneración de los apartados 3, 4, 5 y 6 del precepto, y se modifican los resultantes apartados 2 y 4, que contienen los tipos agravados del delito básico que se define en el apartado 1.

Otro punto a señalar en esta reforma es la elevación de la pena cuando la víctima sea menor de edad o incapaz y la adecuación del precepto al nuevo sistema propuesto en la parte general cuando las conductas tipificadas como delito se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica.

Todo lo expuesto nos conlleva a compartir la opinión de Terradillos Basoco³⁸⁵ quien además de afirmar que a política migratoria española es profundamente punitivista, advierte que *“el legislador español ha venido siguiendo los dictados europeos de manera acrítica y sin discernir qué es, en la normativa de origen comunitario, lo esencial y lo accesorio; lo susceptible de implementación mecánica y lo necesitado de adaptación a nuestra geografía, economía, historia y cultura. En ausencia de un debate político y científico profundo, y condenada España a blindar las fronteras africana y latinoamericana de Europa, la huida al Derecho penal ha resultado una tentación demasiado fuerte: todas las estrategias político-criminales en la materia tienen, como denominador común, la intensificación de las respuestas afflictivas”*.

Siendo así, con razón afirma Miró Llinares³⁸⁶ *“que con los delitos existentes en el Código Penal español el legislador no sólo adopta una política criminal tremendamente represiva frente a la inmigración ilegal, sino que lo hace utilizando el Derecho penal como arma primera y principal, en vez de usarla, según los principios básicos de intervención mínima y proporcionalidad,*

³⁸⁵ TERRADILLOS, BASOCO, J. M. Las políticas penales europeas de inmigración. Op. Cit., p. 196.

³⁸⁶ MIRÓ LLINARES, F. *Política comunitaria de inmigración y política criminal en España ¿protección o “exclusión” penal del inmigrante? Op.Cit. p. 22. Vid. POMARES CINTAS, E. Op Cit., p 297* quien destaca que esa política de control operada a través de sucesivas (e incoherentes) reformas legislativas, se traduce hoy en una regulación de combate frente a la colaboración de terceros en el fenómeno migratorio ilegal, en la que intervienen normas que conviven con dificultad

para aquellos supuestos de tráfico de personas que, además de afectar a la política migratoria, pongan en peligro concreto, a valorar ex post, los derechos de las personas objeto de inmigración ilegal, y para aquellos de inmigración ilegal que por la entidad del comportamiento o por el ánimo o carácter de organización criminal del autor, merezcan una respuesta sancionadora mayor que la del Derecho administrativo”.

Llegados a este punto, podemos deducir que los continuos vaivenes legislativos producidos en esta materia evidencia la inestabilidad de la regulación penal en lo que respecta a los fenómenos migratorios y la falta de rigor con que se aborda dicha problemática. En verdad, desde nuestra apreciación, aún quedan reformas por hacer en esta materia, no obstante, para evitar un mayor desgaste legislativo, sería necesario un análisis comprometido del legislador español con los hechos materiales que emergen de los conflictos migratorios, es decir, el pasado, el presente y sobre todo, el futuro de las migraciones debe ser considerado a la hora de construir una política migratoria eficaz, racional y coherente con los postulados democráticos.

***PARTE IV- JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD: DIMENSIÓN
VALORATIVA Y FÁCTICA DEL TIPO.***

CAPÍTULO 1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

1.1. Cuestiones previas.

Las consideraciones esbozadas con anterioridad sobre el fenómeno migratorio, en especial las referentes al tráfico ilícito de migrantes serán profundizadas en este apartado desde la óptica del bien jurídico protegido en el párrafo primero de artículo 318 bis del Código Penal, en el sentido de establecer cuáles son los límites de intervención del Derecho Penal en ámbito de actuación de las políticas migratorias. Para tanto, pretendemos enfocar las principales aportaciones doctrinales en lo que respecta a la problemática del interés jurídico protegido en el delito en estudio.

Pues bien, aunque la construcción de concepto de bien jurídico o ofrezca al legislador criterios plausibles y prácticos de legitimación en lo que atañe a la legitimación de la función del derecho penal en un marco de principios de actuación político-criminal garantista, es necesario precisar que, actualmente, en el seno de una sociedad moderna y compleja, cuyos riesgos se concretizan en características multiculturales inmanentes al proceso de globalización, la determinación del bien jurídico revela para la ciencia penal un momento de imprecisión que se enmarca en las tendencias expansionistas que exigen cada vez más la intervención del derecho penal “ *sin importar el coste humano y social que ello implica*”³⁸⁷.

Así entendido, lo que se pretende en este punto de la tesis es explicar las distintas posturas que establecen los criterios que desvelan el contenido y el alcance del bien jurídico protegido en el precepto penal del artículo 318 bis del Código Penal que regula los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, para luego exponer la visión que aquí se sustentará. El citado precepto, introducido por la LO 4/2000, reformado por LO

³⁸⁷ OLMEDO CADERNETE, M y NETO ARAÚJO, F. *Introducción al derecho penal. Op. Cit.* p.11

11/2003, por la LO 13/2007 y recientemente modificado por la LO 5/2010 de 22 de junio que entró en vigor a finales del año 2010, suscita, entre otras razones por su amplitud y ambigüedad, problemas interpretativos que suponen controversias doctrinarias y jurisprudenciales a la hora de precisar su objeto de protección.

Ante la situación planteada, expresa Zuñiga Rodríguez ³⁸⁸ que “ *la discusión sobre el objeto de protección de esta norma es densa y compleja, dado que un solo tipo penal se ha intentado atender a disímiles factores, en el que cobran un peso específico variables políticas y sociales*”.

La variedad de conductas descritas en el tipo, la gravedad de las penas y su semejanza con otras figuras delictivas aportan problemas dogmáticos y políticos-criminales que revelan inconvenientes a la hora de aplicar el precepto. De hecho, la doctrina, preocupada en aclarar las pretensiones del artículo 318 bis CP, ha producido diversas discusiones sobre la tipicidad del precepto, pero, hay que poner de relieve que los propósitos en definir el bien jurídico tutelado no se armonizan ni tampoco presentan soluciones claras para restringir y precisar el ámbito de interpretación del delito³⁸⁹.

En este sentido, destacamos a seguir las principales posturas doctrinarias que se detienen en explicar que es lo que pretende el legislador con la tipificación de los “ *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”.

Es importante señalar que las aportaciones doctrinarias divergen

³⁸⁸ ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *El inmigrante como víctima. Contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración*. En: DÍAZ SANTOS, D/ CAPARRÓS RODRIGUÉ Z, F. (coords.) *La reforma penal a debate*. XII Congreso Universitario de Derecho Penal, Salamanca. 2004, p. 125.

³⁸⁹ Vid. CANCIÓ MELIÁ, M./ MARAVER GÓMEZ, M. *El Derecho Penal ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Op. Cit. p. 38, para quienes la regulación jurídico-penal en la materia no es internamente contradictoria, sino que, por el contrario, resulta armónica si se toma como punto de referencia no los objetivos in vocados por el legislador y los agentes políticos que conforman la mayoría de éste, sino la agenda real o culta bajo aquellas declaraciones expresas. [...] la regulación es perfectamente funcional desde la perspectiva de un “Derecho penal” del enemigo.

entre los que argumentan que los intereses jurídicos tutelados en el artículo 318 bis del CP protegen a los derechos de los ciudadanos extranjeros, los que sostienen que la pretensión del legislador ha consistido en protección del interés de Estado en controlar los flujos migratorios y los que propugnan por una tesis ecléctica, alegando que el artículo 318 bis abarca la protección de ambos intereses mencionados.

1.2. El Artículo 318 bis CP: ¿Protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros?

La tesis de que el bien jurídico protegido comprende los derechos de los ciudadanos extranjeros encuentra respaldo en importante sector de la doctrina³⁹⁰, aunque las discrepancias cuanto a la determinación de cuáles son los derechos protegidos suscitan múltiples opiniones.

En esta perspectiva, nos parece oportuno elucidar algunos aspectos básicos de dichos derechos en el ordenamiento jurídico español, en el sentido de evidenciar los fundamentos que concretizan las tesis que vinculan el objeto de tutela del artículo 318 bis CP a los derechos de los ciudadanos extranjeros.

La atribución de los derechos de los ciudadanos extranjeros en el ordenamiento jurídico español tiene su referencia más concreta en la Constitución de 1978 cuyo título I “*De los Derechos y deberes fundamentales*”, se inicia con el capítulo “De los españoles y los extranjeros” determinando en el artículo 13.1 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*”.

³⁹⁰ Vid. ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000*, en MOYA ESCUDERO, M. (Coord). *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Granada. Comares, 2001, p. 915 en interesante reflexión: “la cuestión fundamental sería determinar qué derechos de los extranjeros son los que se pretenden proteger por el Derecho Penal. Para ello, debemos preguntarnos si de acuerdo con nuestra legislación existen derechos reconocidos específicamente a los inmigrantes ilegales”.

Desde esta óptica, el Tribunal Constitucional, interpretando el referido artículo, establece en la Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre³⁹¹ que *“puede prescindir de tomar en consideración como dato relevante para modular el ejercicio del Derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos Derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.*

Así entendido, se reconoce una triple clasificación de derechos, distinguiendo los derechos de los extranjeros entre derechos comunes, derechos condicionados a la configuración legal y derechos vinculados a la nacionalidad, incluyéndose en ellos los derechos sociales o principios rectores³⁹², es decir, existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos, por otro lado, existen derechos que abarcan a los extranjeros³⁹³ y aún existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio³⁹⁴.

El mandato constitucional así como la sentencia del Tribunal Constitucional sirven de referencia normativa para la LO 7/1985 de 1 de julio,

³⁹¹ Vid. <http://jurisprudencia.vlex.es/vid/2-3-u-14-c-4-an-5-6-7-8-va-15034591>

³⁹² SERRA NO-PIEDECASAS, J .R. *Los Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*. En: LOURENZO COPELLO, P. (Coord) *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p.522.

³⁹³ Vid. Artículo 13.2 de la Constitución Española.

³⁹⁴ Vid. STC núm. 130/ 1995 – Sala Segunda, de 11 de septiembre.

“sobre derechos y libertades de los extranjeros en España” que aunque reconozca a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, equiparando el ejercicio prácticamente al de los propios ciudadanos españoles, reduce esta afirmación cuando afirma que “ceden ante exigencias de la seguridad pública claramente definidas³⁹⁵”.

En el inicio del año 2000 se aprueba la LO 4/2000, de 11 de enero, que deroga la LO 7/1985 y propone una serie de medidas tendentes a lograr la integración social de los extranjeros mediante la facilitación de su acceso al trabajo y al reconocimiento de un conjunto de Derechos básicos³⁹⁶.

A finales del mismo año, entra en vigor la LO 8/2000, de 22 de diciembre, que reforma la LO 4/2000 modificando 54 preceptos de los 63 contenidos en la anterior regulación. En el preámbulo de la reforma de la ley de extranjería (LO 8/2000) el legislador explica que las alteraciones son decorrencia del “efecto llamada”, de la armonización legislativa europea a la que obligan los acuerdos de Tampere, y de la apelación a una política integral de inmigración.

Algunos autores sostienen que los cambios ocurridos en la Ley de Extranjería, sobre todo, en cuanto a la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros, acentuaron las diferencias entre extranjeros en situación legal-ilegal y entre nacionales y no-nacionales³⁹⁷. Dicho argumento

³⁹⁵ Vid. Preámbulo de la LO 7/1985 “Sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España.”

³⁹⁶ Vid. ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *El inmigrante como víctima. Contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración*. Op. Cit., 116, quien resalta las novedades que esta ley representa frente a la anterior: en ella, se reconoce a los extranjeros la titularidad de ciertos Derechos, como los de reunión, manifestación o asociación, (arts. 7 y 8); el Derecho a la educación de los extranjeros menores de 18 años en las mismas condiciones que los españoles (artículo 9); Derechos de carácter social (arts. 12 a 14) en igualdad de condiciones que los españoles, como ayudas en materia de vivienda, prestaciones y servicios de la seguridad social; Derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 16), y en conexión con este Derecho se establece el número de familiares que pueden reagruparse; el Derecho a la asistencia jurídica gratuita no solo a los extranjeros residentes, sino a los inscritos en el padrón municipal (artículo 20).

³⁹⁷ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. *Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas – artículo 3*. En: MOYA ESCUDERO, M. (Coord.) *Comentario a la ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, p. 480; Vid., CAMPO CABAL, J. M., *Comentarios a la ley de extranjería*, Civitas, Madrid, 2001, p. 57.

encuentra fundamento en la reforma de la Ley de Extranjería producida por la LO 8/2000, que, entre otras cosas, propuso la observación del principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros desde una perspectiva meramente interpretativa³⁹⁸.

De hecho, la reforma de la LO 8/2000 ha suscitado innumerables polémicas cuanto a la inconstitucionalidad de los artículos que regulaban los derechos fundamentales de los extranjeros. Ante tal situación, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de los citados artículos en las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, entre otras, reconociendo que la exigencia que la indicada ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución, ya que según la misma los derechos fundamentales alcanzan a todas las personas por el hecho de serlo.

La última reforma en la ley de extranjería que modifica el marco de los derechos y deberes de los extranjeros ha sido realizada por la LO 2/2009 de 11 de diciembre³⁹⁹, que entre otras alteraciones establece el reconocimiento de los derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo de acceso a los otros derechos basado en el refuerzo del estatus jurídico a medida que aumenta el periodo de residencia legal.

³⁹⁸ Vid artículo 3 de la LO 8/2000. *Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas*. Donde se establece que "los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles".

³⁹⁹ Vid. Preámbulo, IV de la LO 2/2009 donde se acoge las causas de la reforma: Así pues, tres son las causas que justifican la reforma que se propone de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción actual: a) La necesidad de incorporar a dicha Ley Orgánica 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, a través de la indicada Ley Orgánica, 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.

Pues bien, tras analizar, sucintamente, los criterios hermenéuticos establecidos por el Tribunal Constitucional para delimitar el alcance de los derechos de los ciudadanos extranjeros en el ordenamiento jurídico español, aún queda por precisar cuáles son exactamente los derechos que están tutelados en el tipo básico del artículo 318 bis CP, ya que la conducta típica no especifica los derechos que se ven afectados por el tráfico. De ese modo, las opiniones doctrinarias que postulan por la tutela de bienes jurídicos de carácter personal en el precepto en estudio pueden agruparse en razón de la protección hacia la integración social de los extranjeros, en función de su situación administrativa y en la defensa de la dignidad personal e integridad moral de los extranjeros.

1.3. En defensa de la integración social de los ciudadanos extranjeros.

La primera aportación en el ámbito de tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros se concretiza en la tesis que propugna por la protección de la integridad social del extranjero-inmigrante y es defendida por Serrano-Piedecasas quien atribuye al bien jurídico del artículo 318 bis del CP un carácter individualista. Para el referido autor, el injusto se fundamenta en el derecho del extranjero a una plena y efectiva integración social⁴⁰⁰, ya que en la rúbrica del Título XV bis se incluye el conjunto de derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución. Afirmar que “ *el contenido del bien jurídico tutelado en el Título XV bis no es otro que el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar la plena integración social. El fundamento material del injusto del Artículo 318 bis CP reside en la privación o menoscabo del*

⁴⁰⁰ SERRANO-PIEDECASAS, J. R. *Los Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*. Op. cit. p. 326. Destaca aún que el Consejo Europeo de Tampere alienta a los Estados miembros de la Unión Europea a adoptar una política de extranjería que facilite la integración social del extranjero, resalta aún que la nueva ley de extranjería favorece la plena integración social del extranjero en nuestra sociedad. Vid., en el mismo sentido, GUTIERREZ ROMERO, F. M., *Cuestiones que suscita la aplicación práctica del artículo 318 Bis CP (tráfico ilegal de personas): examen jurisprudencial*, Act. Validad Jurídica Aranzadi n. 73 5/2007, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2007, quien ratifica la tesis que el bien jurídico protegido en el Título XV bis no es otro que el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social.

*disfrute de tales libertades por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal*⁴⁰¹, pues el hecho de no poder ejercer las libertades públicas previstas en el artículo 13.1 de la Constitución Española tiene como consecuencia la marginalización social del extranjero⁴⁰².

Cabe mencionar los argumentos de García Álvarez y Del Caprio Delgado que en similar planteamiento, consideran que el delito de tráfico ilegal de persona presupone la puesta en peligro abstracto de los derechos de los que disfrutarían los extranjeros si su entrada, tránsito y salida del territorio español se efectuara en observancia a los dispositivos legales⁴⁰³.

En esta misma línea argumentativa, Queralt Jiménez⁴⁰⁴ también puntúa que el bien jurídico es la protección al inmigrante *en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas*.

A tenor de lo expuesto, este sector de la doctrina científica defiende que artículo 318 bis del CP penaliza a el favorecimiento del tráfico ilícito de migrantes en la medida en que perjudica los derechos que el ciudadano extranjero podría ejercer en caso de que su entrada o tránsito por el Estado español hubiera sido realizada en condiciones de legalidad.

Por otro lado, en lo que respecta a la interpretación del conjunto de derechos como derecho a la integración social, algunos autores discrepan de esta postura. Así, diverge Rodríguez Mesa argumentando “ *el Derecho no puede convertirse en cómplice de una legislación que, al procurar la integración*

⁴⁰¹ SERRA NO-PIEDECASAS, J. R. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. cit., p.332.

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ GARCIA ALVAREZ, P. Y DEL CAPRIO DELGADO, J. *Los delitos relativos al régimen de extranjería*. En: RODRIGUÉZ BENOT Y HORNERO MÉNDEZ (Coord). *El nuevo derecho de extranjería*. Comares, Granada, 2001, p.382 CONDE-PUMPIDO TORÓN, C. *Delitos contra los derechos de los extranjeros*. En: *Extranjeros y Derecho penal*. CGPJ. Madrid, 2004, pp. 300 y 315

⁴⁰⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*. 6 ed., revisada y actualizada. Atelier, Barcelona, 2011, p. 874.

*social de unos sujetos favorece la exclusión de otros*⁴⁰⁵, y añade “ *si la integración, entendida como aceptación de las pautas culturales y sociales de un determinado país, no puede ser impuesta al individuo, mucho menos podrá configurarse como un bien jurídico merecedor de protección social*”⁴⁰⁶ .

Rodríguez Montañés⁴⁰⁷, también considera que no hay base legal para justificar la integración social del extranjero como interés jurídico protegido en el artículo 318 bis. 1 CP. Opina que aunque la rúbrica del Título XV bis hace referencia a los derechos de los ciudadanos extranjeros y la LO 4/2000 se intitula “*Sobre los derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros y su integración social*”⁴⁰⁸, el artículo 318 bis CP dispone una diversidad de conductas relacionadas con el tráfico ilegal de personas, así, deducir que la integración social es el objeto de tutela de la norma es ignorar la redacción del precepto.

Es de observarse aún la opinión De Lucas⁴⁰⁹ para quien el concepto de integración presenta una complejidad que no debe describirse en los términos unidireccionales que sugieren que el anfitrión ingiere al de fuera. Alega que se debe hablar de procesos de interacción, de adaptación mutua, que exigen cambios de ambas partes. El país receptor está en la posición de dominio y tiene la carga de enseñar las reglas del juego, de enseñar a los que vienen de fuera sus derechos y deberes antes de exigirlos por la vía de la amenaza. No se puede mantener que se persigue como objetivo la integración si se mantiene el mecanismo de sospecha que hace de todo extranjero, hoy, el extranjero es el extracomunitario pobre, sujeto de sospecha.

⁴⁰⁵ RODRIGUEZ MESA, M. J . *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit.*, p.57

⁴⁰⁶ *Ibidem*

⁴⁰⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Ley de Extranjería y Derecho penal, La Ley*, n. 5261 de 6 de marzo de 2001. La Ley, p. 2.

⁴⁰⁸ La Ley LO 11/2003 de 29 de septiembre también se refiere en su rúbrica a la integración social de los extranjeros.

⁴⁰⁹ DE LUCAS, J. *El marco jurídico de la inmigración*. En: *Jueces para la Democracia*, núm.38, 2000, p. 6.

A registrar aún las críticas de García España y Rodríguez Candela⁴¹⁰ que no comparto la tesis de la integración social pues entienden que *“si la plena integración se configurara, de forma hipotética, como un derecho expectante al que sólo pudiera acceder quien se encontrase en situación de regularidad, tendríamos problemas cuando, pese al tráfico ilegal, el extranjero llegara a integrarse, bien porque pudiera acceder a la documentación, nada extraño tras los múltiples procesos de regularización explícitos o encubiertos habidos desde la aprobación de la Ley de Extranjería en 1985, bien porque se acogiera a los beneficios de la delación del artículo 59 de la LOEXIS. Añaden aún que la Ley Orgánica 4/2000, que introdujo este Artículo 318 bis.1 en el CP, reconocía la titularidad y ejercicio de la mayoría de los derechos para los extranjeros aun cuando éstos estuvieran en situación de ilegalidad.”*

Por ende, señalamos la opinión de Daunis Rodríguez⁴¹¹, quien sostiene que *“entender que la integración social es el bien jurídico contenido en la norma del artículo 318 bis CP, sería admitir que ciertos derechos como el derecho al trabajo, las prestaciones específicas de la seguridad social, las ayudas en materias de vivienda y, en definitiva, todos aquellos Derechos que posibilitan la integración de una persona en la sociedad, tienen que ser objeto de protección penal”*.

1.4. El estatuto jurídico del extranjero.

Las posturas que perciben el estatuto jurídico del extranjero como objeto de protección de la norma que tipifica el delito de tráfico ilícito de migrantes parten de la percepción de los derechos otorgados al extranjero-inmigrante en el ordenamiento jurídico español.

⁴¹⁰ GARCÍA ESPAÑA, E. y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros*, *Actualidad Penal*, n.º 29, 2002, pp. 730-732.

⁴¹¹ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit. p.56.

Pues bien, expone Rodríguez Mesa que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de personas es el estatus jurídico del extranjero, es decir, el conjunto de derechos y libertades reconocidos por el sistema jurídico español⁴¹², y añade que la tutela en estos supuestos abarca una dimensión colectiva, es decir, se protege a los extranjeros como colectivo social titular de una serie de derechos⁴¹³. Por consiguiente, entiende que se trata de un interés difuso, así aunque el tipo alude a personas en su acepción plural, no es necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica⁴¹⁴.

Concluye destacando que “ *los derechos de los ciudadanos extranjeros son susceptibles y merecedores de protección penal. Pero no porque se pretenda la integración social del extranjero, sino en cuanto suponen la existencia de un espacio vital para su desarrollo en una cierta y digna libertad*”⁴¹⁵.

De modo similar se expresa Sainz-Cantero Caparrós⁴¹⁶ para quien el interés del artículo 318 bis CP es el conjunto de derechos que componen el status del extranjero, y que se ven o pueden verse 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.

⁴¹² RODRIGUEZ MESA, M. J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit.* pp. 58ss.

⁴¹³ *Ibidem.*, p.60.

⁴¹⁴ Así, SERRANO PIEDE CASAS, J.R. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit.*, p. 337; COND E-PUMPIDO TOURÓN, C. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op.Cit.*, p. 302, GUARDIOLA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el derecho penal español. Op. Cit.* p. 150-151.

⁴¹⁵ RODRIGUEZ MESA, M. J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit.*, p. 59.

⁴¹⁶ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”. *Op. Cit.*, p. 70.

En la misma línea, Martínez-Buján⁴¹⁷ destaca que el bien jurídico comprende el *status* jurídico del extranjero, “o sea, los derechos y libertades reconocidos al extranjero por el Ordenamiento jurídico español, como colectivo específico de ciudadanos” y entendiendo que se trata de un interés supraindividual perteneciente a la categoría de los intereses difusos.

Critica con esta postura se ha mostrado Pérez Cepeda, al señalar que resulta un tanto ilusorio comprender que la tipificación del tráfico de personas confiere protección a los ciudadanos extranjeros frente a conductas susceptibles de poner en peligro su posibilidad de acceder a los derechos que les reconoce el ordenamiento. Según la referida autora, *“lamentablemente esta visión tergiversa la realidad, ya que son los ordenamientos jurídicos los que limitan el acceso del extranjero a dicho estatuto y les arrojan al mercado de los traficantes”*⁴¹⁸. Concluye calificando la conducta de los traficantes como participación porque el verdadero sujeto que limita los derechos de los extranjeros es el propio Estado⁴¹⁹.

Guardiola García⁴²⁰ tampoco comparte de esta tesis. Según el autor *“no puede pretenderse que el objeto de tutela sean los derechos del inmigrante sólo porque además se castigue, sin siquiera porque se castigue como tipo cualificado, el desarrollo de estas conductas en condiciones lesivas para él o generando estructuras de opresión, explotación y maltrato”*.

⁴¹⁷ VIVES ANTÓN y otros ; MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia 2004. p. 722. De la misma opinión, PÉREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p.48.

⁴¹⁸ PÉREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*. Op. Cit., p. 168.

⁴¹⁹ En el mismo sentido CANCIÓ MELIÁ, M Y MARAVER GÓMEZ, M. *El Derecho Penal ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Op. Cit., p.65. *“Esta interpretación del bien jurídico protegido es difícilmente justificable. En primer lugar, porque no es quien favorece la entrada ilegal quien priva al extranjero de la posibilidad de acceder a esos derechos. El extranjero carece de esos derechos antes de que se favorezca su entrada ilegal. En realidad, son las propias normas que regulan la entrada y permanencia las que determinan cuándo el extranjero puede o no disfrutar de esos derechos e integrarse en nuestro país”*.

⁴²⁰ GUARDIOLA GARCIA, J. *Tráfico ilegal o inmigración*. Op.Cit., p. 18.

1.5. Protección de la dignidad humana y de la integridad moral de los ciudadanos extranjeros.

Es evidente que la dignidad humana constituye uno de los valores superiores de los ordenamientos constitucionales de los Estados democráticos y de derecho y que su reconocimiento como un valor constitucional exige la máxima protección. Partiendo de dicho planteamiento, un importante sector doctrinal la estima como objeto de tutela del artículo 318 bis CP

Sigue esta línea, Villacampa Estiarte, una de las primeras voces a defender la dignidad humana como objeto de tutela del supuesto de tráfico ilegal de personas, destaca que el bien jurídico protegido en el precepto debe conferir a la conducta típica un contenido material de antijuridicidad que impida su conversión en un delito formal, es decir, en infracción administrativa elevada a la categoría de delito respectándose el principio de "*ultima ratio*". Siendo así, señala que los intereses personales e individuales de quienes se ven sometidos a un traslado ilegal se materializan 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 humanos⁴²¹.

Para Pérez Cepeda⁴²², la intervención penal en los supuestos del artículo 318 bis CP se fundamenta en la dignidad de los ciudadanos extranjeros, teniendo en cuenta la situación de especial vulnerabilidad que se encuentran dichos ciudadanos cuando se introducen en el territorio español de forma irregular. En este ámbito de actuación, "*las conductas de los traficantes*

⁴²¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C./ QUINTEROS OLIVARES, G (Dir.) *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal, Op. Cit.*, pp. 1127ss; Señala a la misma autora que tras la reforma producida por la LO 1/2003 la inclusión, junto al tráfico ilícito, de la referencia típica a la inmigración clandestina, pueden contribuir a dotar de mayores apoyos a quienes identificaron el objeto de tutela con algo semejante a la protección de la política de flujos migratorios [...] Con ello no se pretende renegar de una configuración del bien jurídico relacionada con la tutela de la dignidad humana, sino tan sólo poner de manifiesto que la misma goza cada vez de menor apoyo legal.

⁴²² PÉREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal. Op. Cit.*, p.171.

obstaculizan el desarrollo individual de cada miembro del grupo y le cosifican a través del tráfico". En otras palabras, la dignidad humana se ve afectada en el momento en que se ponen en marcha procesos de despersonalización, esto es, cuando la persona es tratada no como tal sino como puro objeto o cosa. Cualquier negociación que tenga por objeto al ser humano, a la persona como categoría genérica, debe considerarse ilegal por suponer un atentado contra la dignidad de la misma.

En su análisis, Pérez Cepeda⁴²³ asume que la indefinición del concepto de dignidad puede conducir a un ámbito de intervención excesivamente difuso, con todo, propone una interpretación restringida de la dignidad humana, subrayando que "*su lesión depende de que se niegue o ponga en peligro la afección de las condiciones de colectivos vulnerables*". Por ello, enfoca la dignidad humana del extranjero desde una perspectiva individual y colectiva del bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de personas⁴²⁴.

Desde esta percepción, la determinación del bien jurídico protegido del delito de tráfico de personas se extrae de los derechos individuales de los extranjeros, es decir, de los derechos fundamentales de la persona humana que pueden verse afectados por la situación de ilegalidad o clandestinidad, pues, son a las condiciones en que se organiza el tráfico ilegal, es decir, la forma en que se realiza el traslado de personas que generan el peligro de afectación de los derechos individuales de los extranjeros.⁴²⁵ De este modo, destaca que "*el derecho individual que se infringe cuando se ejercen sobre las*

⁴²³ *Ibidem.*, p. 175

⁴²⁴ *Ibidem.*, p.176

⁴²⁵ GARCÍA ARAN, M. *Trata de personas y explotación sexual*. Como res, Granada, 2006, p.208. Importante destacar que la autora rechaza las tesis que sostienen el control de flujos migratorios y el orden económico como los objetos de protección jurídico-penal. *Ibidem.*, p. 207. Vid. de la misma autora *Esclavitud y tráfico de seres humanos. Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*. Valencia, 2004, p.375. Aunque de staque la matiz de los derechos individuales, manifiesta clara opinión en considerar los inmigrantes como un colectivo con características propias, en virtud de las cuales existen especiales condiciones para la afectación de sus derechos. *Ibidem.* p.372

*personas los atributos del derecho de propiedad es la moderna definición de nueva esclavitud*⁴²⁶.

En esta misma línea, Pérez Ferrer ⁴²⁷ considera que en el tráfico ilegal de personas, hay una vulneración sistemática de derechos esenciales, lo que conlleva a una afectación directa de la dignidad de los extranjeros, es decir, a un proceso de despersonalización y cosificación contrario a la dignidad humana al convertir al inmigrante en una mercancía⁴²⁸.

Ratificando los argumentos expuestos, Guardiola Lago alega que *“el bien jurídico protegido no se vincula con los derechos que conformarían el estatuto jurídico del extranjero si la migración se hubiera realizado de forma legal, sino con aquellos que se ponen en peligro o lesionan por la conducta directa de tráfico, esto es, aquellos derechos que se ven afectados directamente por la conducta del traficante*⁴²⁹. Añade que ante la situación de necesidad y vulnerabilidad que se encuentran el colectivo de inmigrantes ilegales, la intervención del Derecho Penal se manifiesta como último recurso punitivo frente a aquellas personas que realizan o auxilian en el traslado de inmigrantes de carácter ilegal que afectan la dignidad humana de este colectivo. Resalta aún que la alusión al carácter colectivo en este bien jurídico es apropiado en razón a la referencia personas que se establece en la tipicidad, a la referencia a los derechos de los extranjeros dispuesta en la rúbrica del precepto, así como la ubicación sistemática del mismo, esto es, detrás de los delitos contra los derechos de los trabajadores⁴³⁰.

En otro orden de consideraciones y desde una concepción dinámica y genérica de la dignidad humana, un sector doctrinal presenta argumentos

⁴²⁶ *Ibídem.*, p. 375

⁴²⁷ PÉREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.* Op. Cit., pp. 48-49.

⁴²⁸ *Ibídem.*

⁴²⁹ GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español.* Op.Cit., pp.147-148

⁴³⁰ *Ibídem.*, p.149

que vinculan el bien jurídico del precepto en estudio a la integridad moral de los extranjeros.

En esta línea, De León Villalba expone que el tráfico ilegal de personas es un ejemplo paradigmático de un trato inhumano o, degradante, vejatorio que afecta profundamente a la personalidad, convirtiendo al ser humano en un objeto más de comercio, con una voluntad invalidada y a expensas de la disposición que el traficante quiera hacer del mismo⁴³¹.

Critica aún, el referido autor la ubicación sistemática del artículo 318 bis.1 CP alegando que este debiera haberse re conducido al Libro II, Título VII, “De las Torturas y otros delitos contra la integridad moral o la los títulos dedicados a la protección de bienes personalísimos así como las teorías que enfocan la naturaleza colectiva del bien jurídico. Según el referido autor, la conducta del tráfico afecta de manera exclusiva al sujeto pasivo y siendo así, no es posible defender la idea del carácter difuso y la titularidad supraindividual en este supuesto. En este sentido opina que se habrá tantos delitos de tráfico como sujetos pasivos objeto de mercancía⁴³².

En otro orden de ideas, pero reconociendo la dignidad humana como un valor universal establecido en el orden principio lógico de las constituciones de los Estados democráticos, firmes voces doctrinales esbozan críticas a la concepción de la dignidad humana como interés protegido en el precepto del artículo 318 bis.1 CP.

Registramos, en esta línea, la opinión de Aránguez Sánchez quien afirma que el artículo 318 bis.1 no se ha introducido en el Código Penal para proteger el derecho de los ciudadanos extranjeros a que sea respetada su

⁴³¹ DE LEÓN VILLALBA, F. J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Tira nt Monografías, Valencia, 2003, p. 250. En este sentido alega también GARCÍA ARÁN, M., y otros autores. *Comentarios al Código penal. Parte especial*. Tomo I. Marcial Pons, 2004, p. 1327. que el tráfico ilegal de personas afecta la integridad moral siempre que se la trata como cosa, cuando se la reduce a su realidad física, rompiendo la inescindibilidad de lo físico y lo moral que le es característica. Así, PÉREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 379, el autor estima que en el delito de tráfico ilegal de personas, la integridad moral, junto a la libertad y seguridad de las personas, configuran a modo de un mosaico al denominado status libertatis como el bien jurídico protegido en esta modalidad delictiva.

⁴³² *Ibidem.*, p. 251

libertad y seguridad, y a que en el tipo básico o no se hace ninguna referencia a los derechos de los extranjeros.

Martínez Escamilla tampoco parece encontrar argumentos convincentes para fundamentar el bien jurídico del precepto 318 bis CP en la protección de la dignidad humana. Alega que “ *ninguno de los elementos que configuran la definición del tipo básico presupone abuso o cosificación, ni ninguno implica necesariamente, por tanto, peligro para la dignidad. Entender que toda inmigración ilegal conlleva la degradación del inmigrante, bien atendiendo al individuo, bien en referencia al colectivo al que pertenece, supone desconocer las múltiples modalidades en que una persona puede ejecutar su proyecto migratorio. Inmigrar no es sinónimo de trata de blancas, ni de jugarse la vida en El Estrecho, ni necesariamente lleva aparejada la explotación laboral, ni el sometimiento a situaciones de cuasi esclavitud*”⁴³³.

En esta misma directriz, Torres Fernández⁴³⁴ aunque reconozca que el traslado ilegal de inmigrantes se realiza, en gran parte, en condiciones inhumanas, apunta que el tipo básico del artículo 318 bis.1 CP no dispone de ningún elemento que describa expresamente alguna forma de vulneración de la dignidad humana y justifica aún que “ *no se puede concluir que el bien jurídico es la dignidad humana basándose única y exclusivamente en el cobro de un precio por llevar a cabo el traslado o la ayuda a la permanencia ilícita pues el precio en sí mercantiliza el hecho del traslado o la ayuda que se presta a las personas, pero el objeto de comercio es el servicio prestado ilegalmente al extranjero*”⁴³⁵.

⁴³³ MARTINEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*. Atelier, Barcelona, 2007, p. 60.

⁴³⁴ TORRES FERNANDEZ, M.E. “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal”. Op. Cit., p. 3.

⁴³⁵ *Ibidem*. Así, asistimos a actuaciones completamente ajenas al respeto mínimo que merece cualquier persona por el hecho de serlo, cuando el traslado tiene lugar en embarcaciones sin unos mínimos de seguridad, hacinados y sin la cobertura de las necesidades mínimas de los viajeros durante el trayecto. No se puede eludir que en esos casos concretos hay una flagrante vulneración de la dignidad de los migrantes, pero en ellos nos encontramos ante hechos incardinables dentro de alguna de las modalidades del tipo agravado del número 3, en atención a las condiciones en las que se efectúa el traslado, en las que, además de la lesión del interés sobre el control de los flujos migratorios, se sitúan en un primer plano, como bienes personales

Cancio Meliá Y Maraver Gómez ⁴³⁶ estiman que esta interpretación del bien jurídico protegido permitiría, ciertamente, limitar la aplicación del Artículo 318 bis.1 CP, pues se exigiría que la conducta favorecedora del tráfico o la inmigración ilegal supusieran un menoscabo de la dignidad de los ciudadanos extranjeros. [...]No obstante, es precisamente en este punto donde más claramente se aprecia la paradoja a la que antes se hacía referencia, pues tanto el tenor literal del artículo 318 bis.1 CP, como la propia sistemática empleada en la tipificación de este tipo de conductas parecen contradecir esta concepción del bien jurídico centrada en la dignidad de los ciudadanos extranjeros.

Nogales Olaizola ⁴³⁷ expresa que es difícil apreciar en el tipo del artículo 318 bis.1 CP la protección de la dignidad pues el precepto demuestra con toda crudeza la paradoja en la que nos movemos en el tema de la inmigración. Observa la autora que por un lado se muestra al extranjero inmigrante como víctima de gente sin escrúpulos que está dispuesta a traficar y obtener importantes beneficios, no obstante, se opta por castigar cualquier conducta relacionada con la entrada ilegal.

En sentido similar Daunís Rodríguez ⁴³⁸ considera que no todos los actos de tráfico ilegal conllevan necesariamente un atentado contra la dignidad humana. De este modo, es necesario diferenciar aquellas conductas que

de los migrantes, la integridad, la vida o la libertad. Y si para detener el bien jurídico protegido ha de estarse a los elementos desvalorados en el tipo penal, de la descripción del tipo básico del artículo 318 bis 1 (LA LEY 3996/1995), que fija las conductas sobre las que se construyen el resto de tipos, no se deduce la presencia de elementos que permitan afirmar que necesariamente se lesiona la dignidad humana, y si ello es así no puede afirmarse que ése sea el bien jurídico protegido en el tipo básico. La gama posible de hechos incardinables en ese tipo básico es muy amplia, dada la descripción del comportamiento «favorecer directa o indirectamente» y no necesariamente atentatoria de la condición personal de los migrantes, v.gr. proveer al inmigrante de documentación falsa para entrar en un Estado u ofrecer falsos contratos de trabajo para aparentar que se cumplen las condiciones para obtener un permiso de residencia.

⁴³⁶ CANCIÓ MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ. *El Derecho Penal ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Op. Cit. p.69.

⁴³⁷ NOGALES OLAIZOLA, I. *Tráfico de personas y otros tipos relativos a extranjeros*. En: CONLLEDO GARCÍA, M. D. (Director) *Protección y Expulsión de extranjeros en Derecho penal*. Madrid, 2007, p. 195.

⁴³⁸ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit.p. 61.

simplemente favorecen la entrada a un extranjero a cambio de precio, de aquellas otras donde se ponen en peligro los Derechos de éste o se persigue una finalidad de explotación del mismo en contra de su voluntad o anulando la misma y, concluye afirmando que en ningún caso, se exige en el tipo básico conductas que puedan significar un atentado contra la dignidad humana.

En verdad, “en nombre de la dignidad se intentan justificar soluciones radicalmente contrarias sobre temas fundamentales tan de nuestros días como la admisibilidad de ciertas formas de manipulación genética, el aborto, la disponibilidad de órganos humanos, los experimentos médicos con personas y la eutanasia⁴³⁹”.

Es cierto que la dignidad humana es un valor constitucional, reconocida en el Artículo 10. 1 CE⁴⁴⁰ así como en la normativa internacional⁴⁴¹, sin embargo, aunque se la reconoce como uno de los grandes valores universales, resulta complicado concretar este concepto ya que la dignidad, como término abstracto e impreciso, es susceptible de diversas interpretaciones⁴⁴².

⁴³⁹GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*. Ed. Cívitas, Madrid, 1986, pág. 19 y 20. Vid. asimismo MELENDO, T./ MILLÁN-PUELLES, L., *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996.

⁴⁴⁰ Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

⁴⁴¹ La referencia a la dignidad humana está si empre presente en los instrumentos fundacionales del derecho internacional de los derechos humanos nacido luego de concluida la Segunda Guerra Mundial. En tal sentido, se destaca ante todo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que invoca en su Preámbulo la “dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana”, para luego afirmar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1°).

⁴⁴² Vid. DE LA ACUESTA AGUADO, P. M. *El principio penal de respeto a la dignidad de la persona*. *Revista de Derecho vLex (Julio 2001)*. Id. vLex: VLEX-105645, p.4. Disponible en: <http://vlex.com/vid/105645>. Observa la referida autora que la dignidad de la persona, lo mismo que la justicia expresan ideas o valores comunes a toda construcción filosófica, a todo sistema de pensamiento y a todo periodo histórico. Pero mientras que, desde un primer momento, se intentó ofrecer una definición del significado del término justicia, y la literatura ha sido consciente de la necesidad de definir y estructurar adecuadamente a las nuevas propuestas filosóficas el contenido del término justicia un planteamiento semejante no se ha realizado con el concepto de Dignidad de la persona.

En este sentido, Peces Barba⁴⁴³ expone que “ *cuando reflexionamos sobre la dignidad humana, referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponde a las sociedades bien ordenadas, no estamos describiendo una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública. Por eso la dignidad humana es más un prius que un contenido de la ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalizada, o lo que es lo mismo en Derecho positivo justo. Es fundamento del orden político y jurídico*”.

En esta misma línea argumentativa, explica Acuesta Aguado⁴⁴⁴ que la dignidad humana cumple una función de inspiración positiva para el ordenamiento jurídico y puede hablarse de un principio de respeto a la dignidad de la persona para expresar la obligación que tienen los poderes públicos y los individuos de respetar el conjunto de Derechos y deberes que constituyen el más favorable de los posibles estatutos jurídicos de la persona.

Compartimos la opinión de los citados autores que conciben la dignidad humana como un valor moral inherente a la persona en el sentido de que no ha sido construido por la ciencia, sino que siempre ha existido o preexistido junto a la existencia humana. La dignidad, por tanto, debe orientar el ordenamiento jurídico y, precisamente por ello, no debe ser estimada como bien jurídico de ningún delito pues, en cierto sentido, cualquier delito que lesione un interés de la persona de alguna manera afecta también a su dignidad, por lo tanto, la protección de la dignidad humana parece predicable prácticamente de todos los delitos contra las personas recogidos en el Código

⁴⁴³ PECES BARBA, G. *La dignidad humana*. Segunda Sesión. El fundamento y el concepto de los derechos. *Los desafíos de los derechos humanos hoy* (Agosto 2008) Id. vLex: VL-EX-41267471 Disponible en: <http://vlex.com/vid/41267471>

⁴⁴⁴ DE LA ACUESTA AGUADO, P. M. *El principio penal de respeto a la dignidad de la persona*. *Op.Cit.* p. 14.

Penal⁴⁴⁵. Así, las referencias a la dignidad servirán de fundamento para la intervención penal, pero no cabrá atribuirla como bien jurídico penal⁴⁴⁶.

1.6. La protección de los flujos migratorios.

Los argumentos que conciben la protección de los flujos migratorios como objeto de tutela del artículo 318 bis CP parten por un lado, de la concepción de un bien colectivo que se conecta con la salvaguarda del orden público y de la soberanía del Estado ya que a éste se reserva el derecho de ordenar las migraciones en el sentido de determinar cuándo un extranjero puede entrar y residir en España, y por otro de la vinculación establecida entre la idea de seguridad e inmigración. Sin duda, la identificación del bien jurídico del artículo 318 bis.1 CP con la protección de las políticas migratorias se enmarca en un contexto cuya principal directriz es a portar mayores cotas de seguridad a los países miembros de la Unión Europea.

Desde esta perspectiva, Aranguéz Sánchez⁴⁴⁷, opina que *“el control de los flujos migratorios es una necesidad para estabilizar la política*

⁴⁴⁵ POZUELO PEREZ, L. *Tráfico de personas y explotación sexual. La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos* Seção: VI. Derecho penal e inmigración, 2006. Id. vLex: VLEX-JA562, p. 11. Disponible en: <http://www.vlex.com/vid/323928>

⁴⁴⁶ Vid. GRACIA MARÍN, L. *El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995*. En: *Actualidad penal*, nº 31, 1996, pp. 581 y 582. En referido autor en un interesante análisis sobre la dignidad como bien jurídico expresa que *“La dignidad humana no es ningún bien jurídico, sino un atributo de toda persona, por el mero hecho de serlo, que colma un principio de justicia de validez a priori y que el artículo 10 CE erige en fundamento del orden político y de la paz social. La dignidad humana es imponderable y, por lo tanto, no admite graduaciones materiales ni valorativas. La dignidad humana es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana, traducidas en el mundo jurídico en una diversidad de bienes jurídicos personalísimos diferenciados y de derechos personalísimos reconocidos constitucionalmente como fundamentales. Todo bien jurídico de carácter personalísimo: vida, integridad física, salud personal, libertad, honor, etc., es reconducible finalmente a la dignidad de la persona, de modo que todo atentado a cualquiera de dichos bienes supone, sin duda, una lesión del debido respeto a la dignidad de la persona. [...]”*

⁴⁴⁷ ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000*. En: MOYA ESCUDERO, M. (Coord). *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Granada. Comares, 2001, p. 915

socioeconómica y para respetar los compromisos asumidos con otros países miembros de la Unión Europea”. Según el referido autor, el incumplimiento de las determinaciones de la política migratoria compromete el adecuado desarrollo de las políticas sociales, planteando problemas socioeconómicos, sanitarios, de seguridad pública, entre otros que afectan a todos indistintamente⁴⁴⁸.

En sentido similar, Arroyo Zapatero alega que una adecuada gestión de política migratoria, además de prevenir problemas sociales y preservar la identidad cultural de la sociedad receptora, evita que “*la llegada incontrolada y masiva de extranjeros sin recursos económicos y sin posibilidad de trabajar*” desborde la capacidad financiera y asistencial del Estado⁴⁴⁹. Con todo, esclarece que esta tutela debe producirse de modo fragmentario, es decir, frente a los ataques más graves, que se identifican en las conductas realizadas interviniendo una organización e inspiradas en el ánimo de lucro⁴⁵⁰.

Bajo esta concepción funcionalista del bien jurídico, y considerando la dimensión penal y político-criminal en que el fenómeno migratorio se ubica, Arroyo Zapatero opina por la creación de un “*eurodelito de trata organizada de seres humanos*”⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ *Ibidem.*, p. 916. Añade el referido autor que sólo el control y la planificación del fenómeno migratorio puede garantizar una integración social de los inmigrantes. *Ibidem.*

⁴⁴⁹ ARROYO ZAPATERO, L. Y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., (Dir.): *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*. Op. Cit., pp. 32-33

⁴⁵⁰ *Ibidem.*, p.33

⁴⁵¹ *Ibidem.*, p.28 El autor formula una propuesta de tipo que se expresa de la siguiente manera: 1. *Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa quien, con ánimo de lucro y como miembro de una organización o en relación con ella, a) reclute personas con la finalidad de transportarlas ilegalmente o fraudulentamente hacia el territorio de la Unión europea. b) las transporte con esta finalidad u organice de otro modo su entrada ilegal o fraudulenta, o c) una vez introducidas, las oculte o transporte clandestinamente u organice de otro modo su estancia ilegal o fraudulenta.* 2. *La pena privativa de libertad será de diez años y se elevará la multa cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes: a) haya empleado violencia, intimidación o engaño. b) haya puesto en peligro la vida o la salud de la persona o infringido un trato degradante. c) las personas sean menores de 16 años de edad o incapaces. d) las personas estén destinadas a la explotación sexual o laboral o cualquier otra finalidad que resulte contraria a la dignidad de la persona.* 3. *Estas conductas serán punibles aunque se realicen en un tercer Estado en el que no tengan carácter delictivo.* 4. *Por organización se entiende una asociación estructurada de más de dos personas que, establecida durante un cierto periodo de tiempo, actúe de manera concertada con el fin de realizar los comportamientos descritos en el número primero o cualquier otra que tenga como cometido la*

En planteamiento similar Ortega Martín⁴⁵², afirma que la protección abarca el interés público por medio del control de las fronteras, concretado en el control de la población migrante.

Por otro lado, desde una perspectiva de rigurosa crítica, algunos autores también sostienen que interés jurídico del artículo 318 bis CP es la política migratoria estatal.

En este sentido, Lorenzo Copello que antes de la reforma operada por la LO 11/2003 concebía como bien jurídico la dignidad humana y la integridad moral de los extranjeros, tras referida reforma, reformula su opinión en el sentido de admitir que las modificaciones introducidas en el artículo 318 bis CP vislumbran la pretensión de regular los flujos migratorios puesto que la nueva redacción del precepto penaliza prácticamente cualquier conducta que implique ayudar a un extranjero a traspasar de modo irregular las fronteras del Estado, incluso los actos desinteresados y ajenos a cualquier organización delictiva, convirtiendo así al Derecho penal en un instrumento más de contención de los flujos migratorios⁴⁵³.

En la misma línea de razonamiento, Maqueda Abreu⁴⁵⁴ afirma [...] *“Se trata de una ceremonia de confusión que amenaza con dar vida a ilícitos formales que agotan su justificación en la unilateral defensa de la voluntad del Estado, aquí empeñada en imponer a toda costa un férreo control de la*

realización de delitos sancionados con pena o medida privativa de libertad superior a cuatro años. 5. La pena prevista en los números 1 y 2 se elevará cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes: a) El autor sea funcionario público y realice la conducta prevaleándose de su cargo. b) El autor tenga poder de decisión dentro de la organización o asociación delictiva.

⁴⁵² ORTEGA MARTÍN, E. *Manual de Derecho de Extranjería*, 3ed., ampliada y actualizada a la nueva Constitución para Europa, el Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería (R.D. 2393/2004) y procedimiento extraordinario de regularización., Europea de Derecho, Madrid, 2005, p. 298. Vid. De PRADA SOLAE SA, J.R., *A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos*. En: *Jueces para la Democracia*, núm. 43, 2002, pp. 72-81;

⁴⁵³ LORENZO COPELLO, P. *Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: Un nuevo paso en la política de exclusión*. En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 50, 2004, pp.30-35.

⁴⁵⁴ MAQUEDA ABREU, M. L. *Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual*. Op. Cit. p. 1.

inmigración ilegal al margen de cualquier interés en la integración de los inmigrantes. Y es que mal puede hablarse de tráfico de personas cuando el legislador prescinde de la toma en consideración de una circunstancia tan esencial como la ausencia o no de consentimiento e impide que se valoren otros datos relevantes como el ánimo de lucro o la estructura organizada de los sujetos intermediarios en la operación de traslado, que podrían ser indicio de comercio o de la utilización de personas como mercancías, justificando así la afirmación de un ataque a sus derechos -como reza la rúbrica que preside al Artículo 318 bis CP o, por mejor decir, a su dignidad o su integridad moral. Más allá de aquella engañosa declaración de principios, en realidad estamos asistiendo a un episodio más de ese ejercicio simbólico del poder estatal que busca ofrecer una imagen protectora de los intereses de los inmigrantes cuando en realidad persigue su exclusión y su marginación social”.

Teniendo en cuenta el significado del verbo traficar, como los elementos que han sido incorporados específicamente al tipo básico o del artículo 318 bis CP, Torres Fernández también alega que el objeto de protección es únicamente el interés estatal en el control de flujos migratorios⁴⁵⁵.

De igual modo, Martínez Escamilla ratifica la postura de la tutela de los flujos migratorios señalando que en la redacción del tipo básico o del artículo 318 bis CP no se observa ningún elemento que conlleve a la exigencia de lesión o puesta en peligro de los derechos de los ciudadanos extranjeros⁴⁵⁶, la autora considera que el bien jurídico protegido “*son los intereses que subyacen tras un control de los flujos migratorios y la contención de la inmigración irregular*”, es decir un bien jurídico colectivo destinado a la protección de la actual estructura económica, social y política, que “*se verían deterioradas por un excesivo incremento de la presión migratoria*”⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ TORRES FERNANDEZ, M. E. “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal”. *Op. Cit.* p. 3

⁴⁵⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP.* *Op.Cit.*, p. 65

⁴⁵⁷ *Ibidem.*, p. 122.

En similar directriz, Ortubay Fuentes ⁴⁵⁸ subraya que “ *el objeto inmediato de tutela de un delito debe inducirse de su redacción legal, lo que no impide un posterior, e imprescindible, juicio sobre el merecimiento de protección del bien jurídico así conocido. Aplicando este criterio, deviene inevitable admitir que el tipo básico del tráfico ilegal de personas refuerza penalmente el control estatal de los flujos migratorios*”.

Aunque admita que objeto de tutela del delito de tráfico ilegal de personas es la regulación de los flujos migratorios Álvarez Álvarez critica la rúbrica del artículo 318 bis CP calificándola de desafortunada, defectuosa sistemáticamente y meramente simbólica ya que la referencia a los derechos de los ciudadanos extranjeros únicamente se utiliza para tranquilizar la conciencia legislativa y transmitir la sensación de que algo se hace⁴⁵⁹.

Asimismo, Cancio Meliá y Maraver Gómez, desde una “*interpretación histórica y sistemática del precepto concluyen que el único bien jurídico que puede considerarse protegido en este delito es, en realidad, la política migratoria que se encuentra detrás de las normas que regulan la entrada y permanencia de los extranjeros en España*”. Sin embargo, sitúan referida análisis en el ámbito del derecho penal del enemigo y por ello afirman que la confusa regulación actual, por una parte, presenta al inmigrante como víctima del delito y, por otra parte, criminaliza el mero hecho de prestarle ayuda, contribuye a lanzar un mensaje en cierta medida hipócrita que aparentemente se interesa por el inmigrante, pero que, en última instancia, convierte su propia presencia en una amenaza de carácter criminal” y añaden que “[...] *Al identificarse la llegada o permanencia del inmigrante con una amenaza penalmente relevante, es el propio inmigrante quien acaba siendo*

⁴⁵⁸ ORTUBAY FUENTES, M. *El impreciso concepto del “tráfico ilegal de personas” o mentalidad de fortaleza sitada*. En: ECHANO BASALDÚA, J. I. (oord.) *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, 2002, pp. 447-448.

⁴⁵⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., *La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal*. En: VV. AA. *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)*. Manuales de Formación Continuada, núm. 5. CGPL Madrid, 2000, p. 355.

visto no ya como un “ciudadano”, sino como una fuente de conflictos, como un “enemigo”⁴⁶⁰.

En esta línea de opinión se encuentra también Daunís Rodríguez⁴⁶¹, quien resalta que el artículo 318 bis CP tal como aparece configurado, se presenta como una mera infracción administrativa elevada a la categoría de delito penal. Concluye el referido autor que *“la intervención del derecho penal así configurada se sitúa en la antesala de un Derecho penal de enemigo”* ya que a partir del bien jurídico como el control de los flujos migratorios, el extranjero en situación irregular se convertiría realmente en el primer infractor de la norma.

Advierte aún el mencionado autor⁴⁶² *“ante un fenómeno de estas características, se ha optado por hacer intervenir al ordenamiento punitivo que, además de reforzar la protección de las fronteras, simboliza una intervención clara respecto a la inmigración irregular, tanto para lograr desistir al inmigrante de su interés en la entrada en el país, como para serenar a la Sociedad española ante el temor que constituye una fuerte presión migratoria”*.

Aún desde esta perspectiva crítica, merece mención los argumentos de Pozuelo Pérez⁴⁶³ quien también opina que el fin pretendido con el artículo 318 bis.1 no es otro que el de tratar de controlar los flujos migratorios irregulares. Señala la referida autora que *“el legislador ha errado en cuanto al instrumento, utilizando como excusa la supuesta protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros”* y subraya que *“este podría haber sido un ámbito en el que el Derecho penal, atendiendo al principio de ultima ratio, quizá no*

⁴⁶⁰CANCIO MELIA, M Y MARAVER GÓMEZ, M. *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Op. Cit. pp 107-108.

⁴⁶¹ D AUNIS RODR ÍGUEZ, A. *Política migratoria y derecho: Análisis y juicio crítico de una relación perversa*. En: SANZ MULAS, N.(Coord.) *El Derecho penal y la nueva sociedad*. Comares, Granada, 2007, p.149

⁴⁶²DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., pp. 69 ss.

⁴⁶³ POZUELO PÉREZ, L. *Tráfico de personas y explotación sexual. La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos* Seção: VI. Derecho penal e inmigración, 2006. Id. vLex: VLEX-JA562, p. 11. Disponible en: <http://www.vlex.com/vid/323928>

habría debido entrar, dejándolo en manos del Derecho administrativo. Ya que el objetivo de controlar satisfactoriamente los flujos migratorios, más que de una intervención penal, depende sobre todo de una mayor dotación de recursos materiales y humanos, de una mayor coordinación y colaboración entre los países de origen y de destino de la inmigración, y, por supuesto, de una mayor inversión en aquellos países, para paliar las situaciones que acaban motivando las migraciones, todos ellos objetivos no imposibles de alcanzar”.

Asimismo, Terradillo s Basoco ⁴⁶⁴ argumenta que el objetivo del artículo 318 bis CP es la punición de quienes en su cortedad de medios , apenas hacen factible la inmigración de sujetos aislados, pues, *“al equiparar al tráfico ilegal la inmigración clandestina de personas, el Código Penal está criminalizando el favorecimiento de ésta en términos que nada tienen que ver con la tutela de bienes jurídicos (en este caso, los derechos de los ciudadanos extranjeros) sino como instrumento de refuerzo del control de flujos que caracteriza a toda la política europea y española en materia de inmigración.*

Igualmente, Portilla Contreras opina que se trata de una figura cuya finalidad es evitar la contravención de requisitos administrativos sobre la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de los Estados miembros, por lo que el bien jurídico es el interés estatal en el control del flujo migratorio⁴⁶⁵.

Por ende, resulta interesante la rigurosa crítica de Sáez Varcárcel⁴⁶⁶ para quién *“[...]toda la legislación de extranjería está plagada de importantes dosis de hipocresía, entre otras cosas porque en lugar de regular derechos se*

⁴⁶⁴ TERRA DILLOS BASOCO, J . M. *Política penal europea de inmigración*. En: MUÑOZ CONDE, F. J . (Coord.) *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. M^a del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 987 y ss. Destaca aún que se trata de “un precepto penal simbólico”; que proclama la tutela de los derechos del extranjero, pero que, en realidad, nada protege, ante la ausencia de otras políticas sociales o de prevención más costosas.

⁴⁶⁵ PORTILLA CONTRERAS, G. *Los Delitos relativos al tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas*. Op. Cit., p. 358. Vid., en sentido similar, ABARCA JUNTO, A.P., *et, al. Inmigración y extranjería*. Regime jurídico único. Op. Cit., p. 362 ss.

⁴⁶⁶ SÁEZ VÁRCARCEL, R. *Un tipo penal indecente*. En: Viento del sur, p. 5. Disponible en: www.vientosur.info/documentos/inmigracionclandestina-ramonsaez.pdf

limitan o excluyen, en vez de integrar se reprime, provocando situaciones de ilegalidad y clandestinidad[...]”.

1.7. Protección pluriofensiva y dualidad de bienes jurídicos.

Algunos autores mantienen una postura ecléctica en cuanto a definición del interés jurídico protegido en los delitos de tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina.

En este sentido, una de las primeras voces en sostener el carácter pluriofensivo del delito ha sido Barber Barusco⁴⁶⁷, quién afirmando que por un lado, lo protegido es el interés general de que los movimientos migratorios no sean incentivados o aprovechados por personas o grupos interesados en obtener particulares beneficios. Y, por otro lado, entiende que también se protege la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes.

Asimismo, teniendo en cuenta la comprensión del fenómeno migratorio como un fenómeno esencialmente socioeconómico y vinculado a una cuestión de Estado y considerando la ubicación sistemática del precepto, es decir, entre los delitos contra los derechos de los trabajadores y los relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente. Rodríguez Montañés⁴⁶⁸, subraya que el artículo 318 bis CP protege por un lado el interés general o colectivo de los flujos migratorios y por otro, los derechos básicos de los extranjeros-inmigrantes.

En efecto, para esta autora los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo se configuran como *“bienes intermedios con función representativa del bien jurídico supraindividual institucionalizado, espiritualizado o de los intereses difusos del orden socioeconómico en sentido*

⁴⁶⁷ BARBER B URUSCO, S. *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*. En: LUZÓN PENA, D.M. (Dir), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, p. 450

⁴⁶⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Ley de Extranjería y Derecho penal*. Op. Cit., pp.3-4

amplio [...]”. Dicha tutela que se concretiza utilizándose de “ *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 tiene una función representativa del bien institucionalizado o interés difuso*”⁴⁶⁹.

En otro orden de consideraciones, García España y Rodríguez Candela, buscando una coherencia interna a la regulación del fenómeno migratorio en el ordenamiento jurídico español, establecen diferencias entre el ilícito penal y el ilícito administrativo y, en este sentido, atribuyen al delito de tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina un carácter pluriofensivo, opinando que el artículo 318 bis.1 CP comprende la tutela de dos intereses distintos. Así, la protección abarca tanto el derecho del Estado de controlar las migraciones como los derechos individuales de los extranjeros. El tipo básico estaría destinado a la protección de la regulación de los flujos migratorios y los tipos cualificados a los derechos individuales de los extranjeros. En lo que atañe al derecho del Estado a regular la política migratoria, señalan que la pretensión del delito es “*defenderse del ataque que supone para el interés general el fomento de flujos migratorios desordenados, los cuales pueden traer consigo conflictos sociales, laborales y de orden público, y cuyos efectos podrían repercutir en la convivencia pacífica de españoles y extranjeros*”⁴⁷⁰.

Por otro lado, aluden a la protección simultánea de los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros, en específico, los que están dispuestos en los tipos agravado, es decir, la vida, la salud o la integridad de las personas, así como la libertad individual de adultos y menores y aclaran

⁴⁶⁹ *Ibidem.*

⁴⁷⁰ GARCÍA ESPAÑA, E. Y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros*. La Ley núm. 2259/2002, pp. 9-12. vid. En este sentido: PALOMO DEL ARCO, A. Criminalidad organizada y la inmigración ilegal. En: GRANADOS PEREZ, C. (Dir). *La Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánico*. Cuadernos de Derecho Judicial, II, 2001, CGPJ, 2001, p. 175. SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit., p. 81. LOPEZ FANDO RAYNA UD, F. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En: AA.VV., *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2003, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios jurídicos de la Administración de la Justicia*, 2003, p. 529.

que tales derechos no son los que que darían afectados una vez que el extranjero se encontrara en situación irregular en España sino los que se ponen en riesgo durante la comisión del hecho delictivo, consistente en el traslado de forma ilegal de personas⁴⁷¹.

De opinión similar, Palomo del Arco⁴⁷² también argumenta en pro de una distinción entre el primer apartado del artículo y los que agravan la conducta, puesto que en aquél el interés protegido son los flujos migratorios, incluso en el supuesto de presentarse el ánimo de lucro, sin embargo, en las demás conductas contempladas existe una especial atención a la dignidad del ser humano, tendente a evitar su explotación, especialmente por parte de grupos organizados.

Siguiendo esta misma línea, pero con matices diferentes, Pérez Alonso⁴⁷³ señala que el tenor literal del artículo 318 bis.1 CP describe dos modalidades delictivas distintas de conducta típica: la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico o trata de personas, por un lado, y la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes, por otro. Siendo así, señala el referido autor que los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros no protegen un bien jurídico único, sino una dualidad de bienes.

Partiendo de la comprensión que los conceptos de tráfico o trata ilegal de personas e inmigración clandestina no son equiparables entre sí,

⁴⁷¹ GARCÍA ESPAÑA, E. Y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros*. Op. Cit., pp. 9-12. “está haciendo referencia a la soberanía del Estado español para establecer barreras de contención a la presión migratoria que sufren sus fronteras terrestre, marítima y aérea”. Asimismo, ponen de relieve que no debe entenderse que se trata de un delito de mera desobediencia, sino que nos encontramos frente a una ofensa al interés general; ya que la existencia de flujos migratorios desordenados puede conllevar el desencadenamiento de conflictos sociales y económicos y cuyos efectos pueden perjudicar la convivencia pacífica de los españoles y los extranjeros; así las cosas, la conducta sería punible aún cuando el propio inmigrante participe del tráfico ilegal, no pudiendo ser considerado como víctima.

⁴⁷² PALOMO DEL ARCO, A. *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*. Op.Cit., p. 176.

⁴⁷³ El autor utiliza el término tráfico ilegal de personas para referirse a la conducta de la trata de personas y inmigración clandestina para referirse al contrabando de inmigrantes.

entiende que por ello no se puede concebir la existencia de una sola figura delictiva.

De hecho, siguiendo estos planteamientos, afirma el citado autor que en los supuestos de inmigración clandestina destina el bien jurídico protegido “es el interés estatal en controlar el flujo transfronterizo de personas, de acuerdo con la política migratoria fijada por el Estado en el ejercicio de su soberanía territorial para preservar sus propios intereses, fundamentalmente, de cohesión social y de tipo socioeconómico”⁴⁷⁴. Sin embargo, resalta que la conducta típica requiere como elemento subjetivo del injusto que el cruce de fronteras no autorizado haya sido realizado con ánimo de lucro⁴⁷⁵, lo que excluye de este tipo las conductas motivadas por razones humanitarias o por vínculos familiares⁴⁷⁶.

En lo tocante al bien jurídico protegido en trata ilegal de personas, opina que la protección normativa recae sobre los derechos más básicos de la persona, ya que el tráfico se materializa en conductas que atentan contra el derecho a la libertad, seguridad y a la dignidad humana concretada en el derecho a la integridad moral de los extranjeros.

La Fiscalía General del Estado en el Informe del año de 2009⁴⁷⁷ también sostiene que el delito del artículo 318 bis.1 CP protege dos bienes jurídicos diferentes, pero subraya que no contradictorios sino complementarios.

⁴⁷⁴ PÉREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit. p.357

⁴⁷⁵ *Ibidem.*, p. 360 y añade que la promoción o ayuda al tráfico de indocumentados que tiene realmente capacidad de afectar el bien jurídico protegido es aquella que lo convierte en un negocio rentable; aquella que hace del traslado ilegal de inmigrantes una verdadera industria [...] Tal actividad ilícita normalmente estará en marcos de grupos o organizados, con redes internacionales, disposición de medios, personas e infraestructuras necesarias para lograr dicho fin, por lo que implica cierta habitualidad y organización. *Ibidem.*

⁴⁷⁶ *Ibidem.*, p.361.

⁴⁷⁷ Vid., igualmente la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado disponible en: net/novedades/jurisprudencia/fiscalia/circulares.html - 5. Sobre aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España: “un análisis en profundidad de los tipos del artículo 318 bis CP permite llegar a la conclusión de que coexisten varios bienes jurídicos: los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por el Estado español se hubiese realizado en condiciones de legalidad, los Derechos que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal y por último pero no menos presente, el interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la Legislación de extranjería y, en definitiva, el interés estatal en el control de los flujos migratorios.”

Literalmente, así se pronuncia: *“Por un lado se protege en el tipo básico del artículo 318 bis, párrafo primero, el interés del Estado (o de la Unión Europea dada la naturaleza comunitaria del interés) de proteger y controlar los flujos migratorios, pero junto con ello, resulta también relevante el ataque a los derechos de las personas concretas sujetos pasivos de dicha inmigración clandestina, en la medida que puedan ser objeto de explotaciones que atentan contra sus derechos como persona, y por ello aquella conducta de la emigración clandestina cuando tiene las notas descritas en los párrafos 2º y 3º constituye un subtipo agravado con la consiguiente agravación penal respecto de las personas o redes que se dedican a esta actividad, en tanto que la conducta del sujeto de la inmigración, el propio inmigrante queda exento de respuesta penal y sólo sujeto a la infracción administrativa prevista en la Ley Orgánica de Extranjería”.*

Igualmente, Manzanares Samaniego⁴⁷⁸ sostiene que el artículo 318 bis no protege al trabajador si no que defiende tanto los intereses estatales en la regulación de los flujos migratorios como los derechos del propio inmigrante.

1.8. El bien jurídico desde la perspectiva jurisprudencial.

La postura jurisprudencial en esta materia ha asumido contornos más claros en los últimos 3 años. En efecto, el Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente que el artículo 318 bis CP recoge dos intereses jurídicos, por un lado, está la tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros y, por otro, el control de los flujos migratorios⁴⁷⁹.

En este sentido, la sala segunda del Tribunal Supremo ha considerado, de forma unánime, que en el bien jurídico protegido en este

⁴⁷⁸MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Código Penal (adaptado a la ley organica 5/2010 de 22 de junio) Comentarios y jurisprudencia*. Parte II – Parte especial. Comares, Granada, 2010, p. 797.

⁴⁷⁹ Vid., para profundizar el asunto: SAAVEDRA RUÍZ, J. (Dir.), et al. *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. 2ed. El Derecho, Madrid, 2011.

precepto confluyen dos clases de intereses complementarios, es decir, el interés del Estado de controlar los flujos migratorios y los derechos de los propios ciudadanos extranjeros que podrían llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por el Estado español hubiese sido realizada en condiciones de legalidad⁴⁸⁰.

Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 770/2007 de 19 de septiembre: “ Sabido es que el presente delito protege dos bienes jurídicos diferentes pero no contradictorios sino complementarios. Por un lado se protege en el tipo básico del artículo 318 bis , párrafo primero, el interés del Estado (o de la Unión Europea dada la naturaleza comunitaria del interés) de proteger y controlar los flujos migratorios, pero junto con ello, resulta también relevante el ataque a los derechos de las personas concretas sujetos pasivos de dicha inmigración clandestina, en la medida que puedan ser objeto de explotaciones que atentan contra sus derechos como persona, y por ello aquella conducta de la emigración clandestina cuando tiene las notas descritas en los párrafos 2º y 3º constituye un subtipo agravado con la consiguiente agravación penal respecto de las personas o redes que se dedican a esta actividad, en tanto que la conducta del sujeto de la inmigración, el propio inmigrante queda exento de respuesta penal y sólo sujeto a la infracción administrativa prevista en la Ley de Extranjería-artículo 53”.

Nos parece interesante citar aún la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 380/2007 de 15 de mayo de 2007 que en un análisis de un supuesto concursal entre el artículo 318.2 bis CP y el artículo 188.1 CP realiza una triple clasificación de los bienes jurídicos protegidos. Así, con base en el bagaje normativo internacional (Convención y protocolos de Palermo y normativa comunitaria) afirma que “ en el tráfico ilícito de inmigrantes habremos de distinguir como bienes jurídicos protegidos: a) los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por Europa se hubiere realizado en condiciones de legalidad; b) los derechos individuales que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de

⁴⁸⁰ Vid. STS núm. 182/2009 de 13 de febrero.

entrada, tránsito o establecimiento ilegal: vida, libertad, seguridad, etc. c) el interés estatal en reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada a efectos del control de los flujos migratorios por su influencia en el mercado de trabajo y en su estructuración social”.

Interesante destacar, con todo, que en los supuestos de trata de personas lo que se protege no son ya intereses estatales, sino un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los extranjeros como colectivo específico de ciudadanos, amparándoles frente a los abusos de terceros propiciados por la situación de ilegalidad, lo que supone la instrumentalización del sujeto en aras del beneficio económico que puede proporcionar, resultando en última instancia fundamentalmente atacada la dignidad humana.

Siguen este razonamiento otras sentencias⁴⁸¹ como por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 782/2007 de 21 de junio que destaca 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 éstos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes. De igual modo, la SAP de Madrid núm. 1061/2009-10 de diciembre también sostiene que el bien jurídico protegido por esta figura penal está constituido por un doble objetivo: a) la defensa del interés general de controlar los flujos migratorios; y b) la protección de la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes.

⁴⁸¹ Vid., STS núm. 526/2007 de 6 de junio; STS núm. 554/2007 de 25 de junio; STS núm. 788/2007 de 8 de octubre; STS núm. 1092/2007 de 27 de diciembre; STS núm. 36/2008 de 31 de enero.

1.9. Situación del bien jurídico protegido en el artículo 318 bis CP tras la reforma de la LO 5/2010 de 22 de junio.

Opina parte de la doctrina científica⁴⁸² con la cual coincidimos que la reforma operada por la LO 5/2010 no ha aclarado de manera precisa cuál es el bien jurídico protegido en el precepto en estudio.

Es cierto que según el Preámbulo de la reforma, lo que se tutela son los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios⁴⁸³, no obstante, tal afirmación no se presenta definida en la tipificación del delito si tenemos en consideración las siguientes razones: a) la rúbrica del título en el que se incluye sigue haciendo referencia a la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros. b) la redacción de la conducta típica aún presenta los problemas de delimitación frente a la infracción administrativa del artículo 54.1.b de la LO 4/2000 y sigue siendo necesario precisar e identificar los elementos que convierten una conducta favorecedora de la inmigración ilegal en el delito de tráfico ilícito de migrantes.

Todo esto pone de manifiesto que aunque la reciente reforma ha tenido el acierto de regular de manera diferenciada el delito de trata de personas no ha servido para revisar y corregir los problemas técnicos de la tipificación del artículo 318 bis CP. Así, nos parece que las dificultades para determinar el interés jurídico tutelado en el precepto en análisis aún no han sido aclaradas.

⁴⁸² Vid., en este sentido: MARAVER GOMÉZ, M. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Capítulo 15*. Op. Cit., p. 3220ss; PORTILLA CONTRERAS, G. *Los Delitos relativos al tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas*. Op.Cit., p. 356ss.

⁴⁸³ Vid., CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos Extranjeros, Comentarios al Código penal. Reforma 5/2010*. Tirant lo Blanch-Tratados, Valencia, 2011, p. 710.

1.10. Toma de postura.

A tenor de lo expuesto, es manifiesto que el análisis del artículo 318 bis encierra paradojas dogmáticas y políticas criminales que encuentran en el estudio del bien jurídico importantes discusiones. En verdad, detenerse en la interpretación del referido precepto nos obliga a cuestionar ¿ Qué es lo que pretende el legislador español en el artículo 318 bis CP?

Con el afán de clarificar los propósitos legislativos en lo que respecta a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, la doctrina científica ha emprendido múltiples esfuerzos para determinar el interés jurídico del artículo 318 bis.1 CP cuyas opiniones pueden ser sistematizadas entre los autores que sostienen que la tutela del artículo 318 bis.1 CP incide sobre la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros, los que argumentan que la política migratoria estatal es el interés jurídico y hay aún autores que se decantan por una protección jurídica pluriofensiva.

Desde luego, entendemos que las discrepancias doctrinarias cuanto a la determinación del bien jurídico son plenamente justificables frente a la compleja e indeterminada redacción típica resultado de las varias reformas realizadas en el precepto. Siendo así, una vez ya expuestas las tesis que intentan legitimar o justificar el interés jurídico del delito que nos ocupa, trataremos de esbozar y valorar, desde una perspectiva *de lege data*, la postura que estimamos más acertada.

Innegablemente, los argumentos doctrinarios que postulan la tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros son loables ya que parten tanto de la protección de la dignidad de los extranjeros como también de sus derechos de integración social. Sin embargo, desde nuestro juicio, esta tesis no prospera por las razones siguientes:

a) Aunque el legislador haya insertado el artículo 318 bis bajo la rúbrica “ *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*” son manifiestas las incoherencias, ya que, además de no determinar cuáles son los

derechos individuales que pueden verse lesionados como consecuencia del tráfico ilegal, la redacción de la conducta básica no presenta ningún elemento que cuando realizada, ponga en peligro derechos de los ciudadanos extranjeros.

b) El derecho a plena integración social de los extranjeros tampoco resulta infringido por la comisión de las conductas del artículo 318 bis.1, puesto que es la política migratoria estatal restrictiva que impide o limita el ejercicio de derechos y les otorga la condición de ilegal, es decir, es la propia Administración quien niega la posibilidad de disfrutar de la titularidad de sus derechos.

c) La tutela de la dignidad de los extranjeros también se presenta como una tesis cuestionable, pues la conducta básica del artículo 318 bis.1 pivota esencialmente sobre la idea del traslado de personas al territorio español infringiendo la normativa administrativa exigida. Tal idea se ha fortalecido tras la equiparación de la “inmigración clandestina” al tráfico ilegal de personas realizada por la LO 11/2003. Además, la redacción del tipo básico no exige ningún elemento que pueda lesionar la dignidad humana de los extranjeros. Por lo tanto, favorecer, promover o facilitar la entrada de una persona a un país distinto al suyo sin obedecer a los requisitos legales no implica necesariamente en un proceso de cosificación del ser humano a mera mercancía, incluso porque las conductas descritas se realizan con el consentimiento del extranjero objeto del traslado. Es cierto que en algunos casos las redes de tráfico se aprovechan de la situación de necesidad del extranjero para engañarlo, transportarlo en condiciones inhumanas e incluso se utilizan de violencia o intimidación, sin embargo, aunque sea visible el trato indigno, estas circunstancias no se manifiestan en todos los supuestos de tráfico ilegal de personas⁴⁸⁴. Registramos, con todo, que en los supuestos de

⁴⁸⁴ Según el trabajo de campo realizado por RUIZ RODRÍGUEZ, titulado “Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España”, de los inmigrantes encuestados, el 80,3% aseguró haber inmigrado de forma autónoma y tan sólo un 1,7% señaló haber acudido a personas que se dedican a facilitar la inmigración irregular (p. 19). Incluso en el ámbito de la prostitución y sus relaciones con la inmigración irregular, hay estudios de campo que relativizan el protagonismo atribuido a las mafias.

trata de personas la interpretación debe ser diferente ya que en este caso el extranjero, sin su libre consentimiento, es trasladado a otro lugar con el propósito de ser objeto de explotación sexual o laboral, lo que, sin duda, atenta contra su dignidad.

d) En este sentido, aunque significativa parte de la doctrina científica intente atribuir al tipo en estudio la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros, por las razones ya expuestas, no compartimos de esta tesis, pues como afirman Cancio Meliá y Maraver Gómez⁴⁸⁵ *“el bien jurídico, en definitiva no puede estar representado por unos derechos que no existen”*, sobre todo porque la interpretación objeto de crítica no puede articular una reducción de la conducta típica. Así que, nos resulta poco convincente plantear la tutela jurídica del precepto en esta directriz.

En lo que se refiere a las posturas eclécticas, éstas consideran que en el artículo 318 bis.1 CP se protegen dos bienes jurídicos distintos, de un lado, en el tipo básico, estaría el control estatal de los flujos migratorios, y de otro, en los tipos agravados, los derechos individuales de los extranjeros. Este entendimiento doctrinal parece adecuarse a las intenciones del legislador, con todo, desde nuestro juicio, el carácter pluriofensivo atribuido al tipo vigente puede provocar polémicas cuanto a la interpretación y aplicación del precepto, así que, por ello y por las mismas razones expresadas cuanto a la tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros, no compartimos de esta opinión.

En efecto, la técnica legislativa adoptada en el tipo básico aleja cualquier identificación del bien jurídico relacionado con los derechos de los ciudadanos extranjeros, por lo que está evidente que lo que castiga el artículo 318 bis CP en su conducta básica con penas de cuatro a ocho años de prisión no es la lesión o puesta en peligro de los derechos de los inmigrantes, sino la promoción o facilitación de la inmigración clandestina.

Así, irremediablemente, el tipo básico no requiere ninguna puesta en peligro para los derechos de los ciudadanos extranjeros así como no exige

⁴⁸⁵ CANCIO MELIÁ, M., / MARAVER GÓMEZ, M. *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Op.Cit., pp. 369-370.

ningún resultado lesivo. Esta constatación nos conlleva a afirmar que lo que se sanciona en el artículo 318 bis CP es toda ayuda al tráfico ilegal de personas, incluso se puede suponer que, ante la ausencia de elementos que pongan el peligro bienes individuales de los extranjeros, nos atreveríamos a deducir que se intenta castigar también, indirectamente, al inmigrante irregular.

Siendo así, entendemos que el legislador español a la hora de tipificar las conductas incluidas en el artículo 318 bis CP ha manifestado el interés en proteger el control de los flujos migratorios, utilizando el Derecho penal para la represión de determinadas conductas que afectan a la entrada y permanencia ilegal de extranjeros. Así que, no cabe duda de que la tutela penal del artículo 318 bis CP abarca la política migratoria como el bien jurídico tutelado.

Es cierto que la protección penal de los flujos migratorios se explica por las exigencias normativas comunitarias de la Unión Europea en controlar la inmigración clandestina, ilegal o irregular, por lo que el Estado español a través de la intervención penal, pretende, además de tranquilizar a la sociedad española frente al miedo sugerido por una migración descontrolada, desmotivar al inmigrante para que éste desista de su propósito migratorio. Sin embargo, pese a que España haya asumido compromisos supranacionales en la lucha contra la inmigración clandestina, ilegal o irregular, es importante analizar si los fines justifican los medios, es decir, ¿Todo es válido para gestionar las inquietudes provocadas por los actuales flujos migratorios?

En este sentido, como observa Miró Llinar ⁴⁸⁶ *“ante la tipificación de un determinado delito, no puede satisfacernos la mera afirmación de que el mismo responde a la protección de un determinado bien jurídico, realizada sin tener conocimientos suficientes acerca de cómo y cuándo tal tipificación será eficaz, sino que es necesaria la constatación de que la coacción que supone la imposición de una pena está justificada por la necesidad de intervención por la*

⁴⁸⁶ MIRÓ LLINARES, F. *El "moderno" Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso*, en: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, 2009. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/649.pdf>

dañosidad social del comportamiento y por la inexistencia de otro medio menos gravoso para la consecución del fin preventivo”.

De este modo, resulta necesario cuestionarse sobre la legitimidad y necesidad de este bien jurídico, es decir, si entendemos como necesario recurrir al Derecho penal para combatir a los riesgos provocados por una inmigración ilegal, debemos interrogarnos ¿hasta qué medida es necesaria la intervención del derecho penal en el control de los flujos migratorios?

Como es sabido, uno de los ejes prioritarios de la actual gestión de la Unión Europea es el control de la inmigración. Concretamente, en los últimos años se han incrementado las medidas para contener la inmigración irregular. En España, tras el compromiso con el objetivo asumido, esta tendencia se concretiza en la base de la política migratoria del gobierno cuya principal preocupación es el cierre de las fronteras exteriores. De hecho, la actual normativa administrativa sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, señala en el Preámbulo V como uno de los objetivos, el aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso y, reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a España.

De igual modo, el legislador, en la recién aprobada reforma LO 5/2010 de 22 de junio del Código Penal español, declara en el Preámbulo XII que en el delito de inmigración clandestina predomina la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, revelando, por fin, las reales pretensiones de utilizar el Derecho penal como instrumento para el control de los flujos migratorios.

También es cierto que en tiempos de crisis, la inmigración puede acentuar algunas aprehensiones⁴⁸⁷ tal como el aumento de los gastos públicos,

⁴⁸⁷Vid. GASCO N ABELLAN, M. Op. Cit. p. 1 "Asistimos a una auténtica *invasión* de

la mayor competitividad en el mercado laboral, la demanda por seguridad ya que el excesivo número de inmigrantes sugiere al imaginario colectivo la idea de nuevos riesgos, entre otros desasosiegos. Esta percepción negativa de la inmigración⁴⁸⁸ es enfatizada por las autoridades públicas que, con el apoyo de los medios de comunicación⁴⁸⁹, vinculan la idea de inmigración e inseguridad ciudadana.

No obstante, entendemos que se trata de un exagerado sentimiento de inseguridad pues, en realidad, la presencia de inmigrantes en la sociedad no provoca desequilibrios ni tan graves ni tan negativos⁴⁹⁰ y, aunque los

inmigrantes"; "estamos desbordados por una *avalancha* de extracomunitarios". Estas u otras sentencias parecidas pueblan a diario discurso s políticos, tertulias radiofónicas o artículos periodísticos y son oportunamente coreadas por las televisiones mientras se nos ofrece el espectáculo estremeedor de las pateras. Pero las palabras no son inocentes. Por detrás de ellas aparece camuflada muchas veces la reprobación hacia *los otros*, la necesidad de poner distancia frente a ellos; y no, desde luego, por su condición de extranjeros, porque la de "extranjero" no es una categoría homogénea, sino porque son pobres, y los pobres son indeseables a priori.

⁴⁸⁸ El Instituto de Estudios Sociales Avanzados ha publicado recientemente el Barómetro de opinión pública 2010, a partir de los datos obtenidos en la realización de un trabajo de campo que se llevó a efecto desde el 18 de octubre al 18 de noviembre y presentado el día 20 de diciembre de 2010 donde se constata que la percepción de que la problemática de la inmigración ha empeorado "en los últimos dos o tres años" en el territorio autonómico alcanza a un 63,9 % de los encuestados, mientras que a aquellos que creen que sigue igual que antes suponen un 21,4 %, y quienes consideran que ha mejorado representan un mínimo 7,8 %. La percepción es más negativa para las mujeres que para los hombres (64,3 y 63,4 %), mientras que ocurre lo contrario entre quienes consideran que ha mejorado la situación (8,5 y 7,1 %) y entre quienes creen que no ha cambiado (22,3 y 20,6 %). Por edades, la percepción más negativa se encuentra ubicada en las personas de 45 a 59 años (68,7 %), seguidas de los jóvenes de 18 a 29 años (64,6 %). Disponible en: <http://www.iesa.csic.es/bopa2010.php>

⁴⁸⁹ Vid. BOTELLA CORRAL, J., /PERES-NETO, L. *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*. En: GARCÍA ARÁN, M., /BOTELLA CORRAL, J., (Directores.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, págs. 43 ss. Vid. ZAPATA-BARRERO, R. / VAN DIJK, T.A., (eds.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, CIDOB, Barcelona, 2007. FUENTES OSORIO, J.L., *Los medios de comunicación y el Derecho penal*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, disponible en www.criminet.ugr.es/recpc/07-16.pdf. Vid. BARATA, F. *Inmigración y criminalización en los medios de comunicación*. En: BERGALLI, R., (Coord.), *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista multidisciplinarios*, Anthropos, Barcelona, 2006.

⁴⁹⁰ Vid. MIRÓ LLINARES, F. *Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o "exclusión" penal del inmigrante?* Op. Cit. p.7; En sentido similar, vid., MARTINEZ ESCAMILLA, M. *¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008, núm. 10-06, pp. 8ss. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-06.pdf>

citados peligros fuesen reales, nos cuestionamos si estos riesgos justifican la expansión del derecho penal a través de la tutela de los flujos migratorios.

Es posible que una inmigración incontrolada pueda perjudicar el desarrollo de funciones sociales y económicas de la sociedad receptora, además de fomentar actitudes xenófobas y discriminatorias, desestabilizando, por lo tanto, los principios del sistema democrático. No obstante, estimamos que una gestión ordenada de la inmigración además de promover el acceso democrático a los servicios públicos colabora con la mantención de la cohesión social.

Por ello, entendemos como indiscutible, además de legítimo que el Estado actúe en la gestión de los flujos migratorios, llevando a cabo una política migratoria hacia un control de fronteras cuyas directrices y acciones manifiesten coherencia con los principios de un Estado social y democrático de derecho.

Sin embargo, las demandas alarmistas de inseguridad producidas por el fenómeno migratorio acentúan los criterios restrictivos y policiales de la actual gestión estatal de las migraciones. El Estado utilizándose de los postulados de una política-criminal represora, endurece el sistema del control social como respuesta a los miedos generados por la presencia de los inmigrantes en la sociedad, por consiguiente, la política española de inmigración, siguiendo la tendencia neocriminalizadora de los nuevos riesgos, se estructura desde un parámetro esencialmente punitivista, produciendo una confusa actuación entre los ámbitos penal y administrativo lo que conlleva a la instrumentalización de la ley penal y consecuentemente a la administrativización del Derecho penal⁴⁹¹.

Así, sobre la base de las referidas consideraciones, tiene razón Miró Llinares⁴⁹² cuando afirma que *“el problema no es por tanto, que el legislador quiera responder ante una demanda social y para prevenir un problema social,*

⁴⁹¹ Vid. SILVA SANCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal*. Op. Cit., pp.121-148.

⁴⁹² MIRÓ LLINARES, F. *El "moderno" Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso*. Op. Cit., p. 29.

sino que lo haga sin medida, sin limitación alguna, no reduciéndose sino ampliándose cada vez más la violencia estatal”.

El legislador español, al elegir como bien jurídico protegido en el artículo 318 bis CP la política migratoria revela su intención de instrumentalizar la ley penal hacia la protección de funciones organizativas del Estado, pues pretende resguardar la estructura social y económica e incluso política ante los peligros de una inmigración descontrolada lo que nos permite constatar que la intervención penal en los movimientos migratorios se revela como un instrumento político que sirve, sobre todo, para reforzar los marcos de la expansión del derecho penal así como su utilización simbólica y funcionalista

493

En este sentido, desde nuestra apreciación, la opción legislativa en gestionar los flujos migratorios a través del Derecho penal es merecedora de innumerables críticas ya que, aunque sea necesario que el Estado intervenga en este ámbito, e incluso que la protección penal de la organización estatal pueda garantizar los presupuestos para el libre desarrollo del individuo, la previsión normativa de la política migratoria en el vigente artículo 318 bis CP no nos parece ni eficaz ni legítima, tampoco justificable por las razones que exponremos a seguir:

a) La política migratoria como bien jurídico-penal en el artículo 318 bis CP responde exclusivamente a una *ratio legis* cuyo principal objetivo es controlar los flujos migratorios, lo que conlleva a la funcionalización del bien jurídico, ya que no se puede concretizar la antijuridicidad material de la norma penal.

b) Resulta difícil valorar y demostrar el efecto dañoso que la acción típica de favorecer la inmigración ilegal puede provocar en la realidad social, pues serían necesarias inúmeras y reiteradas conductas para que se produjera

⁴⁹³ NAVARRO CARDOSO, F. *El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad*. En: PEREZ ALVAREZ, F., (Ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 1332;

una afección al bien jurídico⁴⁹⁴.

c) Convertir en delito la mera conducta de favorecer la entrada de extranjeros incumpliendo los requisitos de la normativa administrativa vulnera el principio de igualdad ante la dificultad de concretizarse u n desvalor del resultado. Además, tampoco es razonable ni coherente con los principios de subsidiariedad y de intervención mínima⁴⁹⁵, pues se trata de una conducta que ya está regulada como infracción administrativa en la LOYDE.

d) La ordenación de los flujos migratorios es una atribución del ordenamiento administrativo⁴⁹⁶, además, habría que plantearse otras medidas que incluyeran una cooperación internacional eficaz entre países emisores y receptores, es decir, una colaboración más concreta en el ámbito policial y judicial⁴⁹⁷.

e) En efecto, la inmigración es un fenómeno complejo y amplio cuyas variables suelen atender a demandas socioeconómicas, por lo tanto, los movimientos migratorios descenderán cuando el mercado laboral de los países receptores no ofrezca condiciones favorables a la oferta de inmigrantes.

Siendo así, por los motivos esbozados, a nuestro entender, la

⁴⁹⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid (Civitas) 2001, pp. 131 y ss.

⁴⁹⁵ Vid. MIR, P. UIG. S. *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal*. En: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. pp. 151-152 que destaca que el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos, *difundidos* entre amplias capas de la población, con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. La bondad de una acción de gobierno para la colectividad no justifica, *sin más*, que busque el apoyo en un arma tan lesiva como el Derecho penal.

⁴⁹⁶ Vid. CUELLO CONTRERAS, J. *Op. Cit.*, p. 79. Quien sostiene que para la protección de los bienes jurídicos supraindividuales puede bastar con el Derecho administrativo sancionador, que se adecúa mejor que el Derecho penal a la tipificación de meras desobediencias.

⁴⁹⁷ Vid. IGLESIAS SKULJ, A. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control*. Tesis Doctoral, Salamanca, 2009, p. 641, quien advierte que deberán ser practicadas con la misma intensidad y rapidez las otras recomendaciones de la normativa europea que disponen en la colaboración económica con los países implicados en el movimiento migratorio, sin que éstos estén subordinados al cumplimiento de demandas de exte rnalización de los controles migratorios. Una política que tienda a la supresión de las inhumanas diferencias entre el centro y la periferia es la única que podrá ser realmente efectiva a la hora de abordar el fenómeno de la inmigración global.

intervención del Derecho penal en la regulación de los flujos migratorios que se manifiesta en la tipificación del artículo 318 bis CP, no está adecuada a los criterios que debe atender el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. La política migratoria como categoría de bien jurídico-penal colectivo de carácter autónomo tiene su eficacia está comprometida por la ausencia de un contenido concreto establecido en la realidad social. Sostenemos que el Derecho penal de las sociedades democráticas se justifica en la tutela de bienes jurídicos esenciales, su intervención será legítima siempre que, en observancia a los principios y garantías penales propias de un Estado social y democrático de derecho, priorice la protección de los derechos fundamentales de los individuos, como personas, sean extranjeros o españoles, que pueden verse lesionados o puestos en peligro como consecuencia del tráfico ilegal personas.

En definitiva, como expone Iglesias⁴⁹⁸, desde una perspectiva político-criminal, se trata de una norma carente de legitimidad si admitimos que el bien jurídico del tipo básico del 318 bis CP se ciñe a la protección de la potestad del Estado de seguir seleccionando, a partir de la exaltación de su ámbito económico e institucional, *quiénes son personas con derechos y quiénes no*.

Así que, llegados a este punto, nos parece oportuno resaltar las palabras de Hefendehl: *“Pero para que el Derecho Penal siga manteniendo una posición social importante, debe mantener en su avance firmes y claras las estructuras que ha venido utilizando, sin acudir a bienes jurídicos aparentes y a un adelantamiento de las barreras de protección a estadios anteriores al de la acción típica. Es nuestro deber detectar estos errores políticos criminales y señalarlos claramente. Nuestra crítica no será quizá escuchada, pero debemos asumir nuestra condición de idealistas”*⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ IGLESIAS SKULJ, A. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control. Op. Cit., p. 641.

⁴⁹⁹ HEFENDEHL, R. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Trad. de E. Salazar Otuño, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 04-14 (2002), p. 4, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>, pp. 12-13.

CAPITULO 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 318 BIS CP.

Determinar la naturaleza jurídica de cualquier delito constituye un aspecto de significativa relevancia cuya posición que se adopte al respecto va a vincular de manera inevitable cuestiones de carácter dogmático, no solo para la comprensión del tipo penal en sí mismo, sino también en lo respecta a las formas imperfectas de ejecución del delito o a la determinación del momento de consumación del tipo. Por esa razón, es necesario dedicar algunas consideraciones puntuales sobre la naturaleza delictiva del artículo 318 bis CP, es decir, verificar si estamos ante un bien jurídico de carácter colectivo, orientado a la protección de bienes jurídicos individuales o ante un auténtico bien jurídico colectivo o sin referencia directa a bienes jurídicos individuales. Asimismo importa determinar si son delitos de mera actividad o, si por el contrario son tipos penales de resultado, y del mismo modo será preciso verificar si son delitos de peligro o de lesión.

En este sentido, al margen de las discrepancias respecto al contenido del bien jurídico protegido en el tipo básico del artículo 318 bis CP, parte de la doctrina científica estima que estamos ante un delito de peligro abstracto⁵⁰⁰ cuya punición no hace depender de la efectiva lesión del bien

⁵⁰⁰ Vid. ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000*. Op. Cit., p. 922; SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. *Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 11; SERRANO-PIEDecasas, J. R. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., pp. 333-336; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Ley de extranjería y derecho penal*. Op. Cit., p. 2. En cambio, algunos autores señalan como un delito de peligro abstracto-concreto o hipotético. En este sentido, PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op. Cit., p. 128, entiende que “aunque no sea necesario que se pruebe que existe un peligro concreto para la dignidad de un extranjero por la conducta de tráfico ilegal o la inmigración clandestina, tampoco es un delito de peligro abstracto porque no basta con realizar una conducta de tráfico ilícito de personas, sino que será preciso que la acción, sin ser peligrosa para efectuar a un determinado extranjero, pueda, en caso hipotético, causar un perjuicio a la dignidad humana de los extranjeros”. De ahí deriva la autora que no basta con realizar la conducta sino que es necesario que la misma sea idénea objetivamente “para poner en peligro o lesionar de forma grave y manifiesta a la dignidad humana del colectivo de extranjeros”, y que la dignidad humana se ve puesta en peligro cuando “la persona es tratada, no como tal, sino como puro objeto o cosa. En sentido similar, GUARDIOLA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 414 sostiene que los delitos de tráfico de personas se configuran como de peligro hipotético de la dignidad de los ciudadanos extranjeros y/o libertad sexual o los derechos laborales, siendo delitos de mera actividad. GARCIA ARÁN, M. *Trata de personas y explotación sexual*. Op. Cit., p. 236., también opina que este es un delito de peligro

jurídico, ni siquiera de su puesta en peligro, sino que se considera suficiente la realización de conductas potencialmente peligrosas para los mismos. Se trata, por lo tanto 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 inmigración clandestina, con independencia del resultado conseguido.

En lo que se refiere a la naturaleza colectiva del bien jurídico, tal como ya hemos comentado, entendemos que el fundamento de la protección penal expreso en el vigente delito del artículo 318 bis CP incide en la regulación de los flujos migratorios, por lo tanto, se trata de un bien jurídico colectivo en sentido estricto, es decir, tal cual se estructura en el tipo, no presenta ninguna referencia a la tutela de bienes jurídicos individuales.

Así entendido, nos parece conveniente expresar, sin ninguna pretensión de exhaustividad, algunos aspectos de orden conceptual en torno a la estructura dogmática de los delitos de peligro, ya que el tipo en análisis lo exige para mejor comprensión.

2.1 Breve referencia a los delitos de peligro.

Cuello Contreras⁵⁰¹ explica que “ *el contenido de los tipos penales es, inicialmente, la creación de determinado peligro para el bien jurídico. Qué*

hipotético para los derechos de los ciudadanos extranjeros, derivado de la situación de vulnerabilidad para los mismos que provocan las condiciones de ilegalidad o clandestinidad de su traslado, por lo que los actos deben ser idóneos para la afectación a derechos. Por otro lado, PEREZ FERRE R, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. p. 59, informa que se trata de un delito de lesión, en el que el objeto de la acción ha de ser realmente dañado, ya que entiende que el tráfico ilegal de personas representa un importante perjuicio o menoscabo para la dignidad de los extranjeros desplazados o trasladados a tal fin.

⁵⁰¹ CUELLO CONTRERAS, J. Fundamentos para un sistema lógico-funcional del Derecho Penal. Más allá del ontologismo y el normativismo, p. 2. Disponible en: RECPC 08-01 (2006) _ http://criminet.ugr.es/recpc_ISSN_1695-0194; Vid., KINDHÄUSER, U. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. 2009 Disponible en: http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=10&fc=113&sn=40&indret=03577d12ba201d57e233f87f54d13c57

peligro sea prohibido, con exclusión de los restantes, que por experiencia general acechan en cuanto el hombre emprende, es una cuestión normativa, ciertamente, cuya delimitación constituye el objetivo principal de la interpretación del derecho penal”.

El referido autor expr esa que el legislador nunca se ha conformado en castigar sólo delitos de lesión, adelantando, por lo tanto, la protección de los bienes jurídicos a fases anteriores a la de lesión efectiva. Para el referido autor, dos razones de orden dogmático contribuyen para ello: 1) En la medida en que la causación del resultado depende en buena parte del azar, parece injusto dejar exento de responsabilidad a quien, pese haber realizado actos que merecen censura desde la óptica de la protección de los bienes jurídicos, tuvo la fortuna de no causar resultado. 2) En la medida que el derecho penal interviene para prevenir la lesión de bienes jurídicos a través de normas que prescriben cómo comportarse sobre la base⁵⁰².

Para Mendoza Buergo⁵⁰³ la caracterización de una infracción penal como delito de peligro o como delito de lesión se realiza atendiendo a la formulación del tipo, siendo fundamental a estos efectos no solo la descripción de la conducta típica sino, que más bien, las características que reviste la consecuencia del mismo. El elemento distintivo básico es, por tanto, el grado de afectación del bien jurídico tutelado. Así, normalmente, la doctrina procede a la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro en el seno de la

⁵⁰² CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español. Parte General*. Op. Cit., p. 522. Vid. HIRSCH HANS, J *Derecho Penal, Obras Completas*, Tomol, Ed. Rubinzal-Culzoni. 2000, pp.65-87, este autor alemán señala que el concepto de peligro se basa en imprecisiones que hacen insuficiente la distinción entre el peligro en que se encuentra el bien jurídico y la concreta peligrosidad de una conducta. Lo primero se trata de un estado objetivo, cuando un objeto entra en el radio de acción de un determinado hecho con la probabilidad de ser lesionado y lo segundo, cuando entraña la posibilidad concreta de lesión de un objeto. La peligrosidad concreta es simple característica de la conducta, constituye el resultado producido, mientras que la peligrosidad es un estado ex ante desde la perspectiva de la acción peligrosa.

⁵⁰³ MENDONZA BUERGO, B. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Op. Cit., pp. 9s s. Vid. HASSEMER Y MUÑOZ CONDE para quienes los delitos de peligro, en cambio, sólo producen una situación de peligro "concreto" o "abstracto". La distinción plantea lógicamente importantes problemas dogmáticos. Los delitos de peligro están más alejados de la protección de bienes jurídicos que los delitos de lesión; en su versión de delitos de peligro abstracto minimizan incluso los presupuestos de punibilidad y con ello las posibilidades de defensa del inculcado, al no exigir siquiera un peligro real, en: HASSEMER, W. Y MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*". Op. Cit., p. 146, Vid. JESCHECK, T. *Tratado de Derecho Penal*. Op. Cit. p. 282.

clasificación de los tipos, aludiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico. Señala aún que el dato de cómo esté configurado este ataque y sus eventuales consecuencias, sino el relativo a cómo lo esté el propio bien jurídico protegido, resulta fundamental a la hora de considerar que estamos ante un delito de peligro abstracto, de peligro concreto o de lesión.

La referida autora concibe, por lo tanto, la peligrosidad de la conducta como elemento imprescindible de los injustos y sostiene que sólo se ha de afirmar cuando la conducta, además de coincidir con la descripción del tipo, constituya una acción antinormativa puesto que *“el desvalor objetivo material de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto. En consecuencia, sólo cabe adelantar la tutela penal de forma legítima al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico, teniendo además en cuenta las exigencias propias de la atribución de responsabilidad penal, ello no debe determinarse en abstracto por la pertenencia a una clase de acciones, sino que exige que sea evidente tal peligrosidad objetiva al menos en el momento de realizar la conducta”*⁵⁰⁴.

De modo similar Peris Riera⁵⁰⁵ explica que la distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto, y matizaciones conceptuales complementarias, aglutina la problemática general sobre lo que puede calificarse de Derecho penal de peligro al construir el injusto de cada una de estas modalidades en función de que se dé un efectivo peligro, como posibilidad de producción de un resultado temido, o estimando que no es necesaria aquella inclusión porque basta la presencia de una conducta que el legislador entiende viene acompañada siempre de la aparición de un peligro.

De forma similar, Cuello Contreras⁵⁰⁶ subraya que en el delito de

⁵⁰⁴ MENDOZA BUERGO, B. *La configuración del injusto (objetivo) de posdelitos de peligro abstracto*. Op. Cit., p. 68.

⁵⁰⁵ PERIS RIERA, J. *Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década*. Op. Cit., pp. 700 ss.

⁵⁰⁶ CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español*. Op. Cit. p. 522. Vid., en el mismo sentido CE REZOMIR, J. *Temas Fundamentales del Derecho Penal*. Rubinzal –Culzoni Editores. Buenos Aires. 2006.pp. 127 ss.

peligro abstracto, el peligro aparece sólo como el motivo que lleva al legislador a prohibir un comportamiento, si bien la tipicidad se cumple plenamente con la realización de la acción prohibida, no habiendo necesidad de constatar peligro alguno para el bien jurídico como resultado de tal actividad, esto es, el *merecimiento de pena* descansa en la *peligrosidad general* de la conducta típica para determinados bienes jurídicos⁵⁰⁷.

Innegablemente, se trata de una fórmula de tipificación que facilita la intervención del Derecho penal en determinadas funciones organizativas del Estado, ya que, se reducen los presupuestos de punibilidad, es decir, no es necesario observar el resultado lesivo de la conducta, ni tampoco la obligada relación de causalidad, sino que únicamente debe mostrarse la peligrosidad de la acción⁵⁰⁸.

En los delitos de peligro abstracto la norma penal hace abstracción de la situación de riesgo concreta para otros ámbitos de organización individuales o supraindividuales y describe como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas⁵⁰⁹.

Es notorio que la creciente proliferación y relevancia de los delitos de peligro abstracto y su utilización como una técnica legislativa idónea propia del derecho penal moderno, se ajustan a las exigencias actuales de incriminación de los nuevos riesgos⁵¹⁰, permitiendo una mayor anticipación y ampliación de la intervención del Derecho penal.

Siendo así, en los tipos de peligro abstracto, el injusto penal deja de ser la comprobable causación de un lesión, para convertirse en una actividad que el Legislador ha criminalizado, cuya potencialidad o peligro abstracto de

⁵⁰⁷ JESCHECK, W, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. Op. Cit., p. 283.

⁵⁰⁸ CEREZO MIR, J. *Temas Fundamentales del Derecho Penal*. Op. Cit. p. 127.

⁵⁰⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro*. En: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Civitas, Madrid, 2005, p. 311.

lesión no es discutido en el ámbito de aplicación de la norma, sino que únicamente es un elemento de evaluación en el ámbito de promulgación de la norma⁵¹¹.

Por ende, en referencia específica sobre los delitos de peligro abstracto, Hefendehl⁵¹² informa que el delito de peligro abstracto como estructura delictiva debería quedar reservado para tipificar aquellas conductas que supongan riesgos latentes contra bienes jurídicos de primer orden, por ejemplo, riesgos para la integridad corporal o la vida. Los delitos de peligro abstracto, deberían, además, ser aquéllos que protejan los bienes jurídicos cuya lesión esté, dentro de una sociedad de riesgo, sometida al dominio del azar.

2.3 El artículo 318 bis CP como un delito de peligro abstracto.

Como hemos resaltado, el tipo básico del artículo 318.1 bis CP, de acuerdo con la mayoría de la doctrina científica, se encuentra configurado como un delito de peligro abstracto. Ya se ha constatado que tal técnica de tipificación acarrea muchas dificultades en cuanto a las garantías y principios del Derecho penal, no obstante los argumentos elaborados por la doctrina se inclinan por efectuar el análisis a partir de esta categoría por considerar que los derechos de los inmigrantes constituyen un bien jurídico con suficiente entidad como para ser susceptible de protección anticipada⁵¹³.

En este propósito, la utilización de las técnicas de peligro abstracto

⁵¹¹ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria.* Op. Cit. p. 17

⁵¹² HEFENDEHL, R. *¿ Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.* " Op.Cit. p. 7

⁵¹³ Vid. RODRIGUEZ MESA, M.J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.* Op. Cit., p. 62; SERRAÑO PIEDE CASAS, J.R. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.* Op.Cit., p. 336; DE LEON VILLALBA, F.J., *Trafico de personas e inmigración ilegal.* Op.Cit., p. 254; SANCHEZ LAZARO, F. *El nuevo delito de tráfico ilegal de personas.* En: LAURENZO COPELLO, P., (Dir), *Inmigración y Derecho penal,* Op.Cit., p. 293.

en el supuesto del artículo 318 bis CP incide sobre la supuesta peligrosidad que el tráfico ilegal representa para la libertad, seguridad y dignidad de las personas, y que se consumaría con la realización de las conductas sin que sea necesario verificar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo. En efecto, como señala Miró Llinares, la única peligrosidad que integra el tipo consiste en que traficar con personas hace peligrar sus derechos como colectivo, esto es, una peligrosidad *ex ante* en relación con un bien jurídico difuso como sería el de las condiciones necesarias para la libertad y dignidad de los inmigrantes⁵¹⁴.

Desde otro planteamiento, Martínez Escamilla⁵¹⁵ aunque sostiene que el delito del artículo 318 bis .1 CP es de peligro abstracto, explica que su consumación requiere que el desplazamiento migratorio se haya iniciado, sin que baste la mera conducta de promoción, favorecimiento o facilitación. Con todo, afirma que dicho delito no puede interpretarse como un delito de lesión, pues en modo alguno se exige que el inmigrante llegue a alterar de alguna manera las condiciones del sistema que se pretende preservar.

Por otro lado, Pérez Cepeda⁵¹⁶ estima que el delito en estudio puede ser formulado como un delito de peligro hipotético, debido que para la aplicación del artículo en cuestión no “*es necesario que se pruebe que existe un peligro concreto para la dignidad de un extranjero por la conducta del tráfico, pero tampoco es un delito de peligro abstracto porque no basta con*

⁵¹⁴ MIRÓ LLINARES, F. *Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante?* Op. Cit., p.18.

⁵¹⁵ MARTINEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP.* Op.Cit., p.129 PEREZ ALONSO, J. E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina.* Op. Cit., p. quién desde la perspectiva de la dualidad de bienes jurídicos protegidos observa la presencia de figuras delictivas con diversa naturaleza. Explica el referido autor que “*en el caso de la inmigración clandestina se trata de un delito de peligro abstracto para el interés estatal a preservar, dado que una sola acción migratoria irregular no tiene por sí capacidad objetiva para perturbar el bien jurídico. Sin embargo, en el caso de la trata o tráfico ilegal de personas estamos ante un delito de lesión del bien jurídico individual. Son las condiciones típicas de la trata en las que se lleva a cabo desplazamiento de personas, es decir, los medios y fin perseguidos con el mismo, las que producen la lesión de la libertad, seguridad e integridad moral de los seres humanos. Cada acto típico de trata o tráfico ilegal tiene capacidad objetiva de causar y consumir la lesión del bien jurídico protegido en este delito*”.

⁵¹⁶ PÉREZ CEPEDA, A.I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal.* Op.Cit., p. 173.

*realizar una conducta de tráfico ilícito de personas, sino que es necesario que la acción, sin ser peligrosa para afectar a un determinado extranjero, pueda, en caso hipotético, causar un perjuicio a la dignidad humana de los extranjeros*⁵¹⁷ para lo cual el juez deberá valorar la idoneidad objetiva de la acción.

Cuanto a la jurisprudencia, es prácticamente unánime el entendimiento de que el tipo básico de I artículo 318 bis del Código Penal español encierra un delito de peligro abstracto y de mera actividad ⁵¹⁸. Así, se han pronunciado la STS núm . 605/2007 de 26 de junio: “[...] 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 conseguido”.

Desde nuestra opinión, la amplitud de redacción de la conducta típica en el supuesto del artículo 318 bis CP concibe, sin duda, el peligro abstracto como fundamentador del injusto, puesto que es la peligrosidad de la acción, sin la verificación de un resultado, que justifica la incriminación del vigente delito de tráfico ilegal de personas. Sin embargo la utilización de las estructuras típicas de peligro abstracto en este supuesto nos parece criticable ya que, si consideramos que el peligro es el estado previo a la lesión y el adelantamiento de la tutela a través de las técnicas de peligro abstracto sólo tiene sentido para evitar la posible lesión del bien jurídico, por lo que si ésta no es determinable, difícilmente lo será la efectiva puesta en peligro del bien jurídico o de la peligrosidad de la acción.

⁵¹⁷ Ibídem. p. 176

⁵¹⁸ Vid., SAP de Santa Cruz de Tenerife núm 107/2009 de 6 de febrero: “Ello implica que sea irrelevante que los inmigrantes lleguen a acceder a la península o islas o no se concluya la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, por cuanto el delito se consuma, como hemos visto, por la realización de los actos directos o indirectos de promoción, favorecimiento o facilitación, sin exigir que se con siga llegar clandestinamente a territorio español”. En el mismo sentido Vid., STS núm. 561/2007 de 15 de junio; STS núm. 582/2007 de 21 de junio; STS núm. 746/2007 de 17 de septiembre; STS núm. 36/2008 de 31 de enero; STS núm. 152/2008 de 8 de abril; 8/4/2008; STS núm. 399/2009 de 11 de abril.

Desde este planteamiento, explica Puschke⁵¹⁹ que el Derecho penal puede ser empleado en el ámbito previo a la lesión cuando se trata de proteger bienes jurídicos concretos, las conductas preparatorias típicas aparecen unidas a una intención de lesión concreta, se respeta un núcleo privado y cuando las normas son determinadas y observan los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

Siendo así, entendemos que la peligrosidad de la acción desde la perspectiva *ex ante* en los supuestos de tráfico ilegal de personas no expresa la entidad suficiente para poner en peligro los intereses estatales afectados por la inmigración clandestina. El artículo 318 bis CP abarca como delito una mera infracción administrativa, no exigiendo que se produzca ningún resultado material, apenas que haya el incumplimiento de los requisitos establecido por el ordenamiento administrativo para la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio español. La lesión del interés estatal en la ordenación y control de los flujos migratorios, solo llegaría a producirse en la medida en que se verifique la sucesión y acumulación de conductas que, individualmente, resultan inocuas⁵²⁰.

Por lo expuesto, compartimos la opinión de Quintero Olivares⁵²¹ cuando afirma que el legislador recurre a los tipos de peligro abstracto debido a que éstos están “*muchos más aliviados de problemas probatorios*”, donde no será fácil la delimitación entre la razón de la intervención del Derecho penal en lugar del Derecho administrativo, agregando que “*la retórica invocación al peligro abstracto para un bien jurídico no pasará de ser una justificación formal del Derecho penal*”.

⁵¹⁹ PUSCHKE, J. *Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito*. 2010. Disponible en: http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=10&fc=125&sn=8&indret=

⁵²⁰ En el mismo sentido, PEREZ ALONSO, E., *Trafico de personas e inmigración clandestina*. Op.Cit., p 382; MARTINEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*. Op.Cit., p. 124

⁵²¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos de peligro en la política criminal de nuestro tiempo*, en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 245.

CAPÍTULO 3. DIMENSIÓN FÁCTICA DE LA TIPICIDAD

Analizados el bien jurídico protegido y la naturaleza jurídico penal de delito de tráfico ilegal de personas, trataremos en este capítulo de esclarecer las particularidades referentes a la tipicidad con el objetivo de determinar el contenido material valorado en las conductas previstas en el injusto del artículo 318 bis CP.

Sección primera: Análisis del tipo objetivo.

3.1 ¿Quiénes son los sujetos del delito del artículo 318 bis CP?

La determinación del sujeto activo en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros no supone dudas ya que por tratarse de delitos comunes, no se exige ninguna calificación especial del sujeto activo, así que cualquier persona puede realizar la conducta típica⁵²². Sin embargo, es pertinente tener en consideración que en el ámbito de las modalidades agravadas del artículo 318 bis CP existen referencias a alguna calificación especial del autor, como puede ser el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, bien como al carácter

⁵²² Vid. PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p.384; GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 208; PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op. Cit., p. 193; ARANGUEZ SANCHEZ, C. "Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000". Op. Cit., p. 917; GARCIA ESPAÑA, E. Y RODRIGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los Derechos de los Extranjeros*. Op. Cit., p. 376; PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 69; TORRES FERNANDEZ, M. E. "El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal". Op. Cit., p. 5; PADILLA ALBA, H. R. "El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre". Op., Cit., p. 10; SAINZ-CANTERO CA PARRÓS, J.E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. p. 95.

organizado de los intervinientes que puede fundamentar una agravación de las penalidades previstas⁵²³.

Cuanto al sujeto pasivo, los criterios para la delimitación de quién puede ser víctima de este delito son múltiples y diversos. De hecho, la rúbrica del Título XV bis se refiere a los derechos de los ciudadanos extranjeros pero la descripción típica en el artículo 318 bis CP dispone más genéricamente de personas.

Esta distinción nos permite indagar de si el sujeto pasivo es el extranjero o la persona sin ningún tipo de distinción y a que el legislador utilizó una dicotomía terminológica al emplear en la rúbrica “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” y en la descripción del tipo se refiere “al tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas”⁵²⁴.

Siendo así, si no existen dudas interpretativas en orden a determinar el sujeto activo del delito en el tipo básico de tráfico de personas, no posee la misma claridad la cuestión del sujeto pasivo del mismo por la imprecisión del texto legal, de forma que las posiciones doctrinales en este aspecto vendrán orientadas, en gran medida por la posición del bien jurídico protegido⁵²⁵.

Partiendo de este planteamiento, Pérez Alonso⁵²⁶ dispone que en se

⁵²³ DE LÉON VILLALBA, F. J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Op. Cit. sugiere como un primer criterio de acotamiento, en relación con la materia, es el marco de sujetos que constata el artículo 2.4. de la LISOS, como posibles responsables de las infracciones administrativas enumeradas en torno al tema de los movimientos migratorios: transportistas, agentes, con signatarios, representantes y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan en operaciones de migración o movimientos migratorios. Vid. SERRANO PIEDECASAS, J. R. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Op. Cit., p. 335.

⁵²⁴ PEREZ ALONSO, J.E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina* Op. Cit., p. 386

⁵²⁵ GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p.241. De la misma opinión: GARCÍA ESPAÑA, E. y RODRÍGUEZ CÁNDOLA, J. L. “Delitos contra los Derechos de los Extranjeros”. Op. Cit., pp. 7-8. RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *Ley de extranjería y derecho penal*. Op. Cit., p. 2

⁵²⁶ PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p.386 señala aún que [...]el inmigrante o persona sobre la que recae la acción típica no puede ser sujeto activo de estos delitos, sino que es el sujeto pasivo de la acción, por lo que su comportamiento es impune desde la perspectiva del Derecho Penal. Su conducta, si se trata de inmigración clandestina, podría ser constitutiva de una infracción administrativa en materia de

tratando de los supuestos de inmigración clandestina, el sujeto pasivo es la colectividad, ya que el interés protegido es el control de los flujos migratorios. Así, opina el referido autor que es el propio Estado o la comunidad en su conjunto, los sujetos pasivos en sentido propio del delito de inmigración clandestina. Sin embargo, subraya que aunque el titular del bien jurídico sea el Estado, el sujeto pasivo sobre el que recae la acción típica u objeto de la acción es el extranjero o la persona⁵²⁷. En el caso específico de los ciudadanos extranjeros, hay aún quien opine que se trata de cualquier ciudadano extranjero⁵²⁸ y los que sostienen que se trata de ciudadanos extranjeros extracomunitarios⁵²⁹.

Para Guardiola Lago⁵³⁰, el sujeto pasivo del apartado 1 del artículo 318 bis lo constituye el colectivo de ciudadanos extranjeros, es decir, los que carecen de nacionalidad española según la definición que ofrece la Ley Orgánica 8/2000 en su artículo primero. Sin embargo, subraya la referida autora, que es necesario que además de poseer la condición de ciudadanos extranjeros, deben reunir una serie de características que los hace más vulnerables a posibles abusos de terceros y que justifica su mayor protección.

extranjería. Vid., en sentido similar: ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000*. Op.Cit., p. 917.

⁵²⁷ PEREZ ALONSO, J.E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 386. Vid., en sentido similar: TORRES FERNANDEZ, M. E. "El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal". Op. Cit., p.8

⁵²⁸ Así afirman: DE LEÓN VILLALBA, F.J. *Tráfico de Personas e Inmigración Ilegal*. Op. Cit., p. 253; MORILLAS CUEVAS, L., FORTSBEREN GUER, E., QUINTANA RIEZ, M., *Estudios penales en Homenaje al Profesor Manuel Cobo del Rosal*, Op. Cit., p. 646; CUGAT MAURI, M. Sujetos protegidos por el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP. Op. Cit., p. 219. SÉRQUEROS SAZATORNIL, F. *El marco penal de la inmigración*. Op. Cit., p. 22; SANCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, I. "Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros". Op. Cit., p.11.

⁵²⁹ De esta opinión: DE PADILLA ALBA, H. *El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre*. Op. Cit., p. 3; GUANARTEME SANCHEZ LÁZARO, F. *Nuevo delito de tráfico ilegal de personas*. Op. Cit., pp. 289-290; RODRIGUEZ MESA, M.J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 73; PEREZ CEPEDA, A.I. "Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal". Op. Cit., p. 195;

⁵³⁰ GARCÍA ARÁN, M. *Trata de personas y explotación sexual*. Op. Cit., p. 246. Así, partiendo del concepto de ciudadano extranjero al cual remite la mayor parte de la doctrina se observa que su caracterización es negativa y a que, según el artículo 1.1 L OEXIS, recibirán tal consideración aquellos que carezcan de la nacionalidad española.

Por lo tanto, la definición de extranjero haría referencia a uno de los aspectos de dicha vulnerabilidad, que es la ausencia de una libertad de circulación equiparable a la de otros sujetos y una distribución distinta de derechos entre unos y otros.

En efecto, gran parte de la doctrina dispone que si tenemos en cuenta la configuración colectiva del bien jurídico protegido, podría decirse que el sujeto pasivo se trata de un colectivo de personas, lo que nos permite comprender que el número de víctimas identificadas en una operación de tráfico no ocasionará la aplicación de tantos delitos de tráfico como víctimas afectadas sino que se apreciará un único delito de tráfico⁵³¹. Por lo tanto, aunque el tipo utilice el término personas, no se exige la presencia de varios inmigrantes para la tipicidad de la conducta. Basta con la presencia de uno para afirmar la existencia del delito. Además en congruencia con el carácter colectivo del bien jurídico protegido en este caso, el número de sujetos afectados no importa, pues en cualquier caso se estará en presencia de un solo delito de inmigración clandestina⁵³².

En otro orden de consideraciones, en lo que se refiere al delito de trata de personas, Pérez Alonso⁵³³ señala que el sujeto pasivo de este delito y de la acción típica es la persona, ya que en este supuesto el bien jurídico

⁵³¹ En este sentido vid: GUARDIO LA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 243; PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op. Cit., p. 195; PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p.71; TORRES FERRELLANDEZ, M. E. “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal”. Op. Cit., p. 5; PADILLA ALBA, H. R. “El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”. Op., Cit., p. 10; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. pp. 73-74; DE LÉON VILLALBA, F. J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Op. Cit., p. 251.

⁵³² PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p.389. De la misma opinión: GUARDIOLA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 243 quien apunta que cuando sólo resulte afectado un solo sujeto pasivo podrá apreciarse el delito de tráfico de personas, puesto que la afectación del bien jurídico de esta personas resultará representativo de la colectividad de sujetos que se pretenden proteger. De opinión contraria, ARANGUEZ SANCHEZ, C. “Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000”. Op. Cit., p 918, afirma que “este precepto exige que la conducta se realice sobre dos o más personas, ya que la utilización del plural y el propio concepto de tráfico apuntan hacia ese requisito”.

⁵³³ PEREZ ALONSO, J.E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 390.

protegido es de carácter individual. Además, pone de relieve el referido autor que cualquier persona, con independencia de su nacionalidad, situación administrativa, etc., puede ser víctima del delito de trata de personas, ya que la trata no es un problema de fronteras, como sucede con el tráfico ilícito de migrantes, sino de violación de los derechos humanos.

Polémica interesante resulta la cuestión de si los ciudadanos españoles pueden ser también sujetos pasivos del delito del artículo 318 bis CP en aquellos casos en los que pretenden emigrar a otro país en condiciones de irregularidad administrativa⁵³⁴ puesto que la descripción típica no sólo contempla el tráfico ilegal o la inmigración clandestina en tránsito o con destino a España sino también aquella que se realiza desde España.

Aránguez Sánchez⁵³⁵ opina que los españoles no pueden ser sujeto pasivo del tráfico de personas, pues el Estado español no tiene interés en controlar la emigración de sus ciudadanos.

Por otro lado, Cugat Mauri⁵³⁶, es una de las voces críticas en el sentido de que la protección ofrecida por el artículo 318 bis CP excluya a los españoles, calificando la situación como una política exagerada de discriminación positiva respecto de los ciudadanos extranjeros que va más allá de las exigencias comunitarias.

Desde la perspectiva de Pérez Alonso⁵³⁷, con la cual coincidimos, los españoles no pueden ser sujetos pasivos del delito de tráfico ilícito de migrantes previsto en el artículo 318 bis. 1 CP ya sería imposible la afección del

⁵³⁴ GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 243.

⁵³⁵ ARANGUEZ SANCHEZ, C. "Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000". Op. Cit., p. 920

⁵³⁶ CUGAT MAURI, atendiendo que el término extranjero alude a un concepto relativo, puesto que to dos somos extranjeros respecto de países distintos a aqu el que no s otro rga la nacionalidad 209/210. Vid., en sentido similar: MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. parte Especial*. Op.Cit., p. 364, quien apunta que en los casos de tráfico ilegal desde España puede ser también un español, siempre y cuando la conducta se realice con destino a un país fuera de la Unión Europea; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp.96-97.

⁵³⁷ PEREZ ALONSO, J. E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina* Op. Cit., pp. 387ss.

bien jurídico protegido por este delito si la acción recaer sobre un español. Sin embargo, en los supuestos de trata de personas, los españoles pueden configurar como sujeto pasivo del delito⁵³⁸.

En lo que concierne a los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea, opina Guanterme Sánchez⁵³⁹ que estas personas no manifiestan la necesidad de emigrar, por lo tanto, no pueden incluirse en la categoría de sujetos pasivos del supuesto en análisis, ya que, además de constatarse esta necesidad de emigrar, cumulativamente debe existir una dificultad para realizar el proyecto migratorio debido a las políticas restrictivas de los Estados receptores y la contravención de tal normativa al llevar a cabo el proyecto migratorio, por lo que el sujeto pasivo del tipo básico de tráfico de personas lo constituye el colectivo de ciudadanos extranjeros extracomunitarios que suelen encontrarse en una situación de necesidad debido a las condiciones precarias sufridas en los países de origen, a las políticas migratorias restrictivas que limitan extrínsecamente su libertad de circulación y a su desplazamiento en condiciones de irregularidad administrativa⁵⁴⁰.

Desde esta perspectiva, Torres Fernández⁵⁴¹ opina que objeto del

⁵³⁸ *Ibidem.*, p. 390. “[...] el traslado, la recluta o la recepción de un español en nuestro territorio, en los términos típicos de la trata, tiene la capacidad objetiva para lesionar el bien jurídico protegido en este delito (el *status libertatis* de la persona)

⁵³⁹ Sin embargo, RODRIGUÉZ MONTAÑES, sostiene que en los supuestos de tráfico ilegal de personas desde España a terceros países, podría incluirse en el tipo el tráfico ilegal de españoles.

⁵⁴⁰ GUARDIOLA LAGO, M.J. El tráfico de personas en el derecho penal español. *Op. Cit.*, p. 248. CORCOY BIDASOLO, M. Delitos contra los Derechos de los ciudadanos Extranjeros, *Comentarios al Código penal. Reforma 5/2010. Op.Cit.*, p. 712.

⁵⁴¹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. *El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal. Op. Cit.*, p.8. De la misma opinión: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I. *Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros, con atención a las reformas introducidas por las L.O. 15/ 2003 y 11/ 2003. Op. Cit.*, p. 821, quien opina que no parece por ello sostenible la interpretación que amplía a cualquier ciudadano el alcance de la protección del tipo penal. El concepto de ciudadano extranjero plantea problemas interpretativos a la luz de las diferentes definiciones existentes en la normativa interna y comunitaria. Estas llevan a dudar entre un concepto que los identifica con los que no poseen la nacionalidad española, o bien referido sólo a los extracomunitarios, esto es, los que no tienen la nacionalidad de alguno de los países de las comunidades europeas. Vid. PADILLA ALBA, H. *El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre. Op. Cit.*, p. 3; GARCÍA ÁLVAREZ, P., DEL CARPIO DELGADO, J. “*Los delitos relativos al régimen de extranjería*”. *Op.Cit.*, p. 397. COND E-PUMPIDO TOURÓN, C. *Delitos contra los Derechos de los Extranjeros. Op. Cit.*, p. 302; RODRIGUEZ MESA, M. J. *Delitos contra los*

tráfico ha de ser, necesariamente, en atención a la definición del tráfico mismo que requiere un traslado con cruce ilegal de fronteras, personas de nacionalidad extranjera, pues sólo respecto a ellas se establecen límites a la entrada y permanencia en el territorio. De ellas hay que excluir a los extranjeros nacionales de la Unión Europea y otros con tratamiento asimilado, pues respecto a ellos rige la libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión, de manera que su desplazamiento hasta otro Estado miembro no está sujeto al control inmigratorio.

En efecto, la exclusión de los ciudadanos comunitarios del grupo de sujetos pasivos del delito de tráfico de personas es coherente con el concepto de extranjero del artículo 1 LOEXIS puesto que, en virtud de la modificación por la Ley Orgánica 14/2003, se añade un nuevo apartado a dicho precepto según el cual los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirá por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación esta ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables⁵⁴².

De su parte, Pérez Cepeda⁵⁴³ sostiene que deberán quedar

derechos de los ciudadanos extranjeros". Op. Cit., pp. 72-73; VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas*, en Revista Penal, La Ley, julio 2004, 14, pp. 189-207 quien opina que si el artículo 318 bis se refiere a la trata de seres humanos no deberían restringirse el círculo posible de sujetos pasivos a los extranjeros, como no lo restringe ni la normativa internacional ni la comunitaria; no obstante, debido a la rúbrica del título donde se inserta el artículo 318 bis, parece que sólo pueden ser extranjeros los sujetos pasivos

⁵⁴² A partir del Tratado de Ámsterdam se puede hablar de la existencia de un incipiente "régimen de extranjería de la Unión Europea" mediante la introducción del Título IV (arts.61-69) sobre visados, asilo e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. En coherencia con lo anterior surge un nuevo concepto de extranjero que lo integra los ciudadanos procedentes de terceros países. Así, el artículo 1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen establece que extranjero es toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Este régimen comunitario de libre circulación de personas, que justifica la exclusión como sujetos pasivos de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea debido a la libertad de circulación que poseen los mismos, es aplicable también a los ciudadanos de Noruega, Islandia y Liechtenstein – en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza, por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, sobre libre circulación de personas. En coherencia con lo establecido, también deberán ser excluidos como sujetos pasivos del delito de tráfico de personas.

⁵⁴³ PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op. Cit., p.195.

excluidos del ámbito ajeno de los sujetos pasivos del delito de tráfico los ciudadanos ex tranjeros de terceros países ajenos a la Unión Europea que hubieran obtenido visado o permiso de residencia en otro Estado miembro, esto es, aquellos que en un futuro no muy lejano ostentarán el título de residente de larga duración en Europa.

En lo que a la jurisprudencia respecta, el Tribunal Supremo ha declarado en varias sentencias⁵⁴⁴ la atipicidad de la conducta respecto a los ciudadanos que se ha integrado recientemente a la Unión Europea. Así, la STS núm. 15/2008 de 01 de enero señala que: [...] *“la nacionalidad rumana de ambas víctimas introduce un elemento de obligada ponderación. En nuestra STS núm. 635/2007, 2 de julio con cita de la sentencia de esta misma Sala 484/2007, 29 de mayo, a la que también se han adscrito las STS núm. 803/2007, 3 de octubre y STS núm. 605/2007, 26 de junio, se aborda la incidencia que este tipo penal ha tenido respecto de los ciudadanos rumanos, incorporados a la Unión Europea en virtud de la reforma operada por el Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria⁵⁴⁵, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 2006, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007.*

⁵⁴⁴ Vid., entre otras: STS núm. 823/2007 de 15 de octubre; STS núm. 803 de 03 de octubre; STS núm. 1008/2007 de 03 de diciembre; STS núm. 127/2008 de 26 de febrero; STS núm. 126/2008 de 14 de febrero; STS núm. 76/2008 de 05 de febrero;

⁵⁴⁵ El Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria a la Unión Europea, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 2006 (LCEur 2006, 3785), entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007. En el mismo se declara la vinculación del "acervo comunitario", lo que incluye el denominado "acervo de Schengen" desde el momento de la adhesión. En el particular que interesa a la presente resolución se destaca en el Anexo II del Tratado, con relación a Convenios, Tratados, Directivas que integran el derecho a la libre circulación y los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión, y el Anexo VII del Tratado de adhesión, al disponer que no obstante esa vigencia "hasta el final del período de dos años a partir de la fecha de adhesión, los Estados miembros actuales aplicaran medidas nacionales o medidas que resulten de acuerdos bilaterales para regular el acceso de los nacionales rumanos a sus mercados de trabajo", medidas que serán revisadas por el Consejo, sobre la base de un informe de la Comisión. Esta cláusula de salvaguarda a la libre circulación de trabajadores podrán ser activadas en el plazo de dos años, aplicable a otros tres y, sucesivamente, otros dos, cada vez con mayores limitaciones. Estas detenciones de los Tratados de Adhesión se complementan con una "Declaración conjunta de los Estados miembros actuales" por la que se comprometen a "procurar brindar a los nacionales rumanos un mayor acceso al mercado laboral con arreglo a su derecho nacional, a fin de acelerar la aproximación al acervo. Por consiguiente, las oportunidades de empleo de los nacionales rumanos en la Unión Europea deberían mejorar sustancialmente cuando se produzca la adhesión de Rumania. Además, los Estados miembros de la UE harán el mejor uso del régimen propuesto para avanzar con la mayor rapidez posible hacia la plena aplicación del acervo en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores.

En esa resolución se aplica el criterio fijado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del pasado día 29 de mayo de 2007, que acordó la atipicidad de la conducta de inmigración clandestina respecto del artículo 318 bis del CP, cuando se refiere a ciudadanos de países que se han integrado recientemente en la Unión Europea. En ella recordamos que, en supuestos como el presente, los intereses del Estado, respecto a la salvaguarda de los flujos migratorios, aparecen suficientemente protegidos por la legislación de extranjería y su protección aparece dispuesta por esa legislación como una infracción administrativa, de manera que, como dijimos en la STS 1087/2006, de 10 de noviembre "el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable", circunstancias que en el supuesto de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea no es posible predicar dado el ámbito de protección equiparable al de los nacionales".

De acuerdo con lo expuesto , entendemos que es importante restringir los términos implicados para de limitar la titularidad pasiva de este precepto. Así, considerando la libre circulación de personas en el ámbito de la Unión Europea y la definición del delito de inmigración clandestina propuesta por la Directiva 2002/ 90/CE del Consejo, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares cuyo artículo 1.1, dispone sobre la tipificación general de estos comportamientos, refiriéndose expresamente a "una persona que no sea nacional de un Estado miembro, nos parece impropio hablar de inmigración irregular, clandestina o ilegal entre nacionales de cualquier país comunitario, con todo, si tenemos en cuenta los supuestos de trata de personas, entendemos que cualquiera puede ser sujeto pasivo.

3.2 Conducta típica.

El análisis de la conducta típica del precepto en estudio nos sugiere algunas preguntas: ¿Cuándo habrá el delito de tráfico ilegal de personas y de inmigración clandestina? ¿Qué se incluye en las conductas promover, favorecer o facilitar?

Los referidos cuestionamientos no encuentran respuestas sencillas y tampoco rápidas y a que la conducta típica del artículo 318 bis del CP imprime una cierta complejidad dogmática puesto que es una de las tipificaciones más abiertas y abstractas del Código penal español⁵⁴⁶.

Así, pone de relieve Sainz-Cantero Caparrós⁵⁴⁷, que “ desde un punto de vista sistemático lo que primero se evidencia en la previsión legal es de una parte, la gran prolijidad de los términos en que el legislador considera relevante el fenómeno del tráfico ilegal de personas, lo que pone de manifiesto, sin duda, la especial exhaustividad que se pretende alcanzar en la intervención punitiva al respecto. Junto a ello, también llama la atención la heterogeneidad de las diversas circunstancias que, agrupadas en los distintos números, fundamentan los diversos niveles de agravación; y finalmente, el peculiar sistema sancionatorio que se ha utilizado en la previsión penológica de los diversos números”.

En efecto, el legislador propone una serie de términos que, de forma aislada, imprimen cierta laxitud a la descripción típica, pero que combinándolos,

⁵⁴⁶Vid, por todos, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op.Cit. pp. 797ss; PÉREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit. p. 394; GUARDIOLA LAGO, M. J. *El Tráfico de personas en el Derecho penal español*. Op.Cit. p. 261 ss. LOPEZ CERVILLA, J.M. *El extranjero como víctima*. Op.Cit. p.2663. CARMONA SALGADO, C. *La nueva regulación del tráfico de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003*. Op. Cit. p. 246; DAUNÍS RODRÍGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op.Cit. pp. 74ss.

⁵⁴⁷ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op.Cit. pp.78ss.

convierten la figura en una norma prácticamente inabarcable⁵⁴⁸.

Pues bien, la conducta típica del artículo 318 bis.1 CP está definida por *la promoción, el favorecimiento o la facilitación, directa o indirectamente del tráfico ilegal de personas o de la inmigración clandestina, desde, en tránsito o con destino a España o a otro país de la Unión Europea.*

El Legislador español en la última reforma realizada en este precepto por la LO 5/2010 de 22 de junio aunque haya tenido la oportunidad de restringir el ámbito de aplicación de la conducta típica, ha optado por mantener las imprecisiones técnicas de la redacción del tipo básico, Siendo así, el tipo básico del artículo 318 bis CP no sanciona a quien trafica, sino a quien promueve, facilita o favorece el tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina.

Desde estos planteamientos, la extensa conducta delictiva⁵⁴⁹ del supuesto en análisis nos estimula a valorar cuáles son las intervenciones que han de considerarse penalmente relevante⁵⁵⁰. Para ello, es necesario considerar las principales aportaciones doctrinales y jurisprudenciales⁵⁵¹ en lo que respecta al estudio de la tipicidad del artículo 318 bis del Código Penal.

⁵⁴⁸ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria.* Op.Cit. p.74.

⁵⁴⁹ LOPEZ CERVILLA, J. M. *El extranjero como víctima del delito.* Op. Cit., p. 2663.

⁵⁵⁰ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.* Op. Cit. p. menciona que sólo deberían ser relevantes aquellas aportaciones dirigidas, en el contexto de una actividad de traslado de personas, al favorecimiento o producción de las condiciones de privación de derechos que hacen ilegal al tráfico o traslado de personas.

⁵⁵¹ La jurisprudencia estudiada en este trabajo abarca las sentencias del Tribunal Supremo y de las de la Audiencias Provinciales referentes a esta materia, comprendidas en el período del año de 2007 a 2010.

3.2.1 Alcance de los verbos “promover, favorecer o facilitar”.

El *Diccionario de la Real Academia* entiende que promover consiste en iniciar o adelantar una cosa procurando su logro o tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo; favorecer, en ayudar o amparar a otro; apoyar un intento, empresa u opinión, y facilitar en hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin.

Son notables las dificultades que supone el diferenciar el contenido de cada uno de los tres verbos típicos que estamos analizando. En concreto, las diferencias entre favorecer y facilitar no son nada claras⁵⁵².

Para la doctrina científica mayoritaria⁵⁵³ la amplitud de los términos “*promover, favorecer o facilitar*” implica que queden comprendidos en él todos los posibles eslabones de la cadena de tráfico, esto es, cualquier comportamiento, principal o periférico, que suponga una mínima aportación al hecho del tráfico sería constitutivo de autoría cuando de otro modo, serían formas de participación. Así toda contribución al tráfico prestada durante el inicio o durante el desarrollo del ciclo migratorio se podría subsumir en la conducta típica. Tal amplitud descriptiva incluiría, equiparándolas las conductas de aquellos sujetos que intervengan, bien tomando la iniciativa (promover), bien ayudando o cooperando (favorecer o facilitar) en el tráfico, es decir,

⁵⁵² ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000*. Op. Cit., p. 919; Vid. DAUNIS RODRIGUEZ, A. “*El derecho penal como herramienta de la política migratoria*.” Op. Cit. p. 75 [...] esta técnica que propone un supuesto de hecho especialmente amplio mediante el uso de los citados verbos típicos, no es exclusiva del artículo 318 bis CP y se utiliza en otras figuras del CP, como el artículo 368 del CP.

⁵⁵³ Vid., GUARDIOLA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 381-382. En el mismo sentido vid. GARCÍA ESPAÑA, E. Y RODRIGUEZ CANDELA, J.L. *Delitos contra los derechos de los extranjeros*. Op. Cit., p. 742; LAURENZO COPELLO, P. *Ultimas reformas en el derecho penal de extranjeros*. Op. Cit., p. 32, quien observa que no parece meramente estilístico el añadido de los términos *directa* o *indirectamente* a la hora de describir las conductas básicas consistentes en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas. Parece, más bien, que por esta vía el legislador intenta asegurar la punición de todos “los eslabones de la cadena” del tráfico, desde la fase de reclutamiento en los países de origen hasta el apoyo posterior a la llegada del inmigrante a territorio español, sin descuidar cuantos comportamientos puedan facilitar, siquiera sea de modo indirecto, las operaciones de entrada o paso ilegal - falsificación de documentos, simulación de contratos de trabajo, préstamo de dinero para simular solvencia en el paso fronterizo, etc.

cualquier conducta que incentive o contribuya al tránsito ilegal de personas puede considerarse incluida en el tipo, por ejemplo: financiación de la operación, facilitación del medio de transporte, conducción del inmigrante, recepción en el país de destino, etc.⁵⁵⁴.

De lo anterior se desprende, por lo tanto, que la amplitud delictiva⁵⁵⁵ enmarcada por estos verbos abarca un rol de comportamientos cuya determinación de autor y partícipe se manifiesta confusa. Y en este sentido, compartimos la opinión de Cancio Meliá⁵⁵⁶ quien explica 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. En cuanto a las formas de participación, resulta francamente difícil establecer alguna diferencia cualitativa entre autores y partícipes, pues el verbo típico se caracteriza por ser sumamente abierto.*” Además, destaca el autor que la introducción de la expresión “*directa o indirectamente*” en el artículo 318 bis CP por la LO 11/2003 dificulta aún más la diferenciación, ya que, en todo caso, aunque se llegara a reconocer la existencia de partícipes respecto a la conducta de “*promover*”, “*favorecer*” o “*facilitar*”, siempre cabe entender que éstos realizan esa misma conducta al menos “*indirectamente*”. Da la impresión, por tanto, de que, en el artículo 318 bis 1 CP, el legislador, con la última reforma, ha optado

⁵⁵⁴ MARAVER GOMÉZ, M. Capítulo 15. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Memento Experto. Reforma Penal Ley Orgánica 5/2010. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010, p. 3222.

⁵⁵⁵ En sentido similar, vid., RODRIGUEZ MONTAÑES, T. *Ley de Extranjería y Derecho Penal*. Op.Cit., p. señala que “se configura, por tanto, un tipo amplísimo, dado que, en primer lugar, no se establece ninguna modalidad de conducta a través de la cual se haya de llevar a cabo el favorecimiento o promoción del tráfico ilegal de personas [...]; SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. “*Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*”. Op.Cit., p.13

⁵⁵⁶ Vid. ARANGUÉZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000*. Op. Cit., p. 922; PALOMO DEL ARCO, A. *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*. Op. Cit., p. 180; BARBER BURUSCO, S. En: Luzón Peña (Dir.), *Enciclopedia penal básica*. Op. Cit., pp. 450-452; RODRÍGUEZ MESA, M.J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op.Cit. p. 8. p. 210; DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., p.74.

por establecer un concepto unitario de autor⁵⁵⁷.

Lo cierto es que, conforme destaca la doctrina científica⁵⁵⁸, la extensión del significado de los verbos típicos convierte a estos delitos en tipos abiertos y amplísimos en donde, en principio, todo parece punible. Así, informa Pérez Cepeda⁵⁵⁹ que “*las conductas típicas podrían consistir desde la incitación a la inmigración clandestina mediante el ofrecimiento de empleo o colocación en el país de destino, el reclutamiento, intermediar y, crear ambiente o condiciones propicias hasta proporcionarles o facilitarles los medios necesarios para inmigrar a otro país*”.

En misma línea argumentativa, Pérez Alonso⁵⁶⁰ también señala que tales verbos típicos son los empleados normalmente para referirse a las conductas de participación. Por lo que la estructura típica de estos delitos parece responder a la incriminación expresa de actos de participación en el tráfico ilegal de personas y en la inmigración clandestina de personas.

Desde su perspectiva, García Arán⁵⁶¹, entiende que al incriminar expresamente actos propios de la participación criminal elevados a la categoría de autoría cabría plantearse de forma inmediata si, en realidad, se están

⁵⁵⁷ CANCIO MELIA, M./ MARAVE GOMEZ, M. *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Op. Cit., p. 22; Vid. PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 394 Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El nuevo delito de tráfico de personas*. Op. Cit., p. 15. Afirma que la nueva regulación da un paso más en la dirección hacia la plena criminalización de todo lo relacionado con los movimientos migratorios efectuados incumpliendo el régimen administrativo de entrada y permanencia de inmigrantes establecido por los Estados de destino, excepcionándose de las recomendaciones sobre incriminación de conductas en este ámbito contenidas en instrumentos internacionales, a pesar de las manifestaciones que al respecto contiene la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003. Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 377, quien destaca que los amplios términos promover, favorecer o facilitar, de forma directa o indirecta han conducido a la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia a afirmar que en materia de tráfico de personas se establece un concepto unitario de autor de forma que *ex lege* se considera que toda contribución causal en estos delitos adquiere la categoría de autoría.

⁵⁵⁸ PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit. p. 394

⁵⁵⁹ PEREZ CEPEDA, A.I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op. Cit., p. 196

⁵⁶⁰ PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 392

⁵⁶¹ GARCIA ARÁN, M. *Trata de personas y explotación sexual*. Op. Cit., p. 210

incriminando actos de participación en un hecho impune. Para esta autora “ sea cual sea el sentido de la expresión “promover, favorecer o facilitar” parece evidente que debe ser el mismo tanto para el tráfico ilegal como para la inmigración clandestina. E interpretar que se sancionan aquí actos de tráfico recayente sobre el inmigrante, obligaría a interpretar que se sanciona también actos de inmigración, lo que no tiene sentido, porque la inmigración clandestina es impune”⁵⁶²

Resulta interesante las matizaciones de Sainz-Cantero Caparrós⁵⁶³ quien explica que la amplitud de los comportamientos delictivos previstos en el artículo 318 bis CP podría suponer a que sean consideradas penalmente relevantes conductas pertenecientes a la pura fase ideativa del delito. Por ello, sostiene que las conductas previstas en el primer párrafo del artículo 318 bis CP son conductas de referencia y por lo tanto, sólo serán relevantes aquellas aportaciones que se dirijan en el contexto de una actividad de traslado de personas, al favorecimiento o producción de las condiciones de privación de derechos que hacen ilegal al tráfico o traslado de personas. Destaca aún que, desde una perspectiva estrictamente subjetiva, para que pueda producirse la imputación penal de esta conducta, será necesaria la concurrencia en el sujeto de la conciencia y la voluntad de las condiciones en que se realiza el tráfico.

En lo concerniente a la Fiscalía General del Estado, la Circular 2/2006⁵⁶⁴, subraya que se ha producido en este ámbito una expansión en cuanto a las conductas típicas y un endurecimiento de la respuesta penal y por ello, recomienda concretamente que: [...] “*los Sres. Fiscales deberán atemperar su actuación asumiendo líneas exegéticas orientadas al respeto de las garantías y principios del Derecho penal, en especial el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de culpabilidad y el principio de*

⁵⁶² PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p.392. Quién no comparte la idea de que estamos en presencia de actos punibles de participación en un hecho impune, al menos en el caso de la trata de personas, y a que los Protocolos de las Naciones Unidas solo declara la impunidad de la inmigración clandestina.

⁵⁶³ Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. cit., pp. 88 - 91.

⁵⁶⁴ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Circular 2/ 2006, de 27 de Julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, pp.87-88.

proporcionalidad, ajustando la entidad de las penas en función del hecho cometido”.

Con evidente claridad expositiva, el Tribunal Supremo⁵⁶⁵ delimita el significado de los verbos utilizados en la descripción típica. Concretamente, la STS núm. 1092/2007 de 27 de diciembre declara que *“la conducta se describe, por tanto, de forma progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitar, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podríamos decir que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica. Ahora bien, como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva, favorezca o facilite por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consume el delito; lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplir la previsión normativa, por lo que pueden incluirse conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc. Ello implica que sea irrelevante que los inmigrantes lleguen a acceder a la península o islas o no se concluya la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, por cuanto el delito se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, sin exigir que se consiga llegar clandestinamente a territorio español”.*

Así, las conductas subsiguientes 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, siempre que haya una conexión con la

⁵⁶⁵ Vid., STS núm. 788/2007 de 8 de octubre; STS núm. 554/2007 de 25 de junio; STS núm. 582/2007 de 21 de junio; STS núm. 561/2007 de 15 de junio;

entrada ilegal en España⁵⁶⁶.

Desde estos planteamientos, es evidente que la tutela penal de la política migratoria prevista en el artículo 318 bis se concretiza a través de una redacción típica excesivamente amplia y ambigua que contempla cualquier comportamiento que promueva o favorezca la inmigración clandestina, lo que además de conllevar a que los intereses de los ciudadanos extranjeros se difuminen en el protagonismo atribuido a la tutela de los intereses estatales, permite que las conductas realizadas con fines humanitarios sean punibles, aunque en la mayoría de los casos, se aplique el subtipo atenuado (artículo 318 bis.5)⁵⁶⁷. A parte de eso, las dificultades que suscitan la redacción típica revelan la imposibilidad de determinar con claridad los actos configurativos del *iter criminis*.

3.2.2 ¿Cuál el alcance de las expresiones “directa o indirectamente”?

Tras la reforma de 2003, la conducta típica del supuesto en estudio se ha visto extendida aún más por la inclusión de los adverbios directa o indirectamente, lo que nos lleva a cuestionar las intenciones del legislador ya que, prácticamente, cualquier ayuda a un extranjero en situación ilegal, puede ser considerada típica.

Los actos de promoción directa abarcan el hecho planificar, reclutar y transportar, ya que en tales acciones se observa un dominio pleno y efectivo del hecho, por otra parte, los actos de promoción indirecta, serían conductas de cooperación necesaria y podrían consistir, por ejemplo, en expedición de documentación falsa, finalizar contactos, ofrecer ayuda financiera entre otros.

⁵⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, M. Delitos contra los Derechos de los ciudadanos Extranjeros, Comentarios al Código penal. Reforma 5/2010. Op. Cit., p. 711

⁵⁶⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA COLLADO, M., *et al.*, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*. Op.Cit., pp. 254 ss.

Ante tal situación, señala Sánchez García De La Paz ⁵⁶⁸ que las expresiones “ *directa e indirectamente*”, revelan la intención de captar toda contribución aun mínima a la compleja cadena en que se desgrana el hecho del tráfico.

El Tribunal Supremo en este ámbito se ha pronunciado en la ST S núm. 302/2007 de 3 de abril “ *Tales conductas pueden ser cometidas, directa o indirectamente, lo que extiende considerablemente el tipo penal, de modo que cualquier acto de contribución (indirecta) a la conducta delictiva, consume las exigencias típicas del precepto, lo que nos conduce a una drástica reducción de las formas imperfectas de ejecución. Y la estructura del precepto abarca, como en los delitos contra la salud pública, las acciones que promuevan, favorezcan o faciliten el núcleo del tipo, es decir, cualquier acto de tendencia, ayuda o apoyo hacia ese objetivo. De ahí que este delito, es un ilícito de riesgo abstracto y de consumación anticipada. Basta, pues, con la mera promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina de trabajadores extranjeros para su consumación, no siendo, por tanto, necesario que concorra un engaño ni que se haga lucrativamente (éste integra un subtipo agravado), por lo que tampoco es preciso que se cause ningún perjuicio a los trabajadores afectados, quienes, desde su personal óptica y teniendo en cuenta la economía de los países de que proceden, pueden incluso creer que resultan beneficiados por la inmigración. Y no se requiere que se trate de «trabajadores», sino de personas. Como dice la jurisprudencia de esta Sala, cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio, y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está incluida en la conducta típica básica”.*

Merece mención aún las aportaciones de García Arán ⁵⁶⁹ quien observa que las conductas típicas directas son compatibles con los requisitos generales de la participación punible, sin embargo, algunas dificultades se

⁵⁶⁸ SANCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, I. Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit., p. 824.

⁵⁶⁹ GARCÍA ARÁN, M. *Trata de personas y explotación sexual*. Op. Cit., pp. 220-221

presentan en las conductas indirectas. Según la autora el carácter indirecto de la participación puede estar acogiendo la participación en cadena, existente cuando se participa en otro acto que a su vez es de participación en el hecho definido: se incita a otro para que incite o se ayuda a quien, a su vez, ayuda. Y advierte que esta anómala extensión de participación punible, debe compensarse con la exigencia de que la cadena sea conocida en todos sus eslabones, estableciéndose la entidad concreta y objetiva de cada acto de participación.

En la apreciación crítica de Queralt Jiménez ⁵⁷⁰ el concepto de indirectamente es tan amplio que incluso se puede imputar a la contribución a la imagen de riqueza y prosperidad, como también cabe hacerlo la torpeza de las autoridades a la hora de encauzar la inmigración. Expresa el referido autor en sus palabras expresa que “*estas pretendidas cláusulas de cierre a las que el legislador propende de modo patológico no son más que una muestra de una legislación endémicamente simbólicas*”.

Por otro lado, Daunís Rodríguez ⁵⁷¹, expone que la utilización de estos términos viene a justificarse desde un punto de vista criminológico, ya que, los grupos organizados dedicados al tráfico ilegal de personas están configurados por múltiples sujetos que desarrollan diversas labores.

No obstante, según opinión de Muñoz Conde ⁵⁷², la cual compartimos, “*es innecesario añadir la expresión “directa o indirectamente”, pues con ello se convierten en delito consumado y en conductas de autoría, actos preparatorios impunes, tales como, empezar el transporte a España de*

⁵⁷⁰ QUERALT JIMENEZ, J.J. *Derecho penal español. Parte especial*. Atelier. Barcelona, 2011, p. 875.

⁵⁷¹ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit. p. 76. El autor detalla la intervención de los sponsors, que financian y organizan la operación en su conjunto; los captadores, que se encuentran en el país de origen y se encargan de reclutar a los inmigrantes y/o conectar a éstos con la organización; los pasadores, que introducen al emigrante en el país de origen, bien instruyéndoles como actuar durante el trayecto, e especialmente al cruzar la frontera, o bien dirigiéndolos a los mismos la operación de pasaje; y los falsificadores, que se dedican a confeccionar los documentos acreditativos de la identidad falsa de extranjero.

⁵⁷² MUÑOZ CONDE, F. J. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 18ª ed., 2010, p. 365.

un grupo de emigrantes clandestinos, o incluso comprar una patera o contratar a las personas que deben manejarla". El autor señala que de este modo no caben ni la tentativa, ni la complicidad.

En efecto, teniendo en cuenta lo expuesto, la incorporación de las referidas expresiones confirma el interés del legislador en asegurar la incriminaciones de cualquier conducta relacionada con el tráfico ilícito de migrantes, es decir, la punición pretende abarcar a todos "los eslabones de la cadena", desde la fase de reclutamiento en los países de origen hasta el apoyo posterior a la llegada del inmigrante a territorio español, sin descuidar cuantos comportamientos puedan facilitar, si quiera sea de modo indirecto, las operaciones de entrada o paso ilegal –falsificación de documentos, simulación de contratos de trabajo, préstamo de dinero para simular solvencia en el paso fronterizo⁵⁷³.

Importa aún destacar los supuestos de traslados desde Ceuta o Melilla a la península. Sostiene la jurisprudencia que tales supuestos pueden encuadrarse como conductas típicas del artículo 318 bis CP.

Por otra parte, la doctrina manifiesta la existencia de un régimen especial para el caso de estas dos ciudades del norte africano. En este sentido, expresa Rodríguez Mesa que "*aunque el sujeto activo no haya intervenido en la entrada de los ciudadanos extranjeros hasta estas ciudades, si su comportamiento colabora a que los inmigrantes consigan traspasar los controles de personas que existen entre estas ciudades y el resto del territorio nacional, encajará en el tipo del artículo 318 bis del CP*", todo ello teniendo en cuenta que la reforma prescrita por la LO 14/2003 de la ley de extranjería extiende las sanciones a los transportistas en los supuestos de que el transporte se efectúe desde Ceuta o Melilla hasta cualquier otro punto del territorio español.

⁵⁷³ LAURENZO COPELLO, P. *Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión*. Op. Cit., p. 32.

3.2.3. Tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina. Criterios de restricción de los elementos normativos.

Aunque ya hemos tratado de la definición conceptual de los elementos esenciales del precepto en estudio, es decir, el tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina, nos parece importante profundizar la distinción de los referidos términos desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial, puesto que tales elementos normativos integran el núcleo del tipo y una vez que el legislador los ha equiparado, otorgando al tipo una amplitud delictiva, es necesario una criteriosa interpretación que otorgue parámetros para delimitar el alcance de la tipicidad del injusto del artículo 318 bis CP.

En verdad, la imperfección técnica legal del artículo 318 bis CP no favorece a una interpretación *de lege lata* que permita efectuar una distinción entre ambos conceptos, aunque la inclusión de la inmigración clandestina en el tipo atiende, según la expresión de motivos de la ley de la reforma a la necesidad de adaptar la legislación española a los instrumentos internacionales y europeos que refieren a las materias en cuestión.

No obstante, lo cierto es que desde la introducción en el Código penal a través de la LO 4/2000, los conceptos de tráfico ilegal e inmigración clandestina suscitan discrepancias, sobre todo, tras la reforma de 2003 que añadió al tipo el término inmigración clandestina. De hecho, su incorporación en el tipo penal no solo dificultaba aún más la delimitación del ámbito punitivo, sino que condicionaba la persecución del delito de trata de personas, previsto en el extinto apartado 2 del artículo 318 bis, al carácter ilegal del evento migratorio. Creemos que dicha complejidad ha sido resuelta por la LO 5/2010 que tipifica la trata de personas como un delito autónomo.

Ahora bien, como expusimos con anterioridad, parte significativa de

la doctrina científica equipara dichos conceptos ⁵⁷⁴, no obstante, los últimos estudios sobre el tema, así como una línea jurisprudencial reciente señalan la necesidad de diferenciar dichos vocablos.

En esta perspectiva, la STS núm . 302/2007, de 3 de abril, pronuncia que *“ tráfico ilegal e inmigración clandestina, no son conceptos equivalentes, como se comprueba con la simple lectura del precepto penal que distingue ambos modos de comisión en la descripción del tipo objetivo, máxime aunados con la copulativa “o”. Y tampoco lo son en su misma significación jurídica, pues por tráfico hemos de entender no (simplemente) “tránsito de personas”, sino comercio o aprovechamiento de cualquier clase, ordinariamente con el objeto de obtener un lucro personal o económico, debiendo este ser ilegal, esto es, contraviniendo la normativa administrativa de fronteras, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo. Mientras que por inmigración clandestina hemos de entender cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa”*.

Es cierto que el tipo que nos ocupa ha sido reformado recientemente por la LO 5/2010 de 22 de junio que entró en vigor a finales del año 2010. Con todo, en lo que respecta a la conducta típica, las controversias y dificultades que sugiere la interpretación del tipo, lamentablemente, aún se mantienen.

Por tanto, trataremos de verificar los criterios elaborados por la doctrina y jurisprudencia para restringir la excesiva intervención penal en este material.

De hecho, la doctrina y jurisprudencia se han esforzado en precisar criterios para restringir el tipo, con todo, aún no son pacíficos pues son diversos

⁵⁷⁴ Vid. SERRANO PIEDECASAS, J. R. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op.Cit. p. 334; GARCÍA ESPAÑA, E. Y RODRIGUEZ CÁNDOLA, J. L. Delitos contra los Derechos de los Extranjeros. Op. Cit., p.732. GUARDIOLA LAGO, M. J. El tráfico de personas en el derecho penal español. Op. Cit., p. 301, para esta autora si la voluntad del legislador hubiera sido la tipificación de dos realidades diversas debería haberse regulado en dos preceptos distintos tal y como se establece en la normativa supranacional de cada país. MARTINEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*. Op. Cit., p. 148. ABARCA JUNCO, A. P., et al. *Inmigración y extranjería. Régimen Jurídico básico*. 4ed. Colex, Madrid, 2010, pp. 367-371.

los factores que inciden en los movimientos migratorios, tales como el papel de la víctima en el traslado, ilegalidad o clandestinidad del tráfico, entre otros.

En lo que concierne al papel de la víctima, parte de la doctrina⁵⁷⁵ sostiene que si ésta tiene o asume el dominio del hecho en el traslado; habría inmigración clandestina; por el contrario, si el dominio del hecho lo tiene un tercero, la víctima sería objeto de la acción y, por ello, habría trata de personas.

Otros criterios como la intermediación⁵⁷⁶ y grados de organización en el traslado⁵⁷⁷, la habitualidad del tráfico⁵⁷⁸, el ánimo de lucro⁵⁷⁹ e, incluso la situación de necesidad o de la vulnerabilidad en que se encuentra la víctima⁵⁸⁰, son valoraciones en que se apoya la doctrina y jurisprudencia para delimitar el alcance del tipo⁵⁸¹.

⁵⁷⁵ PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit. pp. 257 ss.

⁵⁷⁶ Vid. CONDE PUMPIDO TOURÓN, C. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. CGPJ. Op. Cit., p. 303. Sobre la intermediación considera el autor que el tráfico requiere el desplazamiento espacial de personas donde intervenga un intermediario.

⁵⁷⁷ Vid. ALVAREZ ALVAREZ, G. La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal. Op. Cit., p. 356. El autor sostiene que el tráfico debe responder a un plan o a la ordenación de medios destinados a burlar las normas legales reguladoras de la inmigración y, por consiguiente, debe tratarse de una actividad organizada, por rudimentaria y esporádica que sea. PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Op. Cit., p. 32.

⁵⁷⁸ Vid. LOPEZ CERVILLA, J. M. *El extranjero como víctima del delito*. Op. Cit., p. Quien observa que exigir la prueba de la habitualidad convertiría el tipo en inaplicable por los Tribunales salvo supuestos muy excepcionales. De la misma opinión DE LEÓN VILLALBA, F. J. *Tráfico de Personas e Inmigración Ilegal*. Op. Cit. p. "Si ya de por sí resulta difícil probar la existencia de conductas de coacción, violencia intimidación, etc. dirigidas a doblegar la conducta de las personas trasladadas, probar la habitualidad de tales hechos supondría en muchos casos la total pérdida de efectividad preventiva del precepto por su falta de aplicación en nuestros tribunales, lo que socavaría la protección que pretende ofrecer a sus víctimas.

⁵⁷⁹ Vid. GARCIA ÁVAREZ, P Y DEL CA PRIO DELGADO, J. *Los delitos relativos al régimen de extranjería*. Op. Cit., p. 391, opinan que aunque el ánimo de lucro constituya una agravante, debe exigirse en el tipo básico del artículo 318 bis CP.

⁵⁸⁰ Vid. GARCÍA ARAN, M. *Trata de personas y explotación sexual*. Op. Cit., p. 218, para quien la esencia de este delito no está en la ilegalidad formal del traspaso de frontera, sino en la situación de vulnerabilidad que conlleva, es su caso dicha ilegalidad.

⁵⁸¹ Vid. RODRIGUEZ MONTAÑES, T. *La ley de extranjería y el derecho penal*. Op. Cit., p. 4. Para la autora, tales restricciones serían deseables y el legislador debería haberlas introducido en la red acción típica. Pero como no ha sido así, su exigencia es dudosa y sería fácilmente rebatible, pues la labor interpretativa en materia penal no puede ir tan lejos que lleve a la creación libre de derecho. Los defectos de técnica legislativa han de ser subsanados por el legislador, por imperativo del principio de legalidad estricta.

En lo que respecta a la ilegalidad del tráfico y a la clandestinidad de la inmigración, es necesario observar, ante cualquier aportación, que el precepto en estudio es una norma penal en blanco⁵⁸² que requiere su integración con la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, por la LO 14/2003, de 20 de noviembre y por la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

En efecto, el artículo 25 de la Ley Extranjería⁵⁸³ dispone los requisitos para la entrada en territorio español. Una de las exigencias de la citada normativa, por ejemplo, es presentar los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes.

Siendo así, los vocablos ilegalidad y clandestinidad suscitan

⁵⁸² En este sentido, MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial. Op. Cit., p. 358. DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op.Cit. p. 83. En contra, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op.Cit., pp. 81-87, para quien la ilegalidad del tráfico no se refiere a la infracción de la normativa administrativa sobre entrada, permanencia y salida, si no a la realización del traslado en términos tales de poder afectar a los derechos de los ciudadanos extranjeros, teniendo en cuenta la rúbrica.

⁵⁸³ Artículo 25. *Requisitos para la entrada en territorio español*. 1. *El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.* (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000) 2. *Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso.* (Redactado conforme a la Ley Orgánica 14/2003) 3. *Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.* 4. *Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrar al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.* 5. *La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.* (Añadido por la Ley Orgánica 2/2009)

interesantes abordajes. En efecto, un sector doctrinal⁵⁸⁴ ha propuesto diferenciar dichos elementos normativos, atribuyendo una mayor amplitud a la ilegalidad. No obstante, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyo entendimiento compartimos, equipara a los referidos adjetivos. De esta forma, el concepto de ilegalidad y de clandestinidad abarca tanto los casos en que la inmigración se verifica al margen de la normativa administrativa que regula la entrada de extranjeros en España como también la fraudulenta, es decir, la que se realiza cuando se utilizan formulas autorizadas de ingreso transitorio en el país con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones⁵⁸⁵.

En este sentido, el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 152/2007 de 8 de abril declara que " *La clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del 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. Así, en cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera*

⁵⁸⁴ GARCIA ARÁN. M. *Trata de personas y explotación sexual*. Op.Cit., pp. 218-219. El traspaso de fronteras es ilegal cuando se realiza con la infracción de cualquiera de las normas que disciplinan dicho tránsito, tanto si se lleva a cabo a través de los puestos fronterizos habilitados al efecto como fuera de ellos. En cambio la clandestinidad de la inmigración apunta a una determinada forma de ilegalidad, la segunda, que consiste en transpasar la frontera sin probabilidad de conocimiento por las autoridades españolas, es to es, fuera de los puestos fronterizos habilitados, o bien por ellos pero de forma oculta. Vid. MAYORDOMO RODRIGO, V. *El Delito de Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*. Op.Cit. P. 103.

*identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.)*⁵⁸⁶”.

La circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado⁵⁸⁷ propone como criterio la valoración de la inmediatez espacio-temporal de la entrada. Sostienen que habrá tipicidad en el traslado del emigrante aunque no haya connivencia con quien ha facilitado la entrada en España, desde el punto de desembarco en la costa española hasta otros puntos seguros, desde de que haya conciencia de la condición de emigrante clandestino de la persona transportada y que sea manifiesta la voluntad de ejecutar la acción prohibida. *“Para ello, habrá de exigirse desde un punto de vista temporal la inmediatez de la entrada de los inmigrantes en España, desde un punto de vista espacial que el lugar de origen del traslado sea un lugar cercano a la zona de llegada y desde un punto de vista funcional que el extranjero haya permanecido en una situación de clandestinidad sin haber tenido la posibilidad de asentarse siquiera de forma provisional en nuestro país”*.

En los supuestos de ilegalidad sobrevenida, el Tribunal Supremo⁵⁸⁸ se ha pronunciado ante las siguientes situaciones: *estancia legal que*

⁵⁸⁶ Vid. SSTS 182/2009 de 13 de febrero; 399/2009 de 11 de abril; SSTS 380/2007 de 10 de mayo; SSTS 605/2007 de 26 de junio: *Esa doctrina ha entendido que es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (artículo 25 y ss LE). En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.); SSTS 746/2007 de 27 de septiembre;*

⁵⁸⁷ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/ 2006, de 27 de Julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, p.7.

⁵⁸⁸ Vid. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2 del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2005, estableció, en relación con el art. 313. 1 CP que “el facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina”. Vid. SSTS 605/2007 de 26 de junio ; SSTS 746/2007 de 17 de septiembre.

sobreviene ilegal y la entrada ilegal. Siendo así, de una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa. Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigirá de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

De este modo, tal como considera la STS núm. 15/2008⁵⁸⁹ de 8 de abril por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es sólo el clandestino sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

Especialmente clarificadora, cuanto a la distinción entre tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina, resulta la STS núm. 302/2007 de 3 abril en la que se aclara que [...] *“tráfico ilegal e inmigración clandestina, no son conceptos equivalentes, como se comprueba con la simple lectura del precepto penal que distingue ambos modos de comisión en la descripción del tipo objetivo, máxime anudados con la copulativa «o».* Y tampoco lo son en su misma significación jurídica, pues por tráfico hemos de entender no (simplemente) «tránsito» de personas, sino comercio o aprovechamiento de cualquier clase, ordinariamente con objeto de obtener un lucro, personal o económico, debiendo ser éste ilegal, esto es, contraviniendo la normativa administrativa de fronteras, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo. Mientras que por inmigración clandestina hemos de entender cualquier burla,

⁵⁸⁹ Vid., en sentido similar: STS núm. 2605/2007 de 26 de junio; 26/6/2007; STS núm. 746/2007 de 17 de septiembre.

más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa”.

Parte de la doctrina comparte los argumentos del Tribunal Supremo. En este sentido, García Aran ⁵⁹⁰ señala que la ilegalidad, siendo posterior a la entrada, es el instrumento dispuesto para alcanzar los fines de explotación y proporciona la suficiente base a la afectación a derechos característica de este tipo penal.

Por otro lado, en los supuestos de entrada ostensible y visible, es decir, cuando la entrada en España se realiza sin la documentación a través del control fronterizo de forma abierta y ostensible, entiende el Tribunal Supremo que esta conducta resulta absolutamente inocua e incluso ingenua ya que cualquier persona que sea visible en su automóvil va a ser requerida para que muestre los documentos identificativos necesarios para realizar el viaje, por lo tanto, no hay inmigración clandestina en estos casos.

3.2.4 “Desde en tránsito o con destino a España o a cualquier otro país de la Unión Europea”.

Es innegable que la política migratoria de la Unión Europea tiene como uno de los objetivos prioritarios el control de fronteras exteriores, sobre todo, tras la firma del Acuerdo Schengen ⁵⁹¹. Siendo así, el legislador español

⁵⁹⁰ GARCIA ARÁN, M. Trata de personas y explotación sexual. Op. Cit., pp. 219-220 Vid., en sentido similar: MARTINEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*. Op.Cit., p.153, PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 61

⁵⁹¹ El espacio y la cooperación Schengen se basan en el Tratado Schengen de 1985. El espacio Schengen representa un territorio donde está garantizada la libre circulación de las personas. Los Estados que firmaron el Tratado han suprimido todas las fronteras interiores y en su lugar han establecido una única frontera exterior. Dentro de esta se aplican procedimientos y normas comunes en lo referente a los visados para estancias cortas, las solicitudes de asilo y los controles fronterizos. Al mismo tiempo, se han intensificado la cooperación y la coordinación entre los servicios policiales y las autoridades judiciales para garantizar la seguridad dentro del espacio Schengen. La cooperación Schengen se integró en el Derecho de la Unión Europea por el Tratado de Ámsterdam en 1997. No obstante, todos los países que participan en la

atento a la transnacionalidad de los delitos implicados en el precepto en estudio, ha criminalizado el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España o a cualquier otro país de la Unión Europea.

De lo anterior se desprende, por lo tanto, que la necesidad de reforzar el control migratorio, ha motivado al legislador español en la reforma realizada en esta materia por la LO 13/2007 de 19 de noviembre a incorporar a la tipicidad del precepto en estudio, el traslado o cruce hacia los demás países de la Unión Europea⁵⁹².

Dicha reforma también atiende a la finalidad de sancionar las operaciones de tráfico que son detectadas en mar territorial, que tengan como destino España u otros países de la Unión Europea. Por ello se ha añadido a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 23.4.f LOPJ, el tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina.

De este modo, la referida LO 13/2007, de 19 de noviembre, no sólo modifica el texto del artículo 318 bis CP, sino que también reforma el artículo 23.4 de la LOPJ, añadiendo un apartado a dicho precepto que atribuye competencia a los tribunales españoles para conocer y perseguir los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas aunque fueran cometidos

cooperación Schengen no son miembros del espacio Schengen, bien porque no deseaban suprimir los controles en sus fronteras, bien porque no reúnen todavía las condiciones requeridas para aplicar el acervo Schengen. El 14 de junio de 1985 se firmó, pues, el primer acuerdo entre los cinco países fundadores. Se elaboró un Convenio, que se firmó el 19 de junio de 1990. Desde su entrada en vigor en 1995, éste ha permitido suprimir los controles en las fronteras interiores entre los Estados signatarios y crear una única frontera exterior donde se efectúan los controles de entrada en el espacio Schengen con arreglo a procedimientos idénticos. Por otra parte, se han adoptado algunas normas comunes en materia de visado, derecho de asilo y control en las fronteras externas con el fin de permitir la libre circulación de personas en los países signatarios sin perturbar el orden público. Desde esa perspectiva, con objeto de conciliar libertad y seguridad, esta libre circulación se acompañó de medidas llamadas «compensatorias». Se trataba de mejorar la cooperación y la coordinación entre los servicios de policía y las autoridades judiciales para proteger la seguridad interior de los Estados miembros y, en particular, para luchar contra la delincuencia organizada. Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33020_es.htm

⁵⁹² Durante la tramitación parlamentaria de la LO 13/2007, el grupo Parlamentario Socialista del Congreso propuso la inclusión en el apartado 1 del artículo 318 bis CP “con destino a otro país de la Unión Europea, propuesta que fue aceptada ya que se trataba de ajustar el contenido de este precepto a lo que se iba a modificar en el artículo 23.4 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

fuera de España y por extranjeros, cumpliendo con las obligaciones asumidas por el Estado Español al firmar el Protocolo de 15 de noviembre de 2000, 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, ratificado por España. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2007, declara que su finalidad es posibilitar la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

Para Guardiola Lago⁵⁹³ la expresión “desde” España podría hacer referencia a aquellos casos en los que un ciudadano extranjero accede a España de forma legal y una vez finalizado el período de tiempo en el que su presencia el territorio español se considera regular, pretende desplazarse a otro Estado miembro de la Unión Europea.

Desde nuestra óptica, la expresión desde sugiere situaciones en que el extranjero que ya se encuentra establecido en España, pretenda promover o favorecer la entrada o establecimiento ilegal en otro Estado de la Unión Europea, de quienes, sin ser ciudadanos comunitarios, no son nacionales del mismo o carecen del derecho a residir en él⁵⁹⁴.

Por otra parte, la expresión en “tránsito” va referida a la entrada a España de personas procedentes de otro país con la intención de atravesar el territorio español teniendo como destino final un tercer país. Un sector de la doctrina científica⁵⁹⁵ sostiene que el concepto en tránsito hace referencia a tres

⁵⁹³ Estos casos se han tipificado también como delito en otras normas penales de Estados de la Unión Europea con otra redacción en la que no existe lugar a dudas sobre su interpretación.

⁵⁹⁴ Advierte PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 17 que [...] la preparación de salida no está pensada precisamente para la inmigración clandestina, pues supone toma como punto de partida del desplazamiento de personas el Estado Español, justamente lo contrario de lo que permite el significado del verbo inmigrar. La salida de desde España hay que interpretarla como emigración y no como inmigración. Así, entiende que las salidas ilegales desde España hay que referirlas únicamente al delito de trata de personas. Vid. GARCIA ARAN, M. *Trata de personas y explotación sexual*. Op. Cit., p. 225.

⁵⁹⁵ Vid., RODRIGUEZ MESA, M. J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. p. 66; GARCIA ESPAÑA, E Y RODRIGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los Derechos de los Extranjeros*. Op. Cit., p. 741; MARTINEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*. Op. Cit., pp. 157s; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Sobre la actual*

países, el de procedencia, España como país intermedio, y un tercer país al que se pretende llegar. Otros doctrinadores ⁵⁹⁶ entienden que dicha expresión no hace referencia a ningún elemento transfronterizo y comprende los traslados por el interior del territorio nacional sin necesidad de pretender dirigirse a otro país ⁵⁹⁷.

En las consideraciones de Rodríguez Mesa ⁵⁹⁸ el legislador, además de emplear una técnica de redacción confusa, no ha estado muy afortunado al incluir entre los supuestos típicos de tráfico ilegal los relativos al tránsito. Y ello porque, tal y como aceptan pacíficamente la jurisprudencia y la doctrina respecto del artículo 313.1.º, el tráfico ilegal con destino a España se produce tanto si la entrada ilegal en territorio español se lleva a cabo con la finalidad de permanecer en el mismo, como si es para dirigirse posteriormente al país en el que el extranjero piensa instalarse.

Nos parece, por lo tanto, pertinente la opinión de DAUNIS

configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op.Cit. p. 800; PEREZ ALONSO, J. E. Tráfico de personas e inmigración clandestina. Op. Cit., p. 419.

⁵⁹⁶ PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.* Op.Cit., p. 61.

⁵⁹⁷ LOPEZ CERVILLA, J. M. *El extranjero como víctima del delito.* Op. Cit., p. 2674. Destaca aún que cualquier traslado de emigrantes que se encuentren en situación irregular por el interior del territorio nacional no puede considerarse constitutivo de delito interpretando de una forma amplia el concepto de tráfico de personas *en tránsito*. Con una interpretación así, se podría llegar al absurdo de criminalizar conductas como trasladar a otra ciudad a un emigrante irregular que lleve años residiendo en España. Se hace preciso pues establecer algún criterio restrictivo y este ha de venir dado por la necesidad de que el traslado de la persona entre dos puntos del territorio español favorezca o facilite el tráfico ilegal de personas. Creo que hay que diferenciar dos situaciones: una primera en la que el extranjero ha entrado recientemente de forma irregular en nuestro país (dos días en la sentencia citada del Tribunal Supremo) y aún se mantiene o culta en un lugar próximo al de llegada (generalmente en las playas o bosques cercanos) y no ha conseguido llegar a ninguna población o si lo logrado es para mantenerse escondido porque si es detectado podría procederse a su repatriación inmediata. En este caso, la conducta consistente en trasladar al emigrante desde aquel lugar hasta otra ciudad en la que podrá asentarse o al menos pasar desapercibido, parece claro que facilita el tráfico ilegal de personas. Otro caso muy distinto es el del extranjero que se encuentra ya en nuestro país de forma irregular pero sin ocultación ninguna, en el que facilitar su traslado de una ciudad a otra no debe estimarse tipificado en el 318 bis del CP.

⁵⁹⁸ También consideran que la expresión tránsito implica la existencia de tres países, RODRÍGUEZ MONTAÑE S, T. *Ley de extranjería y de derecho penal.* Op. Cit., p. ; PÉREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal.* Op. Cit., p.; DE LEÓN VILLA LVA, F. J. *Tráfico de Personas e Inmigración Ilegal.* Op. Cit., p. ; GARCÍA ESPAÑA, E. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. *Op. Cit.*

RODRÍGUEZ⁵⁹⁹, quien destaca que es necesario observar en qué momento se produjo el tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina, para corroborar la existencia de una relación entre la inicial entrada ilegal del extranjero y el actual tránsito por el territorio español. De esta forma, para sancionar el simple traslado de extranjeros por el territorio nacional deberá probarse la existencia de un acuerdo previo o connivencia entre el migrante o quienes promovieron la entrada ilegal de éste y el tercero que facilita el tránsito. Este es el *modus operandi* que se observa en el primer supuesto de tránsito que castigan los Tribunales españoles.

Para este autor, el proyecto migratorio finaliza con éxito cuando el migrante haya accedido al territorio español, siendo improbable su inminente detención por las autoridades policiales. Por tanto, opina que podrán subsumirse dentro del artículo 318 bis CP aquellas conductas de apoyo al extranjero dentro del territorio nacional que sean necesarias para la consecución definitiva de la inmigración ilegal.

En efecto, para considerar típica la promoción del tránsito por el territorio español, este debe formar parte del proceso migratorio que supuso la entrada del extranjero en el país y estar plenamente conectado con el cruce ilegal de fronteras, siendo necesaria la verificación de algunos elementos immanentes a la entrada irregular: a) que el punto de partida del traslado sea un lugar cercano a la zona de llegada, b) que el extranjero acabe de llegar al país (máximo 48 horas) y c) que no está asentado en el mismo⁶⁰⁰.

La interpretación más acertada consiste en considerar que el precepto se refiere a cualquier traslado y en la dirección que sea, esto es, tanto aquel que tiene como fin la llegada al territorio español y aquel en que la

⁵⁹⁹ DAUNIS RODRIGUEZ, A. El derecho penal como instrumento de la política migratoria. Op. Cit., p. 86.

⁶⁰⁰ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit. p. 88 E LOPEZ CERVILLA, J. M. "El extranjero como víctima del delito". Op. Cit., p. 2673

estancia en territorio español constituya parte del traslado más amplio⁶⁰¹.

El marco territorial que alude el precepto no es más que una consecuencia del artículo 23 LOPJ, encargado de delimitar la jurisdicción de los Tribunales españoles en caso de interceptación de cayucos en aguas territoriales⁶⁰².

3.3. Causas de agravación de la conducta básica.

Las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 318 bis CP son múltiples y diversas, abarcando el ánimo con que se realiza la acción, los medios empleados, los riesgos que produce, las cualidades del sujeto pasivo y del sujeto activo. La reforma realizada por la LO 5/2010 de 22 de junio ha producido un importante cambio en lo que concierne a las agravantes del delito en estudio, concretamente dispone⁶⁰³: *Se suprime el apartado 2, se reenumeran los apartados 3, 4, 5 y 6, que pasan a ser 2, 3, 4 y 5, y se modifican los resultantes apartados 2 y 4 del artículo 318 bis, que quedan redactados como sigue:*

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.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en

⁶⁰¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*. Op. Cit., p. 1132

⁶⁰² CO RCOY BIDASOLO, M. *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos Extranjeros, Comentarios al Código penal*. Reforma 5/2010. Op. Cit., P. 712

⁶⁰³ Vid. SERRANO GOMEZ, A/ SERRANO MAÍLLA, A. *Derecho penal -parte especial*. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 662-666

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 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 quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Es cierto que la eliminación del párrafo 2 que establecía la circunstancia por fines de explotación sexual, tal como ya hemos mencionado, atiende a los compromisos supranacionales que determinan la distinción entre tráfico ilegal de personas y trata de personas, además, disminuye algunos conflictos interpretativos, por lo que es loable la acción legislativa, sin embargo, aunque haya sido una alteración significativa, todavía no ha resuelto las deficiencias de técnica legislativa ni de contenido material que aún se manifiestan en referidos tipos agravados.

En este sentido, empezaremos el análisis de las circunstancias agravantes por el apartado 3 que tras la reforma por la LO 5/2010 ha sido reenumerado para el núm. 2 cuya redacción determina que la conducta típica del tráfico ilegal de persona continua agravada con la pena en su mitad superior siempre que se realice 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. Con todo, caso haya víctima menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

Según sostiene parte de la doctrina científica ⁶⁰⁴ el actual apartado 2 del artículo 318 bis CP vulnera el principio de proporcionalidad pues, como observa Sánchez García de la Paz ⁶⁰⁵ *“se trata de una cláusula que incorrectamente establece un marco penal agravado común para supuestos de diferente gravedad, vulnerando el principio de proporcionalidad, como lo son los de la concurrencia de ánimo de lucro o el abuso de situación de vulnerabilidad y los que conllevan una lesión de la libertad, o una puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad personal. Por otra parte, esta cláusula agravatoria suscita un segundo reparo desde un punto de vista técnico, y es que al reunir dentro de sí supuestos heterogéneos impide que éstos funcionen como agravantes cumulativas, más allá del margen que el marco penal común deja a la individualización judicial (muy escaso, ya que se reduce a la mitad superior del marco penal del tipo básico). Resulta desigual equiparar, por ejemplo, el tráfico con ánimo de lucro con el tráfico realizado con violencia o con el tráfico efectuado con ánimo de lucro y con violencia. O el tráfico de menores con el tráfico de menores que a la vez está movido por ánimo de lucro y pone en peligro su vida”*.

Por su parte, la Circular 2/ 2006 de la Fiscalía General del Estado dispone que cuando respecto de un mismo hecho concurren dos o más agravaciones previstas en el artículo 318.3 bis CP, el tipo cualificado se integrará con cualquiera de las concurrentes, pudiéndose dar operatividad a las restantes a la hora de la determinación concreta de la pena dentro de los

⁶⁰⁴ Vid. SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. “Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Op. Cit. p. 12 TORRES FERNANDEZ, M. E. El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal. Op.Cit., p. 12.

⁶⁰⁵ SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. “ Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Op. Cit. p. 12. GARCÍA ARÁN, M., y otros, *“Los tipos acogedores...”*, op.cit., pp. 233 ss, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos contra los derechos...*, op.cit., p. 104; del mismo *“Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”*, en CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B., /MORILLAS CUEVAS, L., /ORTS B ERENGUER, E., /QUINT ANAR DIEZ, M., *Estudios penales en Homenaje al Profesor Manuel Cobo del Rosal*, Op. Cit., pps. 795 ss.; CANCIO MELIÁ, M., /MARAVÉ GÓMEZ, M., *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*, op.cit., p. 378; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *“Delitos contra los derechos...”*, op.cit., p. 1130; MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal...*, op.cit., p. 157, cuando afirman que es impugnabile el de sorden sistematico que se produce entre los subtipos agravados, ya que tras las sucesivas reformas se unifican cuestiones que tienen diversa naturaleza, lo que conduce a la indistinción de la concurrencia de una o varias de estas, salvo en el momento de la individualización judicial de la pena.

márgenes legales.

3.3.1 El ánimo de lucro.

En lo que respecta al ánimo de lucro ⁶⁰⁶, parte de la doctrina científica⁶⁰⁷ con la cual coincidimos, opina que la exigencia del ánimo de lucro en el tipo básico aportaría más eficacia y estaría coherente con las normativas supranacionales. En efecto, la realidad criminológica delictiva tráfico ilegal de personas registra que el beneficio económico es el motor propulsor que movimenta este tipo de delincuencia, por lo que, innegablemente la previsión legal de este elemento subjetivo en el tipo básico sería mucho más eficaz, pues además de observar el principio de intervención mínima atribuiría a la conducta básica contenido material.

Con todo, el legislador español no ha sido muy atento a las características empíricas del delito que nos ocupamos, pues además de no observar que la actividad delictiva de tráfico ilegal de personas es, sobre todo, una actividad económica, ha optado por no observar las exigencias de Naciones Unidas, que en su Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, exige de forma explícita la concurrencia de esta finalidad lucrativa del autor para sancionar tales conductas a través del Derecho

⁶⁰⁶ El Tribunal Supremo ha interpretado el ánimo de lucro como cualquier provecho o utilidad de naturaleza económica, para el autor o para un tercero, perfectamente compatible con la coexistencia de otras finalidades no lucrativas. El ánimo de lucro se configura, por tanto, como un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo exigido en el tipo básico, justificándose la agravación sobre la base de una mayor reprobabilidad de la conducta al tratarse de un negocio con personas. Vid STS núm. 660 de 17 de febrero de 1981; STS núm. 4517 de 5 de junio de 1987; Vid. STS núm. 8233 de 20 de noviembre de 1997.

⁶⁰⁷ PALOMO DEL ARCO, A. Criminalidad organizada y la inmigración ilegal Op.Cit., p. en el sentido de que la idea de beneficio económico o material debería entenderse implícita en todas las conductas tipificadas, como consustancial a las mismas. Así resultaría atípico el caso de que mediaran razones familiares o humanitarias que no deben integrar infracción penal.

penal⁶⁰⁸.

En este sentido, destacamos las críticas de Daunís Rodríguez ⁶⁰⁹ quien afirma que *“sin duda, estamos ante una de las decisiones más polémicas y discutibles de la construcción típica del artículo 318 bis CP. En primer lugar, porque se desatiende las exigencias marcadas por la ONU que, en su Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, exige de forma explícita la concurrencia de esta finalidad lucrativa del autor para sancionar tales conductas a través del derecho penal. En segundo lugar, porque desvirtúa el principio de la subsidiariedad del Derecho penal, comprometiéndose su intervención antes que el Derecho administrativo (ya que el artículo 54.1 b LOYDE exige también la presencia del ánimo de lucro para sancionar conductas). En tercer lugar, porque se desmaterializa por completo el tráfico de personas, quedando equiparado a la simple promoción de la inmigración irregular.*

Por otro lado, para algunos doct rinadores⁶¹⁰ la agravación del ánimo de lucro encuentra su fundamento en la mayor reprochabilidad de la conducta antijurídica cuando s e comete un delito por puro in terés, pues atiende a una realidad social en la que el tráfico ilegal de personas s e ha convertido en una de las actividades más rentables de la delincuencia organizada.

⁶⁰⁸ De esa forma se trataría del sentido comercial del vocablo tráfico con el matiz de ilícito, cuando recae sobre un objeto o servicio prohibido, en este caso, el de entrada o permanencia irregular en el territorio de otro Estado. Dicho concepto de tráfico hubiera sido más idóneo para la definición legal de lo que es la práctica criminal que se trata de evitar mediante la amenaza penal, y que sitúa el tráfico de personas como uno más de los ventajosos negocios de la criminalidad organizada internacional, y, de ese modo, también se hubieran trasladado con mayor acierto las exigencias de tipificación penal forjadas en el Protocolo de Naciones Unidas, que exige que el tráfico se realice «con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

⁶⁰⁹ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., pp. 134ss.

⁶¹⁰ RODRIGUEZ MONTAÑES, T. *Ley de Extranjería y Derecho Penal*. Op. Cit. p. Vid. LOPEZ CERVILLA, J. M. *El extranjero como víctima del delito*. Op.Cit., p. 2727, quien entiende que la inclusión de esta cualificación es acertada. De un lado pone de relieve que el concepto de tráfico del artículo 318 bis no se identifica con el de comerciar sino con el de traslado como vimos al estudiar la conducta típica, y de otro, si el legislador hubiera incluido el ánimo de lucro como un elemento más del típico básico se producirían efectos contraproducentes en la persecución de estas conductas atendiendo a la dificultad probatoria de aquel elemento subjetivo.

De este modo, el ánimo de lucro se configura, por tanto, como un elemento subjetivo del injueto adicional al dolo exigido en el tipo básico, justificándose la agravación sobre la base de una mayor reprobabilidad de la conducta al tratarse de un negocio con personas.

Cuanto a la aplicación de esta agravante, la doctrina aún no manifiesta un planteamiento uniforme. En efecto, algunos autores⁶¹¹ sostienen que la cualificación no será aplicable en aquellos supuestos en que dicho desplazamiento haya finalizado, por lo tanto, a pesar de que exista un concierto previo, la agravación no se aplicaría a aquellas conductas que facilitan con ánimo de lucro, por ejemplo, el alojamiento, la permanencia de un ciudadano extranjero de forma irregular en este país.

Otros doctrinadores⁶¹² cuya opinión compartimos, señalan que el ánimo de lucro será aplicable cuando el beneficio material que pretenda obtener el autor provenga directamente del hecho del desplazamiento en sí, pero también en aquellos supuestos en los que el sujeto activo, con afán lucrativo y dentro de un plan preorganizado, tenga como función la de facilitar la permanencia ilegal del ciudadano extranjero en el país de recepción o de tránsito. Nos resulta más adecuado este planteamiento si consideramos que la finalidad del tipo penal es prevenir y punir el tráfico ilegal de personas que favorezca, promueva o facilite la inmigración irregular. Además, la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones adecuadas respecto de dos tipos de conductas dolosas específicas: el favorecimiento de la inmigración ilegal y el favorecimiento lucrativo de la estancia ilegal del inmigrante.

No obstante, es cierto que la realidad criminológica constata dificultades para acreditar el ánimo de lucro ya que se suele acudir a pruebas indiciarias o por la declaración de las propias víctimas que declaran la cantidad

⁶¹¹ Vid. PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal* Op. Cit. p. 146.

⁶¹² RODRIGUEZ MESA, M. J. *Delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. pp.98ss; PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. p. 96.

de dinero que han debido entregar para el transporte⁶¹³. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 1118/2009 de 14 de mayo: *La sentencia declara probado que los ocho acusados "formaban parte de la tripulación del buque pesquero de arrastre" que se describe, siendo X el piloto de la embarcación, y que, en fecha indeterminada pero en todo caso situada en el segundo trimestre del año 2.006, zarparon con 218 personas a bordo -que habían sido recogidas en algún punto de la costa africana o bien en alta mar, siendo todas ellas de procedencia asiática y estando indocumentadas- con la finalidad de arribar a las costas españolas para ser introducidos en territorio nacional eludiendo los controles fronterizos, en algunos casos en la idea de continuar hacia otros países europeos. Se dice también que, a cambio del transporte, los miembros de la tripulación recibieron la correspondiente retribución, de unos 13.000 euros por inmigrante. Y continúa la narración describiendo cómo el 06/06/2006, aproximadamente mes y medio después del comienzo del viaje, la embarcación fue avistada por el Servicio Marítimo de la Guardia Civil a unas diez millas de la costa gaditana, al haber tenido que fondear allí por causa del temporal, encontrándose los inmigrantes "en condiciones de hacinamiento, distribuidos entre los tres compartimentos de la bodega bajo la cubierta ". Se describen, pues, todos y cada uno de los elementos no sólo de la conducta penal contemplada en el apartado 1º del artículo 318 bis del CP, sino también de su modalidad agravada de ejecución del hecho con ánimo de lucro -en este caso, de 13.000 euros por cada inmigrante transportado.*

⁶¹³ En primer lugar nadie prepara un doble fondo si no es con la intención de pasar a personas ilegalmente. Este tráfico de personas es normalmente retribuido pues no entra en la naturaleza de las cosas que nadie arriesgue una pena de cárcel por mero ánimo de liberalidad. Debemos examinar todo el material probatorio para establecer si la conclusión responde a criterios de verosimilitud y sobre todo de probabilidad, no contradicha por elementos compensatorios de signo exculpatorio. Las manifestaciones de los inmigrantes tienen que ser sometidas también a este proceso. Las dos más expresivas que hablan de un parentesco lejano por el matrimonio de un pariente con una prima y de la vecindad, resultan inconsistentes poco verosímiles como justificantes de la buena acción del acusado. Los demás ni siquiera llegan a este extremo limitándose a manifestar escuetamente, sin explicación alguna, que no pagaron dinero. Por otro lado, al acusado se le ocupan 3.215 euros y 41.300 dirhams..En todo caso, el juicio de verosimilitud o su contrario, ausencia de incredulidad subjetiva, no en caja ni corrobora la versión facilitada. Se trata de ocho personas que no se conocen entre sí que necesariamente han tenido que contactar uno a uno con el acusado. No es creíble que éste fuese una especie de ONG destinado a trasladar extranjeros fuera de su país a una zona de la Unión Europea.

De forma similar, la SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 107/2009 de 6 de febrero⁶¹⁴ dispone que: *“ El hecho probado se ha ejecutado con ánimo de lucro. A falta de otra prueba directa del cobro de cantidades dinerarias, más allá del reconocimiento de los propios acusados y coimputados, se debe hacer un juicio de inferencia a fin de determinar el elemento normativo subjetivo que define la figura agravada del párrafo tercero del precepto estudiado. Siguiendo el criterio marcado por la sentencia del Tribunal Supremo nº 610/2004, de 4 de mayo, no se puede entender que nadie acepte enrolarse como tripulación, realizando los cometidos propios de la actividad, de un buque desvencijado para hacer una penosa y larga travesía desde Guinea Conakry hasta España, transportando seres humanos, con los que no guardan ninguna relación de familia, ni de amistad y ni siquiera acreditar causa filantrópica, arriesgándose a ser detenidos en el país de destino y sufrir las consecuencias jurídicas de sus actos. Si bien no se ha podido acreditar que los acusados percibieron personal y directamente cantidad alguna de los componentes del pasaje, lo cierto es que los propios acusados declararon de forma coincidente el concepto retribuido de la acción de transporte, tal y como ya hemos fundamentado. De ello se infiere que quien circunstancialmente fue contratado por la organización que cobró a los miembros del pasaje lo fue a cambio de una retribución dineraria, no pudiendo presumirse el carácter altruista de la prestación, por lo demás ilegal. Como último indicio se aportó la diligencia de cacheo e intervención policial, de la que resultó que las únicas personas que estaban en posesión de dinero y en moneda extranjera, dólares por lo general, eran los acusados”.*

⁶¹⁴Vid. SAP de Almería núm. 95/2009 de 30 marzo; Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 66/2007 de 9 de febrero; Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 114/2007 de 2 marzo. Vid. SAP de Islas Baleares núm. 62/2008 de 21 octubre. Vid. STS núm. 182/2009, de 13 de febrero de 2009: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Apreciación del su tipo agravado de inmigración clandestina relativo al ánimo de lucro y a la pertenencia a una organización dedicada a tales actividades (artículo 31.8.3 y 5 bis CP). En el su puesto enjuiciado, los acusados pertenecen a una organización dedicada a trasladar a España a ciudadanos de países iberoamericanos, especialmente de nacionalidad colombiana, facilitándoles un visado falso, billetes y alojamientos y percibiendo por todo ello importantes sumas de dinero (entre 3.500 y 10.000 euros). Se desestima el recurso y se confirma la sentencia condenatoria. Vid. SAP de Málaga 21/2010 de 26 agosto; SAP Alicante núm. 793/2010 de 2 diciembre.

3.3.2 Circunstancias agravantes que vician la voluntad de la víctima: violencia, intimidación, engaño o el abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima.

Importa tener en cuenta que las circunstancias agravantes que inhiben o anulan el pleno consentimiento de la víctima, es decir, la violencia, la intimidación, el engaño o el abuso de una situación superioridad o de vulnerabilidad de la víctima son elementos implícitos en la modalidad delictiva de la trata de personas. Incluso, la reforma realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal lo ha explicitado directamente en la conducta típica⁶¹⁵.

En lo que respecta propiamente a los supuestos de tráfico ilegal de personas, dichas circunstancias no suelen manifestarse con frecuencia. Sin embargo, el legislador español ha optado por mantenerlas como medios comisivos que pueden atentar contra la libertad del sujeto que es objeto de tráfico, precisamente sobre su autonomía de decisión sobre el desplazamiento migratorio.

3.3.2.1 Violencia o intimidación

Resulta necesario señalar que en los casos de tráfico ilegal de personas, aunque el inmigrante haya consentido en el traslado irregular, éste puede ocurrir mediante el empleo de la violencia o intimidación siempre que el inmigrante sea obligado a realizarlo de forma distinta a lo deseado, por

⁶¹⁵ 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, la capture, transporte, traslado, acogida, recepción o la aloje con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluida la pornografía. c) La extracción de sus órganos corporales.

ejemplo, someterlo al desplazamiento en una embarcación inestable o sobrecargada. Sin embargo, cuando la violencia o intimidación es utilizada para forzar el desplazamiento irregular persiguiendo una finalidad de explotación posterior, suelen ir referidos a la trata de personas⁶¹⁶.

En este sentido, la utilización de la violencia en el tráfico ilegal de personas supone el ejercicio de la *vis física*⁶¹⁷ sobre el extranjero bien con el propósito de forzarlo a realizar el desplazamiento irregular⁶¹⁸ o bien para garantizar el traslado o incluso para realizarlo de forma distinta a lo acordado en un primer momento.

Por su parte, la intimidación⁶¹⁹ se manifiesta a través de la *vis psíquica compulsiva* cuando ésta doblega la voluntad del extranjero, que toma la decisión de desplazarse sin su pleno consentimiento, es decir, doblega la voluntad de la víctima para iniciar el desplazamiento migratorio o, simplemente para asegurar el éxito del mismo. También se incluye en la intimidación la amenaza a terceras personas, es decir, causar un mal a la familia del inmigrante.

⁶¹⁶ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., p.171.

⁶¹⁷ Un sector de la doctrina ha venido sosteniendo de manera pacífica un concepto extensivo de violencia, entendiendo por ésta "la inflicción a la víctima de los dolores o sufrimientos que no lleguen a ser constitutivos de lesión", incluyendo no sólo la ejercida sobre la persona del sujeto pasivo del delito, sino también sobre un tercero, es decir, cuando la violencia se ejerce sobre los familiares del inmigrante que han quedado en su país de origen, privándoles de años físicos para obligar a éste a pagar las deudas contraídas.

⁶¹⁸ CON DE-PUMPIDO TORÓN, C. Delitos contra los Derechos de los Extranjeros, en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 309. señala, acertadamente en mi opinión, que la violencia e intimidación no tienen que dirigirse a forzar la voluntad del extranjero para inmigrar, pues en tal caso estaríamos ante un secuestro, sino simplemente ser utilizadas en el curso del desplazamiento, o incluso con posterioridad para asegurar el pago. En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 100; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Op.Cit., pp. 107-108, pues lo contrario, según dicho autor, sería desconocer la realidad práctica, conforme a la cual los sujetos acceden al traslado y a que la violencia o la intimidación concurran durante el desplazamiento para imponerles la privación de derechos que convierte al tráfico en algo ilegal.

⁶¹⁹ La intimidación viene definida por el Supremo como "constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo". La figura agravada abarca, por tanto, más conductas que las previstas en los delitos de amenazas, ya que no se exige que el mal con que se amenace sea constitutivo de delito. Por supuesto, la intimidación también alberga la violencia o amenazas con causar un mal a un tercero (amigo, familiar).

Observa, no obstante, Arroyo Zapatero ⁶²⁰ que, en la práctica, el empleo de esos medios para captar o reclutar a los migrantes resulta irrelevante, pues los migrantes suelen iniciar voluntariamente su odisea personal hacia la emigración, suficientemente condicionados por las duras circunstancias en sus países de origen. Por lo que concurriendo dichas circunstancias, es necesario constatar que la violencia o intimidación⁶²¹ ejercida sobre la víctima haya sido suficiente para eliminar su voluntad⁶²², sin embargo no es necesario que dichos medios comisivos se manifiesten durante todo el traslado migratorio.

Por otro lado, importa mencionar los supuestos en que la violencia se ejerce con posterioridad al traslado consentido, es decir, se manifiesta al llegar el extranjero en el país destino, en estos casos, se producirá un concurso de delitos entre el 318 bis y el delito de coacciones o incluso con nuevo artículo 177 bis CP, cuando la violencia estuviera determinada a obligar a la víctima a ejercer la prostitución⁶²³.

El engaño, por su parte, es el medio comisivo utilizado para captar a los migrantes, mediante falsas ofertas de trabajo en el país de destino o de

⁶²⁰ ARROYO ZAPATERO, L. Y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., (Dir.): *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001, p. 11.

⁶²¹ Por lo que se refiere a la entidad de la intimidación, tampoco se requiere una invencible inhibición psíquica de la víctima, sino simplemente que sea eficaz para doblegar su voluntad. Con objeto de valorar dicha eficacia, deberá atenderse a criterios objetivos y subjetivos. Respecto a los primeros, la intimidación debe ser apta para generar los sentimientos de temor, angustia o coacción psicológica, situándose el Juez ex ante para valorar si la intimidación era adecuada para vencer la voluntad del hombre medio. En cuanto a los criterios subjetivos, deberá valorarse las circunstancias personales de las víctimas, que pueden presentar específicas singularidades, derivadas de sus costumbres, religión o formación. Porque no puede obviarse que las víctimas del tráfico de personas y trata de personas, en ocasiones, proceden de otras realidades con otros parámetros de conducta y valores culturales diferentes a los nuestros.

⁶²² Vid. PEREZ CEPEDA, A. I. Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal. Op. Cit., p. 266, GUARDIOLA LAGO, M. J. El tráfico de personas en el derecho penal español. Op. Cit., p.354ss;

⁶²³ ARROYO ZAPATERO, L. Y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., (Dir.): *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*. Op. Cit., p. 34. Añade que se puede ejercer esta violencia, intimidación o engaño una vez llegado al país de destino, mas entonces nos encontraríamos ya en concurso real con los delitos de amenazas, coacciones, o los relativos a la prostitución.

ofertas cuyo contenido no se corresponde con las características reales del empleo al que finalmente se va a dedicar el emigrado son medios comisivos que pueden atentar contra la libertad del sujeto que es objeto de tráfico, precisamente sobre su autonomía de decisiones sobre el desplazamiento migratorio⁶²⁴.

Suele ser un elemento bastante frecuente en la trata de personas, destinado a captar a los inmigrantes para explotarlos ulteriormente. Normalmente se utilizan ofertas de trabajo falsas o con unas condiciones distintas a las inicialmente ofrecidas.

Concretamente, en los supuestos de tráfico ilegal de personas el engaño puede manifestarse cuanto al modo en que el proceso de desplazamiento se realiza, pero no suele ser muy habitual en esta modalidad delictiva y a que normalmente es el propio inmigrante quien decide por el traslado migratorio.

3.3.2.2 Abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima.

En lo que concierne al abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, es necesario observar que dichas circunstancias suelen estar relacionadas con los delitos de trata de personas ya que el tráfico ilegal de personas, como ya lo hemos destacado, resulta normalmente, de la autonomía de voluntad de la víctima que adhiere a los servicios de las mafias transportistas para lograr su proyecto migratorio.

⁶²⁴ El engaño debe generar la decisión de migrar en el individuo, de forma que de no concurrir, el extranjero no hubiera iniciado el desplazamiento. Por consiguiente, tiene que ser bastante y eficaz para anular o disminuir la voluntad de la víctima. El engaño puede ir referido tanto al hecho mismo del desplazamiento – prostitución en lugar de modelaje, como a las condiciones de trabajo en sí – prostitución en el club de carretera en lugar de prostitución de lujo – en ambos supuestos, el engaño (de un falso trabajo o falsas condiciones) va a determinar el desplazamiento del migrante, por lo que el consentimiento no es pleno, ni válido. Vid., S AP Valencia núm. 635/2010 de 25 noviembre. JUR 2011\108578

Concretamente, sobre la situación de superioridad, ésta supone una relación de desigualdad existente entre el sujeto activo que presume una superioridad de la cual abusa para obligar al sujeto pasivo a realizar el traslado migratorio, es decir, se manifiesta en ámbitos donde haya jerarquía, dependencia económica, parentesco entre otras situaciones que permiten el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra el sujeto pasivo⁶²⁵.

Para verificarse la idoneidad de la situación de superioridad del sujeto activo capaz de determinar la voluntad de la víctima, deberá atenderse tanto a criterios objetivos, mediante una valoración *ex ante* del Juez, como a criterios subjetivos, donde se tengan en cuenta las circunstancias personales de la víctima⁶²⁶.

Por otro lado, la agravación decurrente de especial vulnerabilidad de la víctima ha sido introducida como novedad en la reforma de la LO 11/2003 en observancia a las determinaciones de la Decisión Marco 2002/629/ JAI⁶²⁷ que atribuye al concepto de vulnerabilidad la situación de una persona que no tenga alternativa real y aceptable excepto de someterse al abuso⁶²⁸.

Importa tener en cuenta, no obstante, que la especial vulnerabilidad es un concepto jurídico indeterminado⁶²⁹, que requiere de un juicio valorativo para su determinación en el caso concreto, y que puede superponerse con otras como la edad del sujeto cuando se trate de un menor de edad, por lo que la vulnerabilidad a la que se refiere esta circunstancia habrá de venir integrada

⁶²⁵ Vid. MAQUEDA ABREU, M. L. El tráfico sexual de personas. Op.Cit. p.54; PEREZ CEPEDA, A. I. Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal. Op, Cit. p. 268.

⁶²⁶ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit. p. 132.

⁶²⁷ PEREZ CEPEDA, A.I. Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal. Op.Cit. p. 268.

⁶²⁸ En este concepto se encuentran tanto susuestos límites con la incapacidad, es decir, discapacidad física o mentalmente como también circunstancias económicas, laborales o familiares especialmente graves, padecimiento de una enfermedad, dependencia a las drogas, entre otros.

⁶²⁹ PEREZ CEPEDA, A. I Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal. Op. Cit. p. 269

por hechos no reconducibles a otra circunstancia más específica.

En este sentido, la especial vulnerabilidad no debe abarcar la minoría de edad ni la incapacidad pues ya son agravantes específicos. Tampoco debe ser apreciada la vulnerabilidad decurrente de la situación de irregularidad del extranjero ya que dicha situación se manifiesta cuando el extranjero ya se encuentra en territorio español, es decir, no ha sido determinante para el inicio del desplazamiento⁶³⁰.

Con todo, nos resulta oportuno señalar aún que en algunos supuestos de tráfico ilegal de personas, precisamente en el traslado irregular que favorece la inmigración procedente de África, hay situaciones en que la especial vulnerabilidad puede ser apreciada, pues la angustiosa y precaria situación en que viven los africanos en sus países de origen facilita la acción de los transportistas que se aprovechan de la referida situación de vulnerabilidad y se apoderan de lo todo lo que tienen los inmigrantes utilizándose de la violencia e intimidación incluso para privarles de libertad y amenazar a los familiares exigiendo rescate⁶³¹.

3.3.2.3 Cualificación por minoría de edad e incapacidad de la víctima.

El tráfico ilegal de menores e incapaces resulta más grave frente a la situación de vulnerabilidad inherente que sugiere mayor indefensión de estos sujetos⁶³². La aplicación exige que en el traslado de menores el sujeto activo

⁶³⁰ En sentido contrario, PEREZ CEPEDA, A. I. Globalización, tráfico internacional de personas. Op. Cit., p. 269 observa que la vulnerabilidad de la víctima existe siempre y cuando se trate de un extranjero irregular ya que la propia ley de extranjería, además de prohibir o limitar la entrada de extranjeros, cuando éstos consiguen introducirse en territorio del Estado les convierte en sujetos infraciudadanos, al reconocerles sólo parte de los derechos fundamentales.

⁶³¹ Vid. SAP de Las Palmas núm. 22/2009 de 28 de marzo; STS núm 270/2008 de 13 de mayo. STS núm. 730/2010 de 20 julio.

conozca que realmente se trata de un menor de edad, puede incluso admitirse el dolo eventual⁶³³. Sin embargo, cuando resulta difícil determinar la minoridad del inmigrante, es decir, cuando el inmigrante no tiene documentación y es necesario realizar pruebas médicas para determinar la edad, es aconsejable no aplicar la cualificación⁶³⁴. De igual modo, cuando el menor acompaña a cualquiera de sus padres en el proceso migratorio no es aplicable esta circunstancia agravatoria toda vez que no hay riesgo concreto de lesión de los derechos del niño al estar amparado por sus progenitores⁶³⁵.

⁶³³ Vid. STS núm 740/2009 de 30 de junio; *No obstante este motivo parte de un dato fáctico "la apariencia" de más edad de la inmigrante, que no consta en los hechos probados. Y en las declaraciones de testigos que no cabe tomar en consideración en este cauce casacional para modificar aquella declaración de hechos probados "añadiendo" tal circunstancia de la apariencia de más edad en la menor. Y tampoco cabe considerar en este motivo la eficacia acreditativa del pasaporte que llevaba la menor ya que, además de que ello solamente cabe discutirlo al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tampoco cabría dar a ese documento tal eficacia, pues, incluso sin considerar su falsedad, carece de la literosuficiencia que aquel precepto exige. Pero es que, además, el recurrente, en el motivo siguiente, argumenta precisamente el carácter burdo de esa falsedad. Finalmente, aún habría de advertirse que si ese presupuesto del subtipo no es abarcado por dolo directo, estimamos que lo abarcaría el dolo eventual predicable de quien asume una actuación como la aquí imputada sin cerciorarse de manera más cierta de la edad de la persona cuya ilegal inmigración favorece.*

⁶³⁴ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2006, de 27 de Julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. Op. Cit., p.

⁶³⁵ Vid. STS núm 526/2007 de 6 de junio *El artículo 318 bis 3 del Código Penal, por su parte, describe una serie de subtipos agravados del mismo delito, en función de la concurrencia de diversas circunstancias que implican una mayor antijuridicidad de la conducta enjuiciada (el ánimo de lucro, el empleo de violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de la especial vulnerabilidad de la víctima, o ser la víctima menor de edad o incapaz, o cuando se ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas) y, por supuesto, en cuanto se refiere a los menores de edad, todo cuanto pueda afectar al conjunto de manifestaciones inherentes a la protección debida a la infancia y a la juventud que, como es notorio, incumbe primariamente a los padres. Desde esta perspectiva, en los hechos aquí enjuiciados, es patente la desvinculación de los dos acusados respecto del menor, dado que éste aparece directamente unido y relacionado únicamente con su madre. Consiguientemente, no es posible apreciar la lesión -o el peligro de lesión- de los derechos e intereses legítimos del menor implicado en estos hechos, al estar en todo momento al amparo de su madre y sin ninguna implicación negativa conocida de los dos acusados.*

3.3.2.4 Puesta en peligro de la vida, la Salud o la integridad de las personas.

La realidad criminológica del tráfico ilegal de personas identifica numerosos supuestos en que se aplica este tipo cualificado ya sea por el medio de transporte o por la forma en que éste se realiza constituyendo un riesgo para la vida e integridad física de los ciudadanos extranjeros.

Es frecuente la imagen de personas trasladadas en pequeñas embarcaciones, las llamadas pateras⁶³⁶ o cayucos⁶³⁷, sin mínimas condiciones de seguridad, sometidas a un peligroso desplazamiento cuyo final no suele ser victorioso⁶³⁸.

En efecto, como observa la Fiscalía General del Estado⁶³⁹, “ *la naturaleza tan precaria de este tipo embarcaciones carentes de elementos de seguridad y de ayudas a la navegación o de salvavidas, muchas veces alteradas en sus condiciones de navegabilidad, el número excesivo de personas transportadas para sus características (a veces con mujeres embarazadas y niños a bordo), el tratarse de una travesía por alta mar,*

⁶³⁶ Las pateras son embarcaciones utilizadas fundamentalmente en Marruecos para la pesca de bajura. Como botes abiertos y fondo plano, son de eslora [alrededor de seis metros] y altura notablemente inferior a los cayucos hasta el punto de que su capacidad no suele ser superior a las cincuenta personas. A veces se modifican sus características iniciales para aumentar la capacidad de carga.

⁶³⁷ Los cayucos (derivado del término africano cayo = piragua) son embarcaciones fabricadas comúnmente de madera (a veces, vaciando un tronco de árbol) que en algunos países subsaharianos (Mauritania, Senegal, Gambia y Guinea) se utilizan para pescar. Suelen tener una eslora de alrededor de 15 metros y una altura aproximada de metro y medio, donde los traficantes de hombres han llegado a transportar hasta 180 personas en condiciones lamentables durante una travesía que puede llegar a durar veinte días. También se usan para el transporte de migrantes otros tipos de embarcaciones ligeras de menor cabida: balsas rígidas o hinchables, zodiacs e incluso hidropedales. La utilización de embarcaciones de tipo neumático (tres metros y medio de eslora por dos de manga provista de motor fuera borda) reciben el mismo tratamiento jurídico que las pateras [STS 6/6/2005 (Nº 700/2005)]. En muchas ocasiones, para transportar a los inmigrantes todas esas barcas suelen incorporar un motor fuera borda y, pocas veces, aparatos de navegación.

⁶³⁸ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit. p.

⁶³⁹ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/ 2006, de 27 de Julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. Op. Cit. p.

determina que en la mayoría de las ocasiones las personas transportadas corran un riesgo o grave peligro, como por desgracia lo demuestra la realidad empírica que acredita numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas”.

La utilización de motores humanos ⁶⁴⁰, es decir, atravesar a nado el estrecho remolcando a un ciudadano extranjero, también es bastante habitual, así como los dobles fondos o habitáculos en vehículos para ocultar a los inmigrantes; o el transporte de los mismos junto a las mercancías que conforman la carga de los camiones entre otros tantos medios.

Para la doctrina científica ⁶⁴¹ se trata de un tipo agravado de peligro concreto que exige una efectiva puesta en peligro para la vida, la salud e integridad de las personas, por lo que habrá de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, es decir, es necesario averiguar si las condiciones del traslado generan una real situación de riesgo demostrada procesualmente, sin que bastara la presunción de que son condiciones arriesgadas en abstracto ⁶⁴².

La jurisprudencia ⁶⁴³ también se ha manifestado en numerosas ocasiones sobre esta cualificación, especialmente en los viajes en pateras

⁶⁴⁰ Provistos de traje de neopreno (y, en su caso, aletas) transportan a nado, remolcando un flotador o pequeña balsa de goma, a ciudadanos extranjeros desde la costa de Marruecos a las playas de Ceuta o Melilla mediante precio, normalmente de noche. Suelen ser detectados por cámaras de visión nocturna que utiliza la Guardia Civil desde torretas de vigilancia situadas junto a los pasos fronterizos siendo interceptados y detenidos por el Servicio Marítimo de la Guardia Civil que ha sido avisada por los vigías.

⁶⁴¹ Son habituales los casos en que el desprecio hacia la vida e integridad de estas personas se manifiesta en que durante la travesía, cuando existe riesgo o son descubiertos por las Autoridades, los traficantes arrojan a las personas transportadas en alta mar y sin chaleco salvavidas o los abandonan.

⁶⁴² GARCIA ARÁN. M. *Trata de personas y explotación sexual*. Op. Cit. p. 235

⁶⁴³ Vid. STS núm. 561/2007 de 15 de junio; STS núm. 582/2007 de 21 de junio; STS núm. 628/2007 de 21 de junio; STS 554/2007 de 25 de junio; STS 618/2007 de 26 de junio; STS núm. 622/2007 de 5 de julio; STS núm. 718/2007 de 25 de septiembre; STS núm. 799/2007 de 2 de octubre; STS núm. 788/2007 de 8 de octubre; STS 1092/2007 de 27 de diciembre; STS núm. 1121/2008 de 3 de enero; STS núm. 36/2008 de 31 de enero; STS núm. 122/2008 de 18 de febrero; STS núm. 111/2008 de 22 de febrero; STS núm. 270/2008 de 13 de mayo; STS núm. 921/2008 de 13 de mayo; STS núm. 17/2009 de 21 de enero. SAP de Málaga núm. 12/2011 de 16 febrero; SAP de Málaga núm. 20/2010 de 19 julio JUR\2010\336491; STS núm. 1089/2010 de 10 diciembre; SAP Málaga núm. 12/2011 de 16 febrero.

desde las costas norteafricanas a las españolas, desprendiéndose que dadas las circunstancias en las que se produce la navegación en casi todos los casos (embarcaciones pequeñas y sobrecargadas, ausencia de luces, ayudas a la navegación y chalecos salvavidas, etc.) no hay duda de que se concreta la situación de peligro. En esta perspectiva se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS núm.1092 de 27 de diciembre de 2007 *“los acusados patroneaban una embarcación con sesenta y cinco inmigrantes de la costa africana con destino a España, siendo interceptados a 42,5 millas de la costa española. En el presente caso, nos encontramos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las PATERAS y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas). La navegación con este tipo de embarcaciones es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del artículo 318 bis, apartados 1º y 3º del CP, por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española”*.

Las condiciones realmente infrahumanas del traslado suponen en sí mismas una puesta en peligro concreto y real, que no puede negarse en el hecho de cruzar el Estrecho en patera, aunque dicho peligro no se haya incrementado a lo largo del traslado. Por lo tanto, la expresión *“poniendo en peligro”* debe ser interpretada en el sentido de establecer condiciones de traslado que en sí mismas suponen un peligro efectivo y, en ese sentido, concreto⁶⁴⁴.

Con todo, hay que observar que si el peligro concreto se materializa en un resultado lesivo para la vida, salud o integridad de los inmigrantes habrá que acudir a las normas del concurso de delitos. Aunque en muchos casos el

⁶⁴⁴ GARCIA ARÁN, M. Trata de personas y explotación sexual. Op. Cit., p. 206.

resultado lesivo será imputable a título de imprudencia, no hay que descartar que en otros concorra dolo eventual respecto de aquel resultado⁶⁴⁵.

Por otro lado, entiende la doctrina científica que la configuración de esta agravante no exige que el peligro afecte a todos los sujetos expuestos a la misma actividad de tráfico, será suficiente con que en el desarrollo del tráfico ilegal, al menos uno de los sujetos objeto del mismo haya visto comprometidos sus bienes jurídicos individuales de mayor importancia en la concreta situación de riesgo⁶⁴⁶.

Por fin, en supuestos donde concurren varias de las circunstancias cualificantes del artículo 318 bis 2 CP, sólo una de ellas dará lugar al tipo cualificado y el resto deberá tenerse en cuenta en la determinación de la pena dentro de los márgenes legales⁶⁴⁷.

3.3.3 Cualificación por la condición de funcionario público, autoridad o agente de ésta.

El párrafo núm. 4 que, tras la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio ha sido reenumerado para el núm. 3, dispone sobre la cualificación de la conducta de tráfico o ilegal de personas siempre que haya ocurrido con prevalimiento de la condición de funcionario público, autoridad o agente de autoridad.

Según Aránguez Sánchez⁶⁴⁸ la definición de agente de la autoridad se encuentra dentro del concepto penal de funcionario público, por lo que su

⁶⁴⁵ MORILLAS CUEVA, L., /ORTS BERENGUER, E., /QUINTANAR DIEZ, M., *Estudios penales en Homenaje al Profesor Manuel Cobo del Rosal*, Op. Cit., p. 646.

⁶⁴⁶ Vid. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 110.

⁶⁴⁷ Vid. STS núm. 122/2008 de 18 de febrero.

⁶⁴⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, pp. 925 ss.

mención expresa parece carecer de relevancia. Hay que restringir esta agravante a los supuestos en los que el funcionario o autoridad tengan competencias en materia de control de fronteras⁶⁴⁹. Dicha circunstancia agravante supone el abuso de poder derivado de esa situación y la finalidad de aprovecharse de las ventajas del cargo para facilitar la comisión del delito.

Según Sainz-Cantero Caparrós⁶⁵⁰, la inclusión de esta agravante parece oportuna en razón de la frecuente participación en los supuestos de tráfico ilegal de personas de sujetos cualificados por su condición de funcionario público, autoridad pública o de agente de la misma. Sin embargo, critica el citado autor el efecto agravatorio que produce, pues la equiparación penológica con las circunstancias agravantes que crean una situación de peligro para la vida, la salud o integridad de las personas no está suficientemente justificada, ya que en los supuestos en que haya la creación de un peligro concreto, la conducta se proyecta como un tipo pluriofensivo merecedor de un mayor desvalor de la acción.

Tal como expone parte de la doctrina⁶⁵¹, el fundamento de la agravación se debe por una parte a que el sujeto activo se utiliza las ventajas del cargo para ejecutar el delito con menor riesgo o mayor facilidad y por otra, a que supone una infracción de los deberes especiales derivados de su posición.

La aplicación de dicha agravación requiere que dichos sujetos cometan el delito prevaleciéndose de tal condición, es decir, con la finalidad de utilizar las ventajas de su cargo para facilitar la comisión del delito. Por lo tanto, no es necesario que el funcionario actúe en el ámbito estricto de su función sino únicamente que se prevalga de su condición. En otro caso, podría cometer un delito de falsedad, prevaricación o cohecho, en concurso con este tipo

⁶⁴⁹ Agentes de la Guardia Civil con destinos en la vigilancia marítima del Estrecho.

⁶⁵⁰ SAINZ- CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 113

⁶⁵¹ PEREZ CEPEDA, A. I. Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal. Op. Cit., p. 275; Vid. GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. *El nuevo delito de tráfico ilegal de personas*. Op. Cit., p. 297; ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas por la LO 4/2000 y la LO 8/2000*. Op. Cit. p. 926; SERRANO PIEDACAS, J. R. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 397.

agravado.

Para que concurra el prevalimiento de la autoridad o funcionario público es necesario que el sujeto activo realmente tenga esa cualidad, que abuse de sus deberes de cargo y que use esas circunstancias para realizar el delito con menor riesgo o más facilidad⁶⁵². Esta agravación, por tanto, queda justificada sobre la base de un mayor desvalor de la acción.

3.3.4 Pertenencia a una organización o asociación ilícita.

La reforma de operada por la LO 5/2010 de 22 de junio reenumera el subtipo agravado por la pertenencia a una organización ilícita y añade referencia expresa a la sanción de multa a la persona jurídica que sea responsable de los delitos de tráfico ilegal de personas.

Así queda redactado el subtipo agravado que tras la citada reforma adquiere el núm. 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 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 quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.*

⁶⁵² SERRA NO-PIEDECASAS, J. R. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. cit.* 2002, págs. 341 y 342. ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000. Op. Cit.*, p.926.

El análisis de esta agravante es de significativa importancia en el contexto en que se desarrollan los fenómenos delictivos migratorios, ya que el tráfico ilegal de personas es actualmente una de las principales actividades asumidas por las organizaciones criminales⁶⁵³.

Innegablemente, la globalización económica⁶⁵⁴ ha colaborado con la proliferación de la criminalidad organizada ya que es altamente rentable, atrayendo las redes de delincuencia organizada transnacional hacia el tráfico ilegal de personas⁶⁵⁵ lo que supone una amenaza creciente para las economías lícitas y es un factor desestabilizador del tejido social y democrático de la sociedad.

Así explica Sainz-Cantero Caparrós⁶⁵⁶ *[..] que es fácil constatar que nos encontramos ante un fenómeno que se ha convertido en un verdadero negocio para la criminalidad organizada, que encuentra en el tráfico ilegal de*

⁶⁵³ Señala SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. *Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales*. En: PUENTE ABAD, M.L., (Dir.), ZAPICO BARBEITO, M., RODRIGUEZ MORO, L., (Coords.) *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*. Op. Cit., pp 259ss que *[..] La historia ha conocido, no obstante, también otras épocas de tráfico a gran escala, como el comercio de esclavos negro africanos hacia el continente americano en los siglos XVIII y XIX o incluso la trata de blancas, fenómeno endémico y constante que conoció un momento de expansión a finales del siglo XIX y principios del siglo XX*. En el mismo sentido vid. GARCIA ARÁN, M. "Trata de personas y explotación sexual". Op. Cit. p. 241 *[..] la delincuencia que examinamos puede decirse que siempre se ha producido a través de formas organizadas, hasta el punto de que los sujetos activos más relevantes, por ejemplo, del tráfico de esclavos eran los propios Estados y sociedades comerciales amparadas por ellos*.

⁶⁵⁴ Vid. HERRERO DE CASTRO, R y BARRAS TEJUDO, R. *Globalización y crimen organizado. Mecanismos de lucha contra el crimen transnacional: La Inteligencia* en: *Inteligencia y seguridad. Revista de análisis y prospectiva* - Núm. 6, Junio 2009, quienes destacan que: *Las ventajas que se desprenden de la globalización, están irremediamente destinadas a ser utilizadas de forma perniciosa. La internacionalización multiplica intrínsecamente los riesgos y las amenazas. Los acontecimientos del 11 de septiembre fueron solo un reflejo de esta nueva situación. Así, problemas como el terrorismo, el narcotráfico, el lavado de dinero, el tráfico de seres humanos, las redes de prostitución, las extorsiones, la piratería, etc. se acentúan y se expanden parapetándose en el anonimato y la extraterritorialidad propios de la economía globalizada*.

⁶⁵⁵ DAUNIS RODRIGUEZ, A *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*." Op.Cit., p. 138; GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 217; MAYORDOMO RODRIGO, V. *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*. Op. Cit., pp.169 ss; GARCIA ARÁN, M. *Trata de personas y explotación sexual*. Op. Cit., pp.241 ss.; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., pp.115-116;

⁶⁵⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p.115.

persona un campo especialmente lucrativo y que ofrece menos riesgos y costes que otros supuestos de tráfico ilícito [...].

De este modo, la actuación de la criminalidad organizada en la fenomenología delictiva de los movimientos migratorios es uno de los principales problemas en la lucha contra el tráfico o ilegal de personas, pues además de las muchas posibilidades lucrativas también importa el bajo riesgo de persecución penal⁶⁵⁷. Este subtipo agravado encuentra justificación no sólo en las sumas de dinero que se mueven en torno del tráfico ilegal que han acrecentado la proliferación de organizaciones criminales que facilitan transporte, asistencia, documentación falsa, alojamiento, etc., sino en la mayor capacidad que tiene la organización para lesionar bienes jurídicos, puesto que su estructura habilitará la comisión de delitos con mayor facilidad y en mayor número de casos.

En este sentido, nos parece oportuno y relevante destacar el análisis de Sánchez García de la Paz⁶⁵⁸ sobre los factores que atraen a las organizaciones criminales hacia la actividad delictiva del tráfico de personas.

Señala la referida autora que frente a la enorme demanda de personas que quieren emigrar, los beneficios son muy elevados ya que el lucro del traficante procede tanto del precio pagado por el inmigrante como también, en algunos casos, de la ulterior explotación laboral o sexual del mismo, o incluso de la participación forzada en actividades delictivas.

Otro importante factor observado es que dada la complejidad del fenómeno migratorio la eficacia del traslado resulta más probable cuando intervienen varias personas integradas a una organización criminal que de un modo más profesional cumplen diferentes papeles en las sucesivas fases del proceso, es decir: *“unos se ocupan del reclutamiento en los países de origen, o de la provisión de documentos del país destino, otros intervienen como agentes*

⁶⁵⁷ SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. *Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales*. Op.Cit. p. 278. Vid en sentido similar: MAQUEDA ABREU, M. L. *Una nueva forma de esclavitud*. Op.Cit. p. 264.

⁶⁵⁸ SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. *Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales*. Op. Cit., pp. 275ss.

*de viaje o como transportistas, finalmente otros actúan ya en el país receptor proporcionando nuevamente documentos falsos como permisos de residencia y trabajo o precontratos, o bien encargándose directamente de la explotación laboral o sexual del inmigrante*⁶⁵⁹.

El bajo riesgo de persecución penal también es uno de los factores que contribuye a la actuación de las organizaciones delictivas en esta actividad pues la condición de ilegalidad de la víctima no le permite denunciar el hecho ante las autoridades de persecución penal, por temor a que ello acaba desembocando en su expulsión, además de otras razones como sufrir coacción y amenazas⁶⁶⁰.

Observa, aún, Sánchez García de la Paz⁶⁶¹ que el tráfico de inmigrantes resulta doblemente atractivo como negocio porque además de las ganancias que el mismo traslado aporta, proporciona al traficante mano de obra barata y dócil para sus negocios legales, ya relacionados con el sexo o con otro tipo de actividades.

Los estudios criminológicos realizados por la citada autora revelan un dinamismo en constante transformación de la criminalidad organizada transnacional, lo que además de dificultar la delimitación conceptual del fenómeno, pone de manifiesto la persecución de estos grupos criminales por los organismos internacionales en los últimos años.

En este sentido, Naciones Unidas, en los Protocolos que complementan la Convención Contra la Criminalidad Organizada Transnacional celebrada en Palermo en el año 2000⁶⁶², considera que la pertenencia a un grupo delictivo organizado es un elemento inherente al tipo básico del tráfico

⁶⁵⁹ *Ibidem.*, p. 279

⁶⁶⁰ *Ibidem.*, p. 280.

⁶⁶¹ *Ibidem.*

⁶⁶² Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños: Resolución 55/25, Anexo III, de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000; Protocolo Contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire: Resolución 55/25, Anexo I, de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

ilegal de personas así como también de la trata de personas y no una circunstancia agravante⁶⁶³.

De forma similar, la Unión Europea, consciente de que el nivel de delincuencia organizada aumenta de forma notable en los Estados miembros y que las organizaciones criminales han conseguido infiltrarse en casi todos los sectores de la sociedad, representando, por tanto, una amenaza, han priorizado la persecución y desactivación de estos grupos criminales. Así, en el año de 1999 el Consejo de Tampere contempló en su condición núm. 23 que *“El Consejo europeo está decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes. Insta a que se adopte legislación que prevea sanciones rigurosas para este grave delito. Se invita al Consejo a que, basándose en una propuesta de la Comisión, adopte legislación a tal efecto antes de finales de 2000. Los Estados miembros, junto con Europol, deberían orientar sus esfuerzos a detectar y dismantelar las redes de delincuencia implicadas. Deberán salvaguardarse los derechos de las víctimas de esas actividades, prestando especial atención a los problemas de mujeres y niños”*.

Frente a esta orientación, en el año de 2002 el Consejo propuso las Decisiones Marco⁶⁶⁴ para responder al tráfico y a la trata de personas. Sin embargo, al disponer sobre la participación de una organización criminal, ignora la normativa de Naciones Unidas y propone que la pertenencia a una organización criminal sea tratada como una circunstancia agravante de la pena tanto en la trata como en el tráfico ilegal de personas.

La legislación española, por su parte, sigue la normativa de la Unión Europea, así, el que realiza la conducta típica del tráfico ilegal de personas

⁶⁶³ Vid. Artículo 4: *A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos.*

⁶⁶⁴ Vid. Decisión Marco de 28 de noviembre de 2002- 2002/946/JAI; Decisión Marco de 19 de julio de 2002- 2002/629/JAI

como miembro de una organización criminal recibirá apenas una agravación de la sanción penal según el artículo 318 bis 5 CP.

Desde la perspectiva de García Álvarez y Del Carpio Delgado⁶⁶⁵ “*la previsión expresa de esta cualificación es quizás la que ha de valorarse más positivamente, debido a que cada vez son más frecuentes las redes que se dedican, mediante precio, a la inmigración clandestina de personas, siendo estas redes el verdadero obstáculo en la lucha contra el fenómeno de la inmigración ilegal y las consecuencias que de ella se derivan*”.

En efecto, esta agravación atiende a las directrices normativas de política migratoria de la Unión Europea en lo que respecta a la lucha contra las redes mafiosas y contra la delincuencia organizada y se fundamenta, sobretodo, en la mayor peligrosidad y potencialidad lesiva para el bien jurídico tutelado, puesto que la estructura organizada asegura y facilita la comisión del delito.

Cuanto al concepto de organización criminal⁶⁶⁶, es necesario recordar que hasta la última reforma realizada en el Código Penal por la LO 5/2010, la legislación española no disponía de una definición expresa de organización criminal⁶⁶⁷. Importa, no obstante, tener en cuenta que el artículo

⁶⁶⁵ GARCIA ALVAREZ, P y DEL CARPIO DELGADO, J. *Los delitos relativos al régimen de extranjería*. Op.Cit., pp. 381-409.

⁶⁶⁶ Hasta la Reforma por la LO 5/2010 de 22 de junio, muchos fueron los doctrinadores españoles que emprenden esfuerzos para delimitar el concepto de organización delictiva, tales como SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales y administrativos y policiales*. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 27-42. ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *Criminalidad organizada. Derecho penal y sociedad*. Apuntes para el análisis de SANS MULAS, N. *El desafío de la criminalidad organizada*, Cóllex, 2006, pp 39-68. GOMEZ NAVAJA, J. *Inmigración ilegal y delincuencia organizada*. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M (DIR).y OTROS. *El derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*. Op. Cit., pp 387-462.

⁶⁶⁷ Se recorría a la definición de delincuencia organizada establecida por la Convención contra la delincuencia organizada internacional del año 2000 de Naciones Unidas cuya definición está propuesta en su artículo 2a. Así que por "grupo delictivo organizado" 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 Vid. Artículo 570 bis CP: se rá 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*”. Vid. . Así como también se consideraba la normativa de Unión Europea, concretamente la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre relativa a la lucha contra la delincuencia organizada que define en su artículo 1.1 organización delictiva

318.4 bis utiliza como sinónimos los términos asociación y organización⁶⁶⁸, lo que aún plantea dificultades hermenéuticas cuanto a la determinación de la conducta típica.

Según la reforma realizada por la LO 5/2010 en el artículo 570 bis CP, organización criminal será *“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”*.

Como hemos destacado, el ordenamiento jurídico español no disponía de una definición de delincuencia organizada hasta la Reforma realizada por la LO 5/2010 de 22 de junio. Antes de la referida definición incorporarse a la normativa penal española la jurisprudencia recorría al concepto de grupo organizado en el delito de tráfico de drogas para delimitar el concepto. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1306 de 6 de octubre de 2006, concretamente manifiesta que *“La existencia de una asociación u organización para delinquir supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal. Es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya dirección y una jerarquía que planifique y*

como una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa 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 o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material y en el artículo 1.2 la asociación estructurada como una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asinado a sus miembros funciones formalmente definidas, con continuidad en la conducción de miembro, o exista una estructura desarrollada.

⁶⁶⁸ Importa recordar que la LO 4/2000 introdujo, por un lado el artículo 318.5 bis CP y por otro añadió un párrafo sexto al artículo 515 CP “son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 6º. Las que promuevan el tráfico ilegal de personas”. Tal situación produjo una duplicidad punitiva de la misma conducta, pero con una diferencia en cuanto a la pena prevista de gran embargadura. LO 15/2003 ha derogado el artículo 515.6 CP con base en dos razones. En primer lugar, por aplicación del principio de especialidad, y en segundo lugar porque en aquellos casos en los que no sería viable la aplicación del artículo 318 bis.5 CP se podría apreciar el artículo 515.1, que considera punibles las asociaciones ilícitas, es decir, “las que tengan por objeto cometer algún delito, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada”.

*conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo*⁶⁶⁹.

En efecto, aunque la recién re forma establezca algunas características que delimitan el concepto de organización criminal, es decir, la participación de una pluralidad de personas (como mínimo tres) de forma coordinada, jerarquizada y con cierto grado de estabilidad con la intención de cometer delitos graves, lo cierto es que en lo que respecta a los supuestos del tráfico ilegal de personas, interesa tener en cuenta que el artículo 318 bis 4 CP sanciona también las organizaciones de carácter transitorio, es decir, excluye la exigencia de permanencia o estabilidad lo que, sin duda, genera dificultades en lo que respecta a la aplicación e interpretación para distinguir la participación de una organización criminal de los actos de codelincuencia⁶⁷⁰.

En este sentido, advierte Maraver Gómez que en estos casos de pertenencia o dirección de organizaciones o asociaciones dedicadas permanente o transitoriamente a la realización del tráfico ilegal o la inmigración clandestina es posible que se establezcan problemas concursales con los nuevos delitos relacionados con las organizaciones y grupos criminales regulados en el Capítulo VI del Título XXII del libro II CP, introducido por la LO 5/2010. Se producirá exactamente un concurso de leyes que, conforme a lo expresamente previsto en el apartado 2 del nuevo artículo 570 quáter CP, se resolverá por el criterio de alternatividad del art 8.4 CP⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2006, de 27 de Julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. La supresión mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, del apartado 6º del artículo 515 del Código Penal, que incluía dentro del catálogo de las asociaciones ilícitas a las que promovieran el tráfico ilegal de personas, simplifica y evita farragosos problemas concursales.

⁶⁷⁰ El concepto de *asociación* del artículo 318 bis CP se diferencia del de *asociación ilícita* del artículo 515 CP porque, aun tratándose de un conjunto de tres o más personas organizadas, comprende también las situaciones de asociación *transitoria* para llevar a cabo estos delitos, a pesar de las dificultades que se plantean para diferenciarlas de la coautoría y coparticipación delictiva y de la conspiración para delinquir. Vid. GÓMEZ NAVAJAS, J. Hay que distinguir el delito de asociación ilícita de los supuestos de codelincuencia y de la propia conspiración para delinquir. En este sentido, contrasta la estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa con cierta concreción sobre las infracciones criminales a ejecutar en el caso del tipo de la asociación ilícita propiamente dicha, con la inestabilidad de la codelincuencia y de la propia conspiración y concreción del delito a realizar. No pueden darse la conspiración y asociación ilícita simultáneamente.

⁶⁷¹ MARAVER GÓMEZ, M. Capítulo 15. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 3255.

Es cierto que las organizaciones criminales que se dedican al tráfico ilegal de personas suelen presentar estructuras en red, formados por células con una jerarquía flexible y monolítica, con una alta fungibilidad de sus miembros y con una gran flexibilidad para modificar sus actividades criminales lo que dificulta la persecución policial y ulterior prueba de la existencia de dicha organización⁶⁷².

En este sentido se expresa la STS núm. 330/2010 de 2 de marzo:

“El subtipo de organización del nº 5 del artículo 318 bis aplicado por la Sala no puede cuestionarse teniendo en cuenta el relato de Hechos Probados. Es cierto que no basta el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal, y se necesita que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo. Pero en el caso presente, más allá de un mero acuerdo transitorio dirigido a una particular acción delictiva, aparece una organización estable, jerarquizada, y con distribución de funciones, es decir un entramado de personas que ejercían papeles distintos en una actividad permanente y estable para la obtención continuada de beneficios económicos: dos personas en Rusia se encargaban de la captación de mujeres con problemas económicos, y de la organización y financiación del viaje a España, realizando las gestiones administrativas necesarias. En España actuaban otros tres personas, dos de las cuales son los condenados recurrentes, que las recogían en el aeropuerto, les daban alojamiento inicial en una vivienda y seguidamente las dedicaban bajo amenazas y violencia al ejercicio de la prostitución, recaudando las ganancias obtenidas que en parte se enviaban al extranjero para su reparto. Se trata de una continuada actividad al servicio de la cual funcionaba un sistema organizativo estable, jerarquizado y con distribución de funciones. Se aprecia por consiguiente con acierto el subtipo del párrafo 5 del

⁶⁷² DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit. p. 144. Vid. GARCÍA ESPAÑA, E Y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 233.

*artículo 318 bis del Código Penal*⁶⁷³”.

El penúltimo párrafo de este apartado contempla la agravación para los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, a quienes se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Por lo que se refiere al “jefe de la organización” el fundamento de la agravante radica en establecer una penalidad más elevada cuando el autor es además directivo de la organización. Con ello se consigue distinguir la penalidad del superior de la de quien ejecuta el hecho pero sólo es un subordinado. En cuanto a la técnica legislativa empleada, se ha preferido describir materialmente el concepto de “jefe” de la organización, atendiendo a la existencia de una capacidad de decisión autónoma. Este criterio permite aplicar la agravación no solo al “jefe” *stricto sensu*, sino a todos los directivos de la organización. El criterio es paralelo al empleado por Roxin en su teoría de los aparatos organizados de poder, según la cual autor mediato no sólo sería el responsable último sino cualquier persona con capacidad para transmitir órdenes dotados de un poder de decisión autónomo.

Por ende, el subtipo en comento disponía en el último párrafo sobre la facultad atribuida a la autoridad judicial de decretar a los supuestos de este apartado algunas de las medidas previstas en el artículo 129 del CP, sin embargo, la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio ha alterado la redacción del referido párrafo contemplando que *“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 quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada”*.

Dicha modificación atiende a las directrices normativas de la Decisión Marco 2008/841/JAI⁶⁷⁴ del Consejo de 24 de octubre cuyo Artículo 5

⁶⁷³ Vid. STS núm. 730/2010 de 20 julio.

⁶⁷⁴ 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, tránsito y estancia irregulares. El ámbito de aplicación de la propuesta no se limita a las personas físicas. Las

dispone que *1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el artículo 2⁶⁷⁵, cuando estos delitos sean cometidos por cuenta de estas por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica; b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para efectuar un control en el seno de dicha persona jurídica⁶⁷⁶.*

jurídicas pueden también ser tenidas como responsables de (participar en) la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares, o de tentativa de cometer estas infracciones. Las sanciones aplicables pueden ser de carácter penal o no penal pero deben en todos los casos ser efectivas, proporcionadas y disuasivas.

⁶⁷⁵ Vid. Artículo 2 de la DECISIÓN MARCO 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre que Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito a uno o ambos de los siguientes tipos de conducta relacionados con una organización delictiva: a) la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluya la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización; b) la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, a.n cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad.

⁶⁷⁶ Vid. DECISIÓN MARCO 2008/841/JAI DEL Consejo de 24 de octubre. Artículo 1. 2. Los Estados miembros también adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa uno de los delitos mencionados en el artículo 2 por cuenta de la persona jurídica. 3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de la imputación de acciones penales contra las personas físicas que sean autores, incitadores o cómplices de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 2. 4. A efectos de la presente Decisión marco se entenderá por persona jurídica cualquier entidad que tenga personalidad jurídica en virtud del Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones de Derecho internacional público.

3.4. Tipo atenuado.

El apartado núm. 6 del artículo 318 bis CP dispone sobre la posibilidad de que los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, puedan imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada. La reforma realizada por la LO 5/2010 de 22 de junio ha mantenido dicha circunstancia privilegiada pero la ha reenumerado para el párrafo núm. 5 del artículo 318 bis CP.

Se trata, por lo tanto, de un tipo privilegiado cuya atenuación de la responsabilidad criminal se fundamenta en la gravedad del hecho o sus circunstancias, es decir, que el hecho no revista una gravedad apreciable fácilmente por el intérprete en la forma de llevarse a cabo la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de los sujetos pasivos de la acción, en relación con el riesgo por la que han de pasar los mismos; las condiciones del culpable, es decir la agresividad o actitud violenta que pueda tener hacia las personas sobre las que recae la conducta delictiva y por último la finalidad perseguida por el acusado, lo que se circunscribe a si tiene una intención altruista o humanitaria, en definitiva si las razones que guían al anterior son las de realizar algo a favor de los demás de una manera desinteresada⁶⁷⁷.

En efecto, conforme sostiene un sector de la doctrina, el legislador a través de este tipo atenuado intenta mitigar el excesivo rigor punitivo previsto en el precepto en estudio. Sin embargo, su aplicación práctica además de difícil puede resultar en inconvenientes para la seguridad jurídica,⁶⁷⁸ pues además de

⁶⁷⁷ PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op.Cit., p. 279

⁶⁷⁸ Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. pp 804-805; TORRES FERNANDEZ, M. E *El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal*. Op. Cit., p. 15 quien observa que "Precisamente, esta facultad de atenuar la pena en atención a la gravedad del hecho, sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste», 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.

establecer criterios subjetivos, deja al arbitrio del juez la valoración de la atenuante.

Siendo así, con razón advierte Pérez Cepeda⁶⁷⁹ que se trata de un tipo de justificación incompleta además de criticable ya que el legislador español en lugar de haber facultado a los Tribunales la reducción de la pena, podría haber observado la Directiva 2002/90/CE de 28 de noviembre que atribuye a los Estados miembros la opción de no imponer sanciones a las conductas referentes al tráfico solidario o con fines altruistas y contemplar la referida conducta con una excusa absolutoria.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpreta que en los supuestos de tráfico de personas con fines solidarios, la ausencia de antijuridicidad material justifica la impunidad de dicha conducta, sin embargo, puede apreciarse la atenuante en los casos en que el tráfico de personas se realiza con ánimo de lucro y con el consentimiento válido del extranjero y no haya la puesta en peligro o lesión para sus bienes jurídicos personales⁶⁸⁰.

Sección segunda: Análisis de del tipo subjetivo

3.5 El dolo.

El estudio del tipo subjetivo del artículo 318 bis CP resulta menos controverso, ya que es pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que las conductas típicas del referido precepto son eminentemente dolosas⁶⁸¹,

⁶⁷⁹ PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op.Cit., p. 279.

⁶⁸⁰ Vid. DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit. p. 148

⁶⁸¹ Vid. CONDE -PUMPIDO TOURÓN, C. *Delitos contra los Derechos de los Extranjeros*. Op. Cit., p. 302.

ya sea por no haber una determinación expresa de la modalidad imprudente, así como ser necesario el conocimiento de la ilegalidad del tráfico de personas o de la inmigración clandestina y la voluntad de realizar las conductas típicas ya tratadas.

En este sentido, la conducta dolosa en estos supuestos se concretiza cuando se constata el conocimiento por parte del sujeto activo de la condición de extranjero del sujeto pasivo y sobre todo que éste no disponga de autorización para acceder al territorio en condiciones de legalidad, es decir, el autor del traslado debe conocer que el extranjero objeto carece de los requisitos necesarios para acceder al país y querer facilitar el acceso irregular al territorio español⁶⁸².

Según la Fiscalía General del Estado⁶⁸³ el tipo es esencialmente doloso, debiendo exigirse dolo directo. La necesidad de dolo directo debe servir para excluir del ámbito de la norma los supuestos en los que no se pretende favorecer la inmigración ilegal sino auxiliar en sus necesidades primarias a quien ya ha entrado en territorio nacional.

La jurisprudencia es pacífica cuanto a la interpretación del tipo subjetivo. Manifiesta que el dolo debe abarcar la conducta dirigida a las finalidades expresadas de promoción, favorecimiento o facilitación, así como al carácter del desplazamiento de las personas a las que afecta. Así se ha pronunciado la sentencia STS núm. 1159/2007 de 14 de junio.

En lo que respecta a las modalidades de dolo, entiende la doctrina mayoritaria⁶⁸⁴ así como la jurisprudencia⁶⁸⁵ que cabe el dolo directo, aunque

⁶⁸² Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 320; DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., p. 104.

⁶⁸³ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/ 2006, de 27 de Julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, p. 95.

⁶⁸⁴ SERRA NO PIEDECASAS, J. R. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit., considera que el tipo subjetivo requiere dolo directo dado que se trata de una figura harta necesitada de restringir su ámbito de aplicación. PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op. Cit., p. también se muestra pa rtidaria de reclamar la exigencia de dolo directo porque se trata de un delito necesitado de restricción teleológica ante la ausencia específica de modalidades ejecutivas de comisión que doten de especial desvalor de acción; Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de*

haya discrepancias en el sentido de admitir también el dolo eventual⁶⁸⁶.

En efecto, Aránguez Sánchez⁶⁸⁷, admite la posibilidad de que esta conducta pueda cometerse con dolo eventual, porque de lo contrario, podrían quedar fuera supuestos como los de los conductores particulares o transportistas de mercancías que aceptan trasladar personas a España, admitiendo la posibilidad de que dichas personas carezcan de la documentación necesaria.

Para García España y Rodríguez Candela⁶⁸⁸ es posible la valoración del dolo eventual en supuesto en que un inmigrante se escondiera en los bajos de un vehículo de mercancías, siendo sospechado este hecho por el transportista y asumiendo el probable traslado ilegal, sin que éste se preocupe de confirmarlo o sino dar como cumplimiento de dicha sospecha a los agentes de la autoridad.

personas en el derecho penal español. Op. Cit., p. 321; PEREZ ALONSO, J. E. Tráfico de personas e inmigración clandestina. Op. Cit., p. 426; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Barcelona, 2002, pp. 99-100.

⁶⁸⁵ Vid. SSTS n. 603/2008 de 30 de diciembre; SSTS n. 526/2007 de 6 de junio; *Resulta evidente, pues, que pretender introducir en el territorio nacional a una persona, en la forma clandestina que se describe en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, careciendo de toda la documentación precisa para que una persona extranjera pueda entrar en España, constituye una conducta típicamente prevista en el precepto cuya indebida aplicación se denuncia (que no exige actuar con ánimo de lucro ni con el objetivo de lesionar la dignidad de las personas afectadas en cualquiera de sus facetas jurídicamente relevantes); pues, como ya hemos razonado, en el presente caso, concurre el elemento objetivo de la entrada de una persona en territorio español sin cumplir las pertinentes exigencias legales y el subjetivo de hacerlo con conciencia de la irregularidad que ello supone. Vid. SAP de Cádiz n. 137/2007. Desde el punto de vista SUBJETIVO, es evidente que la conducta de los acusados responde a un supuesto de dolo directo, porque llevaron a cabo la conducta sancionada y su intención y voluntad eran actuar conforme a tal determinación, puesto que así lo imponen las circunstancias probadas".*

⁶⁸⁶ Vid. RODRIGUEZ MONTAÑES, T. La ley de extranjería y el derecho penal. Op. Cit., p. 1739; GARCIA ESPAÑA, E Y RODRIGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los Derechos de los Extranjeros. Op. Cit., p. 742; DE LEÓN VILLALBA, F. J. Tráfico de personas e inmigración clandestina. Op. Cit., p. 258y 259.*

⁶⁸⁷ ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000. Op. Cit., p. 921.*

⁶⁸⁸ GARCIA ESPAÑA, E. Y RODRIGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los Derechos de los Extranjeros. Op. Cit., p. 19. Vid. LOPEZ CERVILLA, J. M. El extranjero como víctima del delito. Op. Cit., pp. 2683ss.*

Por otro lado, Rodríguez Mesa⁶⁸⁹ observa que la estructura del tipo no impide la posibilidad de su comisión a título de dolo eventual, aunque advierte que políticamente no sea conveniente su admisibilidad, considerando la existencia de infracciones administrativas y la ausencia de específicas modalidades ejecutivas de comisión, por lo tanto, propone una restricción teleológica del tipo, limitando las modalidades de ejecución a las conductas realizadas con dolo directo.

De igual modo, Pérez Ferrer⁶⁹⁰ considera que la exigencia del dolo directo se justifica no apenas por la necesidad de restringir el amplio ámbito de aplicación del precepto, sino también porque se exige que el sujeto conozca la ilegalidad del tráfico.

Concordamos con las referidas autoras, ya que, aunque fuera posible verificar el dolo eventual en los supuestos de tráfico ilegal de personas, ante la amplia conducta típica del artículo 318 bis y la necesidad de restringir el alcance del tipo, se requiere el dolo directo, que estará constituido por el conocimiento de la ilegalidad del tráfico de personas y por la voluntariedad o finalidad de la conducta dirigida a promover, favorecer o facilitar tal tráfico.

En realidad, los supuestos de dolo eventual parecen más indicados para los subtipos agravados: concretamente, para los previstos en el numeral 3, cuando se eleva la pena por existir un peligro de vida, la salud o integridad de las personas.

⁶⁸⁹ RODRIGUEZ MESA, M. J. *Delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 74. RODRIGUEZ MONTAÑES, T. *La ley de extranjería y el derecho penal*. Op. Cit., p. 5.

⁶⁹⁰ PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. 78.

3.6 El error de tipo.

El error de tipo, según la doctrina mayoritaria⁶⁹¹, es apreciable en los tipos penales siempre que el autor actúe con desconocimiento de los elementos objetivos de la conducta típica. En otras palabras, hay error de tipo cuando el sujeto activo yerra en la contemplación de alguno de los elementos expresamente definidos en el tipo legal, ya sean elementos típicos de carácter objetivo o elementos típicos de carácter normativo.

Cumple subrayar aún la diferencia entre el error invencible y el vencible. El primero se produce cuando no existe imprudencia alguna por parte del autor, por lo que por más que se hubiese esforzado, sería imposible haberse librado del desconocimiento, no obstante, el error es vencible cuando sí existe imprudencia por parte del autor de modo que le habría sido posible vencer ese error. Así que para verificar si un error es vencible o invencible habrá que atender a las circunstancias del hecho y personales del autor⁶⁹².

En efecto, es pacífica la doctrina cuanto a la importancia de la determinación de la categoría del error, puesto que si existe un error invencible el sujeto estará totalmente exento de responsabilidad criminal, no obstante, si estamos ante un error vencible la infracción podría ser castigada en su caso como culposa.

Concretamente, en lo que respecta a los delitos objeto de nuestro estudio, éstos se caracterizan por exigir la concurrencia de todo lo, por lo tanto, sea el error vencible o invencible, en estos supuesto habrá la impunidad.

⁶⁹¹ Vid. CUELLO CONTRERAS, J. P. *El Derecho penal español. Parte general*. Op.Cit., pp.684 ss. Sobre esta cuestión, Vid. DIÁZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Los elementos normativos del tipo y la teoría del error*. En: VV. AA. *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Casabó*. Valencia, 1997, pp. 657 y ss.

⁶⁹² Vid. artículo 14 del CP, el cual establece lo siguiente: 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personalidades del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Así, si la conducta dolosa consiste en el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto activo en la realización del tipo penal, será imprescindible, que tenga una comprensión sobre el hecho constitutivo del tipo, es decir, de los elementos normativos y descriptivos. Siendo así, en los supuestos de tráfico ilegal de personas, el error de tipo puede ser admitido si el autor yerra sobre algunos de los presupuestos objetivos que fundamentan la ilegalidad, es decir, si desconoce la condición de extranjero o que éste no dispone de los requisitos para acceder al territorio español⁶⁹³.

No obstante, en lo que concierne a los elementos accidentales, será necesario observar lo dispuesto en el artículo 14.2 y 65 del CP. De acuerdo con el citado precepto, las circunstancias implicadas en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla serán aplicables a quienes hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación en el delito. En este sentido, cuanto a las circunstancias agravantes del artículo 318 bis CP los supuestos más probables son aquellos que se producen sobre la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, la minoría de edad o incapacidad o la puesta en peligro de la vida, salud o integridad de las personas, sobretodo, cuando el tráfico se realiza de forma clandestina o subrepticia. En estos casos, el error sobre una circunstancia agravante impide la apreciación de ésta, por lo que se aplicaría únicamente la pena prevista para el tipo básico.

⁶⁹³ Vid. CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos Extranjeros, Comentarios al Código penal. Reforma 5/2010*. Op. Cit., pp.712-713; PEREZ FERRE R, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 79. Así por ejemplo, en el supuesto del conductor que creen do transportar una determinada mercancía, desconoce la ocultación de una persona en el interior de su vehículo. Aquí, el sujeto activo cree que no concurren en su conducta todos o alguno de los elementos del tipo legal, pese a que efectivamente, concurren, por lo que se apreciaría un error de tipo esencial, sea vencible o invencible, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del Código Penal, y por tanto, impune, al no castigarse la comisión imprudente. O cuando aquel facilita el traslado o desplazamiento de otra persona creyendo que posee la documentación requerida a tal efecto, como por ejemplo, el caso del taxista que traslada a tres sujetos pasivos creyendo que su acción es correcta y que estos poseen la documentación administrativa necesaria. Se daría lugar entonces a un error de tipo esencial, vencible, y una vez más impune penalmente, aunque debería responder administrativamente, de conformidad con el artículo 66 de la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción dada por la LO 14/2003, por no realizar la debida comprobación de la validez y vigencia de los documentos de viaje que acreditasen su identidad.

Por otro lado, como observa Guardiola Lago⁶⁹⁴, las circunstancias que consistan en el ánimo de lucro, el propósito de explotación sexual, el prevalimiento de la condición de autoridad, agente o funcionario, la pertenencia a una organización o asociación o el hecho de ser jefe, administrador o encargado de las mismas, servirán apenas para agravar la pena a aquellos en quienes concurren.

⁶⁹⁴ GUARDIOLA LAGO, M. J. "El tráfico de personas en el derecho penal español". Op. Cit., p. 325. PEREZ CEPEDA, A. I. "Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal". Op. Cit., p. 254. SAINZ-CANTERO CA PARROS, J. E. "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros". Op. Cit., p.112.

***PARTE V- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y JUICIO DE
CULPABILIDAD***

1. Causas de justificación.

Las causas de justificación representan casos donde, realizándose un concreto tipo delictivo, su autor no actúa antijurídicamente. En este sentido, se afirma que el comportamiento amparado por una causa de justificación, es típico pero no antijurídico⁶⁹⁵.

Siendo así, nos preguntamos si es posible apreciar causas de justificación en los delitos objeto de este estudio, es decir, se puede alegar que la conducta típica ha sido realizada en razón del estado de necesidad, o del miedo insuperable, o quizás del error de prohibición en los supuestos de tráfico ilegal de personas?

Opina la doctrina mayoritaria⁶⁹⁶ que la apreciación de alguna causa que justifique la conducta de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas es prácticamente inviable.

En lo respecta al estado de necesidad, la doctrina científica cuestiona si los factores que impulsan a los extranjeros a acceder a España de forma irregular, es decir, las dificultades de orden social y económico a que están sometidos en sus países pueden ser constitutivos de estado de necesidad y, por consiguiente, suponer una causa de justificación de la antijuridicidad de la conducta. En este ámbito de discusión, subraya DAUNIS RODRÍGUEZ⁶⁹⁷, que son muchas las dificultades técnicas que desaconsejan la apreciación de esta circunstancia, fundamentalmente, a la hora de corroborar la propia requisitoria que articula la aplicación del estado de necesidad: la

⁶⁹⁵ Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op.Cit., pp. 97 ss.; ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000*. Op. Cit., p. 921

⁶⁹⁶ PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. p. 73, son esas las circunstancias capaces de fundamentar una causa de justificación, ya que es difícil imaginar situaciones donde el ordenamiento jurídico-penal permita atentados tan graves a los derechos fundamentales de los extranjeros.

⁶⁹⁷ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., p.

ponderación de los males existentes, la necesidad de la acción típica y la inminencia del mal que se trata de evitar, por tanto, concluye el referido autor que exist en graves dificultades para apreciar el estado de necesidad que legitime el auxilio necesario como causa de justificación; resultando únicamente aplicable cuando sea posible concretar la situación de necesidad del extranjero, exista un peligro inminente y no sea viable otra solución distinta del incumplimiento de la norma.

En lo que a la jurisprudencia respecta, son escasos los casos donde esta eximente de antijuridicidad ha sido apreciada. Concretamente, no encontramos ningún supuesto donde haya sido aplicado el estado de necesidad. Sin embargo, a título ilustrativo, destacamos la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1109/ 2007 de 19 diciembre, que rechaza la existencia del estado de necesidad en un supuesto de traslado clandestino por puesto fronterizo de un pasajero en asiento trasero del vehículo camuflado entre paquetes y tapado con una manta, hermano del conductor y propietario del vehículo. Los recurrentes alegaron que cuando llegaron a la aduana se percataron que iba escondido en vehículo el hermano de uno de los ocupantes, lo que les obligaba a seguir sin descubrir al inmigrante ilegal, sin embargo, el Tribunal Supremo ha decidido por la inexistencia del estado de necesidad puesto que bajo los siguientes argumentos:

“1.- La aplicación de la eximente no se plantea en términos de justificación de la conducta por la existencia de antecedentes de hecho que permitieran valorar sí, en el caso que nos ocupa, existía un mal o necesidad grave que cubriese u obligase a la realización de la conducta ya que con ella se evitaba un mal propio del inmigrante que justificaba también la actuación del hermano o del acompañante. La cuestión se mantiene con otros esquemas jurídicos y viene a deslizarse hacia un estado de necesidad sobrevenido o más bien a la no exigibilidad de otra conducta. 2.- El núcleo de la tesis se basa en que, sin existir estos presupuestos porque niegan el concierto previo, la situación se torna insostenible en el momento en que, llegando a la aduana, descubren al hermano del conductor y propietario, y según ellos, no pueden hacer otra cosa que lo que hicieron. 3.- Los hechos del relato no sustentan esta postura lo que sería suficiente para descartar la pretensión esgrimida. Lo cierto

es que los acusados tuvieron la posibilidad de destapar al pasajero y tratar de pasarlo a cara descubierta sin clandestinidad y con la posible y más que probable interceptación por la policía al pedirle los documentos. Esta conducta, que era la exigible, no la realizaron sino que continuaron hasta el final su propósito de favorecer la entrada clandestina en el territorio nacional de la persona que transportaban clandestinamente.

2. Error de Prohibición.

Según Cuello Contreras ⁶⁹⁸ el error de prohibición es desconocimiento de la ilicitud del hecho antijurídico, es decir, de que viola una norma del Ordenamiento jurídico, que lo prohíbe. Así, el error de prohibición, en paralelo al error sobre el tipo, es la otra cara del conocimiento de la antijuridicidad.

El Ordenamiento jurídico español lo contempla en el artículo 14.3 del CP y, de acuerdo con este precepto, habrá error de prohibición cuando el autor, a pesar de conocer todos los elementos del tipo, realiza la acción con la conciencia de actuar amparado por el Derecho, pues considera que el hecho que realiza no está prohibido por la ley. Supone la exclusión o la atenuación de la responsabilidad penal para aquellas personas que no han internalizado los valores del injusto concreto de que se trate. La exención de responsabilidad penal o la atenuación se contemplará según si el sujeto hubiera podido o no vencer esa falta de internalización⁶⁹⁹.

En lo que concierne al error de prohibición, parte de la doctrina ⁷⁰⁰ rechaza su apreciación en los delitos del artículo 318 bis CP. Será difícil la

⁶⁹⁸ CUELLO CONTRERAS, J. *Derecho penal español. Parte general*. Op.Cit., pp.1090ss

⁶⁹⁹ BUSTOS JUAN, HORMAZABAL, H. *Lecciones de Derecho penal*. Op. Cit., p 156.

⁷⁰⁰ Vid. PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op. Cit.,p. 255; Vid. SERRANO-PIEDECASAS, J. R. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*.Op. cit., p. 390;

aplicación del error de prohibición dada la clandestinidad de la inmigración, el uso de transportes inadecuados o la no utilización de los puestos fronterizos, acudiendo la jurisprudencia a la teoría de la ignorancia deliberada o a afirmar que la duda es incompatible con la creencia errónea⁷⁰¹.

En la opinión de Pérez Ferrer⁷⁰² resulta forzada la calificación del error de prohibición, esto es, cuando el sujeto pese a conocer completamente el supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida (por ejemplo, si desconoce que facilitar la venida de inmigrantes ilegales es un delito), desestimándolo no sólo en base a la entidad de las conductas enjuiciadas, sino también a la forma clandestina en que se manifiesta su realización. Su valoración es de una complejidad extrema, porque de este modo, al tratarse de un delito en el que se hallan implicados derechos mínimos de la persona, se hace muy difícil imaginar el desconocimiento de su prohibición.

En efecto, parece poco probable la presencia del error de prohibición en estos supuestos, no solo porque esta actividad criminal tiene fuerte repercusión en los medios de comunicación, que están continuamente poniendo de manifiesto la ilegalidad de la conducta, sino, también, por la clandestinidad en la que se suelen realizar las mismas, que puede ser un importante indicio de que el sujeto activo conocía la ilicitud.

Por otro lado, un sector doctrinal⁷⁰³ admite la operatividad del error de prohibición cuando el mismo recaiga sobre alguno de los elementos que determinan la ilegalidad del tráfico.

En verdad, la repercusión mediática de este tipo de actividades así como la propia naturaleza de las conductas de tráfico ilegal de personas que

⁷⁰¹ Vid. STS núm. 1238/09

⁷⁰² PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 79.

⁷⁰³ Vid. RODRIGUEZ MESA, M. J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 80; GUARDIOLA LADO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 324; PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Op. Cit., p. 254.

implícitamente sugieren las situaciones de ocultación, secreto y clandestinidad dificulta la apreciación de esta causa de justificación de la conducta⁷⁰⁴.

Puede ocurrir que el sujeto que promueva o favorezca el tráfico ilegal de personas sea extranjero y alegue desconocimiento de los requisitos legales que se establece la norma española para acceder de forma regular al territorio. Sin embargo, dicha requisitoria no difiere de la exigida por el resto de los Estados que conforman la Sociedad Internacional, por lo que parece estéril incidir en el desconocimiento de la ilicitud de la conducta comentada, para alegar el error de prohibición de la norma.

En este sentido, resulta ilustrativa la SAP de Las Palmas núm. 75/2008 de 28 de abril. *“ No es admisible apreciar dicho error, ni como vencible ni como invencible. Debe partirse, necesariamente, de la regla general del derecho de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento del artículo 6.1 del Código Civil. Para empezar, aplicar esta regla sin más a los ciudadanos extranjeros simplemente por tener tal condición, supondría admitir una regla general de impunidad al que no resida en España, lo que sencillamente es absurdo. Pero es más, si bien se deben admitir graduaciones respecto de tal exigencia, según la complejidad de la conducta objeto de represión penal, sobre todo cuando la necesidad de sanción viene impuesta por reglas comunes procedentes del derecho natural, y por tanto de general comprensión para la humanidad, como puede ser el matar a alguien o el robar, debe analizarse caso por caso a fin de verificar si era o no posible que el sujeto activo conociese la ilicitud del proceder que va a acometer. Desde esta perspectiva, resulta incuestionable que todos y cada uno de los acusados abordaban un viaje que constituía una conducta ilícita, cuanto menos desde el punto de vista administrativo, ya que se embarcaban en un viaje peligroso con resultado incierto, a sabiendas que los viajeros pagaban importes notablemente superiores a los de viajar en línea regular, con la finalidad evidente de evitar el control migratorio de las autoridades de destino, a fin de*

⁷⁰⁴ Vid. PEREZ FERRE R, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 78; SERRANO PIEDECASA, J. R. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 390; DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., p. 116.

lograr entrar clandestinamente en ese país, asumiendo la más que probable expulsión caso de ser interceptados. A partir de aquí, son conscientes que ellos realizan la conducta más grave, en cuanto son contratados por el dueño del cayuco para tripular la embarcación a cambio de no abonar nada por el viaje, asumiendo que con su proceder van a disponer de la vida e integridad de los demás. Con tales variables, no resulta admisible que merezcan un menor reproche sobre la base de una supuesta ignorancia del carácter penal de su conducta, en cuanto eran conscientes de su grave proceder y, al menos, de que constituía un ilícito administrativo.

3. Inexigibilidad de otra conducta.

La exigibilidad de otra conducta debe ser entendida como grupo de situaciones en las cuales al individuo adulto, normal y mentalmente sano que ha actuado dolosa o culposamente no se le puede reprochar el uso indebido de la libertad de obrar socialmente reconocida, por no haber podido actuar de otra manera distinta a como lo hizo.

Siendo así, la verificación de dicha eximente de responsabilidad en los supuestos de tráfico ilegal de personas, requiere algunos planteamientos. En efecto, son comunes situaciones en que el extranjero residente facilita la inmigración clandestina a España se sus familiares que no cumplen los requisitos legales para acceder al territorio español. En estos casos, para verificar la posible incidencia de la inexigibilidad de conducta diversa, importa considerar las razones del hombre medio, es decir, si éste puede soportar la presión motivacional que genera la lejanía de sus familiares⁷⁰⁵.

Sin embargo, como observa Daunís Rodríguez⁷⁰⁶, *existen distintos argumentos que abogan por negar la posibilidad de eximir la responsabilidad*

⁷⁰⁵ Vid. DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., 118.

⁷⁰⁶ *Ibíd.*

penal a los sujetos que actúen motivados por este tipo de factores, puesto que se producirían multitud de supuestos en los que el extranjero facilitaría la entrada ilegal a sus familiar en España, en lugar de utilizar los medios que la LODYLE establece para reagrupación familiar.

Desde luego, los motivos que favorecen o promueven la inmigración clandestina a través del tráfico ilegal de personas suelen estar vinculados a intenciones lucrativas, así que resulta prácticamente inviable sostener la aplicación de la inexigibilidad de otra conducta en estos supuestos.

Sobre la aplicación de la referida eximente, se ha manifestado el Tribunal Supremo en la ST S núm . 1109/2007 de 19 de diciembre: “ *La aplicación de la eximente no se plantea en términos de justificación de la conducta por la existencia de antecedentes de hecho que permitieran valorar sí, en el caso que nos ocupa, existía un mal o necesidad grave que cubriese u obligase a la realización de la conducta ya que con ella se evitaba un mal propio del inmigrante que justificaba también la actuación del hermano o del acompañante. La cuestión se mantiene con otros esquemas jurídicos y viene a deslizarse hacia un estado de necesidad sobrevenido o más bien a la no exigibilidad de otra conducta. 2.- El núcleo de la tesis se basa en que, sin existir estos presupuestos porque niegan el concierto previo, la situación se torna insostenible en el momento en que, llegando a la aduana, descubren al hermano del conductor y propietario, y según ellos, no puede hacer otra cosa que lo que hicieron. 3.- Los hechos del relato no sustentan esta postura lo que sería suficiente para descartar la pretensión esgrimida. Lo cierto es que los acusados tuvieron la posibilidad de destapar al pasajero y tratar de pasarlo a cara descubierta sin clandestinidad y con la posible y más que probable interceptación por la policía al pedirle los documentos. Esta conducta, que era la exigible, no la realizaron sino que continuaron hasta el final su propósito de favorecer la entrada clandestina en el territorio nacional de la persona que transportaban clandestinamente.*

***PARTE VI – FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL
DELITO***

CAPÍTULO 1. ITER CRIMINIS.

Como es sabido, la redacción del precepto que nos ocupa se refiere a conductas periféricas de participación en un hecho principal. Siendo así, es necesario preguntarse en qué momento el promover, el favorecer y el facilitar adquieren la suficiente relevancia para justificar la responsabilidad penal y a que la amplitud y la vaguedad de los referidos términos revisten de dudas el momento consumativo del delito e, incluso la apreciación de la tentativa.

En efecto, parte de la doctrina científica⁷⁰⁷ argumenta que estamos ante delitos de consumación anticipada, ya que la extensa descripción típica del artículo 318 bis CP permite que se equipare la consumación del delito a conductas que pueden constituir materialmente formas imperfectas de ejecución, e incluso, supuestos de actos preparatorios⁷⁰⁸.

Algunos doctrinadores⁷⁰⁹ sostienen que el tipo adelantado, la barrera punitiva al momento que promueve, favorece o facilita el tráfico, así podría incluirse en la tipicidad, por ejemplo, la construcción de un habitáculo para recibir a los inmigrantes o la puesta en contacto con las personas que en un futuro se va a transportar⁷¹⁰.

Opina Aránguez Sánchez⁷¹¹ que *el tipo penal no se limita a castigar a quienes consiguen que un grupo de inmigrantes ilegales entren o transiten por territorio español, sino que adelanta la barrera punitiva incriminando la*

⁷⁰⁷ Vid. GARCÍA ESPAÑA, E./RODRÍGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los Derechos de los Extranjeros. Op. Cit.*, p. 743; RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *Ley de extranjería y derecho penal. Op. Cit.*, p. 2; MAYORDOMO RODRIGO, V. *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas. Op. Cit.*, p. 119; FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Op. Cit.*, p. 29

⁷⁰⁸ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. En: QUINTEROS OLIVARES, G (dir) *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal, Op. Cit.*, p. 1131.

⁷⁰⁹ Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *Ley de extranjería y derecho penal. Op. Cit.*, p. 2; PALOMO DEL ARCO, A. *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal. Op. Cit.*, p 180.

⁷¹⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. En: QUINTEROS OLIVARES, G (Dir.) *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal, Op. Cit.*, p. 1132;

⁷¹¹ ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000. Op. Cit.*, p. 922.

promoción del tráfico de personas. Esto supone que esta infracción se concibe como un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada. Desde esta perspectiva no cabe la posibilidad de apreciar la tentativa, pues quien, por ejemplo, es detenido cuando dirige un patera hacia las costas españolas con un grupo de inmigrantes ilegales a bordo ya ha consumado el tipo, que únicamente requiere para su perfección que se haya incentivado tal conducta.

En efecto, tal como ya lo hemos aludido, la doctrina mayoritaria argumenta que los delitos redactados en el tipo básico del artículo 318 bis del CP son de mera actividad⁷¹², y por esa razón no es necesario que el ciudadano extranjero haya entrado, transitado o salido de España. Así entendido, resultaría imposible admitir las formas imperfectas de ejecución⁷¹³. De esta opinión: Silva Castaño⁷¹⁴, Serrano Piedecasas⁷¹⁵, Palomo Del Arco⁷¹⁶, De León Villalba⁷¹⁷, García España y Rodríguez Candela⁷¹⁸, quienes excluyen la

⁷¹² Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 91; PEREZ FERRE R, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 68; MAYORDOMO RODRIGO, V. *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*. Op. Cit., p. 119; FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Op. Cit., p. 29; CANCIO MELIA, M Y MARAVER GÓMEZ, M. *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Op. Cit. pp 107-108. Los referidos autores explican que “no es necesario que llegue a producirse efectivamente la entrada o residencia ilegal del inmigrante. Desde el momento en que se promueve, favorece o facilita el tráfico o la inmigración ilegal, el delito queda consumado. Este delito no implica, por tanto, la producción de un determinado hecho o de una determinada situación, y, en este sentido, es complicado que llegue a realizarse en grado de tentativa. Hay que tener en cuenta además que el verbo “promover” implica iniciar un proceso, de modo que lo normal es que todo lo que no sea meramente un acto preparatorio suponga la plena realización del delito.”

⁷¹³ Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 91; PEREZ FERRE R, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 68; SÁN CHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 825. RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *Ley de extranjería y Derecho penal*. Op. Cit., p. 2; PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas*. Op. Cit., p. 130; GARCÍA ARÁN, M., *Trata de personas y explotación sexual*. Op. Cit., p. 227.

⁷¹⁴ SILVA CASTAÑO, M. L. *Protección penal de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p.442.

⁷¹⁵ SERRANO PIEDACASAS, J. R. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. “al tratarse de un delito de peligro abstracto la consumación se alcanza con la realización de conductas referencia. Para el autor no es necesario que la víctima del tráfico haya efectivamente salido, entrado o transitado por el territorio español. No es cabible la tentativa”.

⁷¹⁶ PALOMO DEL ARCO, A. *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*. Op.Cit., p. 180ss

⁷¹⁷ DE LEÓN VILLALBA, F. J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Op. Cit. p.258.

posibilidad de formas imperfecta de ejecución, ya que se trata de un delito de peligro que adelanta la consumación al momento mismo de la realización de la conductas. Es decir, la consumación se alcanza con la realización de las conductas típicas sin que sea necesario acreditar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo ni que la víctima del tráfico ilegal, haya efectivamente salido, entrado o transitado por territorio español.

En cuanto a la jurisprudencia, el tipo básico de tráfico del artículo 318 bis CP es calificado como delito de mera actividad⁷¹⁹, que se consume, sin posibilidad de apreciar la tentativa, sin necesidad de que la persona extranjera haya efectivamente salido, entrado o transitado por el territorio español. Así, resulta esclarecedora la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 561/2007 de 15 de junio de 2007 que afirma a “[...] como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva, favorezca o facilite por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consume el delito; lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplir la previsión normativa, por lo que pueden incluirse conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc. Ello implica que sea irrelevante que los inmigrantes llegaran a acceder a la península o no se concluya la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, por cuanto el delito se consume por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, sin exigir que se consiga llegar clandestinamente a territorio español.

Asimismo la STS núm. 122/2008 de 18 de febrero ha manifestado el mismo argumento: Es preciso, además, tener en cuenta también que el delito

⁷¹⁸ GARCIA ESPAÑA, E Y RODRIGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los derechos de los extranjeros*. Op. Cit., p. 30.

⁷¹⁹ Vid., en sentido similar: STS núm. 582/2007 de 21 de junio; STS núm. 605/2007 de 26 de junio; STS 746/2007 de 17 de septiembre; STS núm. 36/2008 de 31 de enero; STS núm. 122/2008 de 18 de febrero; STS núm. 152/2008 de 8 de abril; STS núm. 399/2009 de 11 de abril.

por el que ha sido condenado el aquí recurrente artículo 318 bis, apartados 1º y 3º del es uno de los denominados delitos de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, por lo cual cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica.

La Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2006⁷²⁰ y en el informe de extranjería de 2009⁷²¹ ha reiterado referido razonamiento dada la amplitud de las expresiones contenidas en el apartado 1 del artículo 318 bis CP nos hallamos ante un delito de consumación anticipada. El mero favorecimiento determina la perfecta realización, lo que excluye apreciar tan sólo un tipo de imperfecta ejecución.

La acción realizada por el sujeto activo tiene que ser idónea en el sentido de promover de forma positiva y real en desplazamiento de los sujetos pasivos, puesto que si no provoca a la decisión de desplazarse, no hubo la promoción, el favorecimiento o facilitación del tráfico de personas. Así, teniendo en cuenta dicho planteamiento, la consumación delictiva se conc retiza con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier obra que suponga la promoción o favorecimiento de la inmigración ilegal con independencia del resultado conseguido⁷²².

En otro orden de consideraciones, Sáinz-Cantero Capar rós⁷²³ afirma que aunque sea un delito de mera actividad no se encuadra perfectamente como un delito de consumación anticipada. Subraya que la

⁷²⁰ Vid. Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado. Disponible en www.fiscal.es/Net/Novidades/Jurisprudencia/fiscalia/circulares.html

⁷²¹ Vid. Informe de extranjería/2009 la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Disponible en: www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata...

⁷²² RODRIGUEZ MESA, M. J. *Delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. pp. 86 y 87.

⁷²³ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., pp. 92 ss. Vid., del mismo autor, *Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., pp.804-805.

responsabilidad penal en este supuesto sólo se concretiza si se constata el inicio de las conductas previstas en el tipo básico del artículo 318 bis CP. Concretamente, opina que “*lo más determinante, y en este sentido operativo a efecto interpretativos, es la determinación del momento en que el traslado, el tráfico, en definitiva, adquiere precisamente su condición de ilegal*”.

Desde su óptica, Guardiola Lago⁷²⁴ expone que para la consumación del delito no es necesaria la entrada ilegal en un territorio como resultado espacio-temporal separado de la acción. Para esta autora la consumación ocurre cuando el sujeto pasivo inicie, por intermediación de otras personas que abusan de su situación de necesidad, un movimiento migratorio internacional en condiciones de ilegalidad administrativa. Interesante es que opina que aunque sean delitos de mera actividad pueden ser de efectos permanentes⁷²⁵, por lo que cualquier sujeto que intervenga en el traslado de las personas objeto del tráfico, mientras éstas no llegan al país destino o no se abandonan a su suerte pueden considerarse sujetos activos del delito en igual medida que aquellos que en el país de origen iniciaron el tráfico⁷²⁶.

Desde luego, no es unánime la consideración de encontrarnos ante un delito de mera actividad, puesto que en un sentido contrario encontramos autores que entienden que se trata de un delito de resultado material, pues el tráfico o la inmigración se conciben como desplazamiento.

Así lo apuntan, Rodríguez Mesa⁷²⁷ y Pérez Cepeda⁷²⁸ quienes sostienen que se trata de un delito de resultado, con lo cual se aplicarían las

⁷²⁴ GUARDIOLA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 312.

⁷²⁵ Ibidem., p. 314 *El injusto no se agota hasta que no haya finalizado el traslado o cesado la relación entre los extranjeros y traficantes*. Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., p. 94; ORTIZ BERENGUER, R. Y GONZALEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal*. Op. Cit., p. 642.

⁷²⁶ Ibidem., p. 314.

⁷²⁷ RODRIGUEZ MESA, M. J. *Delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., pp. 61-64.

⁷²⁸ PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op. Cit., pp. 197-200.

reglas de imputación objetiva y sería admisible la tentativa y la comisión por omisión.

En concreto para Pérez Cepeda⁷²⁹ será preciso que el comportamiento del sujeto activo posea una incidencia en el hecho del desplazamiento de los sujetos pasivos, lo que implicaría la necesidad de relacionar la acción con el resultado utilizando criterios de imputación objetiva.

Desde su punto de vista, Martínez Escamilla⁷³⁰ también opina que el tipo básico del artículo 318 bis CP puede interpretarse como un delito de resultado, haciendo depender su consumación de que el desplazamiento migratorio se haya iniciado, sin que basten la mera conducta de promoción, favorecimiento o facilitación. Sin embargo, señala que dicho delito no puede interpretarse como un delito de lesión, pues en modo alguno se exige que el inmigrante llegue a alterar de alguna manera las condiciones del sistema que se pretende preservar.

Por su parte, Pérez Alonso⁷³¹ sostiene que es necesario el inicio del traslado para la consumación, por lo tanto, es perfectamente posible admitir la tentativa en estos delitos cuando el desplazamiento no llegue a producirse por causas independientes a la voluntad del autor.

⁷²⁹ *Ibidem.*, p. 197, la autora señala que consigue restringir el alcance del tipo al afirmar que no cualquier acto que teleológicamente se encuentre dirigido a potenciar la inmigración de personas puede considerarse típico sino que, atendiendo a que se trata de un delito de peligro hipotético, dichos comportamientos deben ser idóneos para incidir en el tráfico, afectando a la dignidad tanto individual como colectiva de los extranjeros.

⁷³⁰ MARTINEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*. Op. Cit., pp.127-129. Argumenta aun que "Exigir que la inmigración ilegal se haya producido, es decir, un resultado, constituye a mi modo de ver una de las pocas posibilidades de interpretación restrictiva, no exenta de dificultades, que ofrece el 318 bis CP. Si, por el contrario, se entendiera que basta cualquier conducta de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración sin ningún tipo de resultado diferente a la propia aportación, habría que admitir que la intervención penal se extiende hasta momentos no sólo periféricos, sino sumamente alejados de lo que sería la lesión del bien jurídico, es decir, el menoscabo de nuestras actuales condiciones de vida, extensión del derecho penal a la que, por otra parte, nos tiene acostumbrado el legislador penal de los últimos tiempos

⁷³¹ PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p.430. Vid. En el mismo sentido: GARCIA ARÁN. M. *Trata de personas y explotación sexual*. Op. Cit., p. 233; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. *Delitos contra los Derechos de los Extranjeros*. Op. Cit., p. 305;

En referencia específica, Pérez Cepeda ⁷³² señala que cuando en la captación de los ciudadanos extranjeros no existe una finalidad de explotación sexual o laboral pero se ofrecen servicios para realizar la inmigración ilegal que son idóneos para afectar a la dignidad de los extranjeros y no se consigue lo pretendido, por ejemplo, porque no se aceptan las condiciones, sería un supuesto de tentativa del tipo básico del tráfico de personas.

En verdad, importa considerar que “ *no toda conducta relacionada con la inmigración de un extranjero no residente legalmente en España puede significar la infracción consumada del artículo 318 bis CP y en aras de restringir el ámbito de aplicación de la figura es necesario exigir la constatación del resultado típico. Es decir, no bastará con la realización de cualquier acción que pudiera tener conexión con la inmigración irregular de un tercero, sino que deberá constatar la producción de un resultado, separado temporal y específicamente de los mismos, que signifiquen una lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Las expresiones desde, en tránsito o con destino convierten al 318 bis CP en un delito de movimiento. En consecuencia, para confirmar que el delito se ha consumado habrá que constatar que el desplazamiento se inició*”⁷³³.

⁷³² PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op. Cit., p.207, quien observa que “*en el supuesto de que ya se hayan facilitado los medios, por ejemplo, una patera y el conductor está preparado, pero ese día sube la marea y no puede realizarse la travesía, creo que el delito todavía no se ha consumado porque, aunque es una conducta que incide de forma efectiva sobre el tráfico, facilitándolo, no es idónea todavía para atentar contra la dignidad de los extranjeros como colectivo, hasta que no se inicie el desplazamiento*”.

⁷³³ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., Op. Cit. 126, destaca que cuando se hubieron realizado conductas encaminadas al cruce ilegal de fronteras, pero éste no se hubiera iniciado, podríamos apreciar el delito en grado de tentativa. Son aquellos supuestos en los que ya existe un plan organizado, con un concierto en el traslado y, antes de iniciarse dicho desplazamiento, el plan es abortado por la policía. Estos supuestos pueden apreciarse en el tráfico ilegal que se realiza desde Ceuta y Melilla hacia la península. La situación de cercanía de las citadas ciudades y Marruecos y las amplias zonas fronterizas que comparten, posibilita la llegada de inmigrantes del país alauí a las ciudades norteafricanas; sin embargo, las expectativas laborales y económicas de las mismas no son suficientes atractivas para los inmigrantes, que en la mayoría de los casos, entienden su llegada a Ceuta como paso previo en su proceso migratoria hacia la península⁷³³.

Por otro lado, Martínez Escamilla⁷³⁴ opina que admitir la tentativa en dichos supuestos es castigar meros intentos de participación en un hecho que ni siquiera ha comenzado a ejecutarse. Cita como ejemplo los anuncios en los periódicos que sugieren la idea de inmigrar de forma ilegal, son apenas intentos de participación en un hecho (inmigración irregular) que no ha comenzado a ejecutarse. Su punición acudiendo al artículo 16, supondría invertir la regla general de la impunidad de los actos preparatorios, así como la regla general de que el castigo de la participación delictiva se condiciona al principio de ejecución del hecho principal. Propone la impunidad de aquellos supuestos en los que el desplazamiento migratorio no ha llegado a iniciarse, aunque se hayan verificado las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación del mismo.

No obstante, como pone de relieve Cuello Contreras⁷³⁵, la delimitación entre la preparación y la tentativa la establece axiológicamente el legislador, y en su desarrollo el intérprete, pero su estimación en el caso concreto no puede determinarse sin la representación subjetiva del autor de los hechos que sirven al legislador para establecer el paso a la fase de tentativa. Por ello, aunque los verbos elegidos por el legislador para tipificar el tráfico ilegal de personas evoquen conductas de participación, la tentativa inacabada puede ser admitida en el delito de tráfico ilegal de personas siempre que la consumación no se lleve a cabo por motivos ajenos a la voluntad del autor⁷³⁶.

En definitiva, estimamos que la técnica utilizada por el legislador en el tipo básico del artículo 318 bis CP resulta complicada a la hora de determinar

⁷³⁴ El párrafo primero del artículo 318 bis supone, pues, un alejamiento de la forma en que tradicionalmente se articula la incriminación de conductas. Y ello no sólo por el castigo de momentos muy alejados de la lesión, sino también por la punición de conductas muy periféricas. Si el legislador, ante la atipicidad de inmigrar ilegalmente, se vio obligado, si quería asegurarse el castigo de conductas propias de participación, debería haber trasladado al tipo las formas punibles de participación asumidas por el CP como regla general: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. Frente a estas posibilidades opta por una amplísima descripción de la conducta típica: la promoción, el favorecimiento y facilitación del tráfico o inmigración ilegal, extendiendo al máximo la intervención del Derecho penal.

⁷³⁵ CUELLO CONTRERAS, J. *Derecho penal español. Parte general*. Op. Cit., p. 17

⁷³⁶ Vid., ME STRE DELGADO, E. *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*. En: LAMARCA PEREZ, C. (Coord) *et al. Derecho Penal. Parte Especial*. Colex, Madrid, 5 de d. 2010, p. 432.

el inicio de los actos ejecutivos. Es cierto que aceptar la hipótesis de tentativa inacabada cuando el traslado ilegal aún no se haya iniciado, es decir, cuando el desplazamiento no se haya puesto en marcha, se encaja en la necesidad de restringir el tipo, y atiende a los principios de lesividad y proporcionalidad, puesto que así evitaríamos una reacción punitiva desproporcionada en algunos casos, por ejemplo, en los supuestos de la falsificación de documentos para el traslado, de la preparación de un hábitáculo para esconder inmigrantes o incluso en situaciones donde se presta dinero al inmigrante para que éste aparente solvencia ante las autoridades migratorias, no obstante, nos parece una interpretación un poco forzada ya que el delito del artículo 318 bis es un delito de mera desobediencia, con una “ofensividad” que se agota en el desvalor de acción.

En verdad, como pone de relieve Méndez Rodríguez⁷³⁷, “determinar la lesión de un bien jurídico colectivo requiere un procedimiento de difícil ejecución; esto es debido a la creación de bienes jurídicos demasiado amplios que se definen frecuentemente para dar cuerpo y homogeneidad normativa a la regulación de determinados sectores económicos, haciendo prevalecer así la función sistemática del bien jurídico sobre la función crítica del mismo”.

CAPÍTULO 2 - AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La intervención de varias personas en la realización de un delito plantea diversas cuestiones que la dogmática penal analiza, tradicionalmente, desde la distinción entre autoría y participación⁷³⁸.

⁷³⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro abstracto y sus técnicas de tipificación*. Op.Cit., p. 43.

⁷³⁸ En lo que a jurisprudencia respecta vid. BACIGALUPO, E. *Teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Diario La Ley, N° 6962, Sección Doctrina, 6 Jun. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY, p. 1, quien afirma que los conceptos de autor y partícipe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no son precisamente de los más claros. Esta situación tiene, a mi modo de ver, varias causas. En cierto sentido, la jurisprudencia es consecuencia de factores que el Tribunal Supremo no puede modificar. Ante todo la antigüedad de las ideas sobre las que se han elaborado las normas que rigen y rigieron la concurrencia de personas en

Concretamente, en los supuestos acogidos por el artículo 318 bis CP, la determinación de la autoría y participación suscita diversos debates doctrinarios y jurisprudenciales, ya que los verbos que describen la conducta típica en este tipo penal atribuyen al precepto una extensa tipicidad⁷³⁹, lo que conlleva a apreciar en el ámbito de la autoría conductas que en otros casos⁷⁴⁰, serían formas de participación⁷⁴¹.

En este sentido, parte de la doctrina⁷⁴² sostiene que esta amplia descripción típica plantea la cuestión de si en el ámbito de los delitos tipificados en el artículo 318 bis CP se pueden aplicar las reglas generales del sistema diferenciador establecido por los artículos 27 y ss. Del CP o si, por el contrario habría una excepción.

Siendo así, es notoria la dificultad de aplicar las reglas generales de autoría y participación en estos supuestos, puesto que el artículo 318 bis CP identifica como sujeto activo del delito al que, de forma directa o indirecta, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Por ello, argumenta la doctrina mayoritaria⁷⁴³ que el legislador ha

el delito, prácticamente invariables desde el Código de 1848 hasta el vigente, de 1995. Pero, además, la interpretación de los textos legales por el Tribunal Supremo ha dependido del contexto teórico en el que se desarrolló la jurisprudencia en esta materia: me refiero a las teorías de la causalidad y al fuerte apego de una parte de la doctrina al método gramatical para explicar los arts. 27 y ss. CP

⁷³⁹ La amplitud de la tipicidad se ha acentuado tras la incorporación, con la reforma LO 11/2003, de las expresiones directa e indirectamente, que convierte en autor prácticamente a cualquier sujeto que pueda tener relación con la inmigración irregular de un tercero.

⁷⁴⁰ De acuerdo con los artículos 17.3 y 18.2 Cp, la conspiración, proposición y provocación sólo se castigarán en los casos previstos por la Ley. Si se quisiera deducir del verbo utilizado por el precepto del 318 bis Cp, la prohibición de tales conductas, existen importantes motivos para no admitirlas; Por tanto, mediante una interpretación analógica *in bona parte* con los delitos de tráfico de drogas debemos excluir la posibilidad de apreciar estos actos preparatorios como formas adelantadas de participación.

⁷⁴¹ Vid. PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal* Op. Cit. p. 209, quien observa que se alcanza desde las conductas de financiación previa, pasando por labores de organización, las de transporte físico, hasta cobertura material jurídica.

⁷⁴² GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., 374.

⁷⁴³ Vid. ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000*. Op. Cit., p. 922; DE LEÓN VILLALBA, F. J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Op. Cit., p. 256; PEREZ CEPEDA, A.I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de*

optado por utilizar un concepto unitario de autor⁷⁴⁴, elevando a la categoría de autoría, cualquier conducta que pueda suponer una participación causal en los actos de tráfico ilegal o inmigración clandestina.

Es cierto, que el delito de tráfico ilegal de personas suele demandar una pluralidad de actos para asegurar el éxito final del resultado y por ello, las organizaciones dedicadas a este tipo de actividades están formadas por una serie de grupos que se encargan de realizar las distintas fases de la operación.

De hecho, la realidad empírica de los delitos de tráfico ilegal de personas revela que se trata de un delito complejo que suele estructurarse desde un paradigma de división de tareas⁷⁴⁵ propio de los modelos organizativos de la delincuencia organizada. Así, para asegurar el éxito de la operación, el tráfico ilegal de personas se organiza a partir de la distribución y

personas y derecho penal. Op. Cit., p. 209; TORRES FERNANDEZ, M. E. El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal. Op. Cit., p. 5. LAURENZO COPELLO, P. La protección penal de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit. p. 7 8. CANCIO MELIA, M y MARAVER GOMEZ, M El derecho penal ante la inmigración: un estudio político criminal. Op. Cit., p. 358. PEREZ FERRER, F. Analisis dogmatico y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit. pp. 78ss . GARCIA ARAN, M. Trata de personas y explotación sexual. Op. Cit., p 211

⁷⁴⁴ Vid. MIR PUIG, S. *Derecho Penal- Parte General*. Op. Cit. p.368; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español, parte general*. Op. Cit., p. 193 y 194. GOMEZ CONZÁLEZ, O. T.; *Participación Criminal: analisis doctrinal y jurisprudencial*. Disponible en: "http://vlex.com/vid/180076, p. 1. Quien sostiene que "el concepto unitario de autor se caracteriza por una renuncia a la distinción entre autor y partícipe (en el sentido que a esta palabra se le da como intervención en el hecho de otro), y por la introducción de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría, aunque sea con la denominación general de participación, intervención, colaboración u otras acepciones similares. En tal sentido, se puede decir que históricamente han mantenido un concepto unitario determinadas legislaciones en las que no predominan claras distinciones entre las personas intervinientes en el hecho delictivo. El rechazo de la distinción entre autor y partícipe trae consigo consecuencias muy importantes como es la negación de todo vínculo de accesoriadad entre las responsabilidades de los distintos intervinientes en el hecho". Vid. BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo 1 - Volumen 2*, Sección: Título III. La estructura del delito, P. 10. Disponible en: <http://vlex.com/vid/246800>. "El concepto unitario de autor resulta a todas luces insostenible, no sólo ya desde un punto de vista de lege lata, sino también de lege ferenda, en tanto que: a) Resulta incompatible con las exigencias de interpretación de la ley penal, ya que obliga a una interpretación extensiva de los tipos en aras de la inclusión, a modo de sujetos activos de los mismos, de individuos que no reúnen los requisitos típicamente exigidos para ello (como podría ocurrir, verbigracia, con los intervinientes en un delito especial que no ostenten la cualidad específica para ser sujetos activos de la infracción. Desconoce, en suma, la básica y lógica distinción entre: a) Ejecución del hecho (autoría en sentido estricto). b) Influencia en la ejecución ajena del hecho (participación).

⁷⁴⁵ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., p.120

división de tareas, es decir, algunos se dedican a captar clientes, otros se encargan de transportarlos. También podemos identificar los informantes, los vigilantes incluso, los recolectores de deudas que se dedican a recoger dinero de los inmigrantes en los países destino⁷⁴⁶.

Desde estos términos, se puede constatar las dificultades interpretativas que supone la determinación de la autoría en el delito de tráfico ilegal de personas, ya que el afán pancriminalizador del legislador incrimina a todos los sujetos que participan directa o indirectamente del tráfico ilegal de personas. Con todo, la realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores.

En este sentido, la SAP de Cádiz núm.137/2007 de 20 de marzo analiza el precepto en estudio y subraya que se refleja el afán pancriminalizador que conduce a la adopción de un concepto unitario de autor, en el que se equiparan a la autoría conductas que materialmente son de participación.

Sin embargo, advierte Daunís Rodríguez⁷⁴⁷, que aunque tratándose de actos de participación, al estar elevados a la condición de autoría, deberán apreciarse las reglas que prescriben la aplicación de la misma. Para el referido autor, el sujeto activo deberá tener el dominio de hecho⁷⁴⁸ de la acción de promover, favorecer o facilitar el acceso irregular del extranjero al país, en el sentido que no es suficiente con ayudar al extranjero con algún tipo de contribución causal en su proceso de inmigración en España, sino que deberá manejar, dirigir o controlar dicho proceso o, al menos, su contribución en el

⁷⁴⁶ GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, A. *Las organizaciones dedicadas a la inmigración ilegal*. En: CANCIO MELIÁ, M. / POZUELO PEREZ, L. *Política criminal en Vanguardia*. Op. Cit., pp. 209 ss

⁷⁴⁷ *Ibidem.*, p. 123.

⁷⁴⁸ Vid. BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Derecho Penal Español*. Op. Cit., p.13 ss. La teoría del dominio del hecho es, por el momento, considerada por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia como la más acabada técnicamente de cara a la delimitación entre autoría y participación. No obstante, esta teoría tampoco adolece de una formulación totalmente unificada, si no que se asienta, con distintos fundamentos y matices, en presupuestos conceptuales diversos según el autor que la considere; BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*. Op.Cit. p. 182 Para la teoría del dominio del hecho, autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de ese dominio del hecho

mismo. Y afirma que las conductas que, aun suponiendo una ayuda al inmigrante irregular pero que, por sí solas, no tienen una relevancia directa en la consecución del acceso irregular del extranjero en el país, no deberían ser penalizadas. Por tanto, desde su perspectiva, sólo podrán castigarse como autores del Artículo 318 bis CP aquellos que poseen el dominio del hecho delictivo. De esta forma, no será responsable el sujeto que le presta dinero a otro para que pague el billete de la patera, al no dominar la operación del tráfico o su intervención en la misma. Porque cuando el acceso depende, en exclusiva, del propio migrante, la conducta relacionada con dicho acceso debería declararse impune⁷⁴⁹.

De la misma opinión, Rodríguez Mesa⁷⁵⁰ afirma que la amplitud del tipo penal no abarca al ámbito de la autoría a aquellos sujetos que realizan simple actos preparatorios, como son la provocación o conspiración para cometer el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

Para Rodríguez Montañés⁷⁵¹ habría que diferenciar ambos tipos de sujetos, desde la aplicación de las normas generales, realizando una reducción teleológica del sentido literal posible del precepto en base a la cual se considerarían autores quienes directamente y con dominio o determinación objetiva del hecho, sea de forma individual, conjuntamente con otros o sirviéndose de otros como instrumento intervienen en el tráfico ilegal de personas, siendo en cambio partícipes quienes colaboren en el delito sin dominar o determinar objetivamente el hecho, o como mínimo excluyendo del núcleo de la autoría conductas accesorias a las que debería ser aplicada la rebaja propia de la complicidad.

⁷⁴⁹ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., pp.122 y ss. Añade aún que no se puede arrastrar al ámbito de la autoría a aquellos sujetos que realicen simple actos preparatorios, como son la provocación, proposición o conspiración para cometer el tráfico ilegal o inmigración clandestina personas. Ya que admitir estas conductas como constitutivas de delito significaría un adelantamiento excesivo de las barreras penales. Vid, en sentido similar, GUARDIOLA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 376.

⁷⁵⁰ RODRIGUEZ MESA, M. J. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Op. Cit., p. 86.

⁷⁵¹ RODRIGUEZ MONTAÑÉS, T. Ley de Extranjería y Derecho Penal. Op. Cit., p 381.

Desde su punto de vista, Guardiola Lago ⁷⁵² opina que es más adecuado partir de un concepto restrictivo de autor para luego ampliar la posible contribución de otros sujetos mediante las reglas de extensión de la participación que realizar el procedimiento inverso, esto es, construir tipos amplios donde se establezca un concepto unitario de autor, para luego realizar una labor de restricción de punibilidad en sede de determinación de la pena.

Sin embargo, aunque parte de la doctrina ⁷⁵³ reconozca, de forma excepcional, al menos la posibilidad de apreciar la complicidad delictiva, en el intento de mantener un sistema diferenciador de atribución de la responsabilidad para adecuar la respuesta punitiva al grado de intervención llevada a cabo en el delito, este argumento podría carecer de apoyo legal, al introducirse los términos “*directa e indirectamente*” por la reforma 11/2003, de 29 de septiembre.

Desde semejante razonamiento, Pérez Alonso ⁷⁵⁴ afirma que pese a la expansión de la conducta típica y la dificultad de diferenciación entre formas de autoría y participación sugiere la aplicación de los criterios propios de la imputación objetiva en un caso y en otro, aunque de manera especial en los actos de favorecimiento típicos en concepto de complicidad. Debe existir, por tanto, una relación causal y de riesgo jurídico desaprobado entre la contribución prestada y la efectiva lesión del bien jurídico protegido, de modo que dicha conducta tenga capacidad objetiva para facilitar, intensificar o asegurar la realización del hecho por parte del autor y, con ello atacar indirectamente el bien jurídico. De lo contrario habría que abogar por la impunidad de conducta.

Con todo, algunos autores ⁷⁵⁵ han afirmado la posibilidad de apreciar la complicidad delictiva en el artículo 318 bis CP aplicando la teoría general de

⁷⁵² Ibídem., p. 383

⁷⁵³ Ibídem.

⁷⁵⁴ PEREZ ALONSO, J. E. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Op. Cit., p. 432.

⁷⁵⁵ Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. p. 90 y 91; GUANARTEME SANCHEZ LÁZARO, F. *Nuevo delito de tráfico ilegal de personas*. Op.Cit., p. 291;

la autoría y afirmando que sólo serán típicas aquellas conductas principales o periféricas al tráfico que sean idóneas para propiciar las condiciones lesivas de derechos del sujeto siempre y cuando exista conciencia y voluntad de las condiciones en las que se realiza el tráfico o acudiendo a formulaciones más amplias afirmando que si la conducta no muestra el grado de desvalor exigido por el tipo deberá ser calificada como de participación.

Desde la perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Supremo núm. 152/2008⁷⁵⁶ declara que entre el cómplice y el autor debe existir un pacto expreso o implícito (*pactum sceleris*) en el que uno de ellos acepta el concurso o intervención del otro en una actividad secundaria, colateral o accesorio, no imprescindible para la consumación del delito. En términos generales habría que distinguir el alcance y naturaleza del acuerdo, instalándose en el campo de la autoría aquellos casos en que asumiendo los intervinientes el hecho delictivo como propio, se asignen cometidos o se distribuyan las funciones precisas para ejecutar el delito.

En definitiva, nuevamente nos encontramos con la excesiva amplitud con la que están redactadas las conductas típicas contenidas en el artículo 318 bis CP lo que conlleva a la posibilidad de sancionar en calidad de autor a todo el que participa o colabora de cualquier forma en el tráfico ilegal o inmigración clandestina con actos previos o posteriores. Así, para la atribución del hecho a los diferentes intervinientes en el delito es posible distinguir dos técnicas legislativas: abarcar como autores a todos los intervinientes en el hecho que, en virtud de un sistema unitario de autor, responderían autónomamente en

⁷⁵⁶ SAP de Madrid núm. 139/2008; SSTS 124/2008 la sentencia declara acreditado que los tres acusados actuaron conjuntamente, subrayando que "aunque con un reparto de papeles... los tres procesados estaban de acuerdo en la realización del delito y, efectivamente, lo llevaron a cabo...". Se trata, pues, de un supuesto de autoría conjunta de la actividad delictiva prevista en el artículo 28 C.P. en el que cada uno de los partícipes actúa conforme a la voluntad común del grupo y se responsabiliza no sólo de sus personales actos, sino también de los realizados por los otros miembros para la ejecución del plan delictivo convenido.

calidad de tales o, por el contrario, establecer diferenciaciones entre las personas que concurren en éste⁷⁵⁷.

A nuestro entender, establecer una diferenciación entre autores y partícipes resulta más acorde con los principios de legalidad, intervención mínima y proporcionalidad, por ello, com partimos la opinión de los autores que entienden que la cualificación de autor debe ser atribuida a los sujetos que tienen el dominio del hecho del tráfico o ilegal de personas. De esta forma, estarían excluidas de la apreciación de la autoría las contribuciones casuales en el traslado migratorio.

En este delito no hay colaborador necesario, sino que esa figura penal queda convertida en autor mediato o partícipe indirecto⁷⁵⁸.

CAPÍTULO 3 - RELACIONES CONCURSALES

Las inquietudes provocadas por los actuales movimientos migratorios han determinado las acciones de la política migratoria española cuyas directrices se manifiestan confusas y de difícil interpretación. En esta conjetura, la intervención penal en este ámbito provoca incertidumbres y polémicas, pues diversos son los dispositivos normativos que pueden incidir en el tratamiento jurídico penal de los fenómenos migratorios⁷⁵⁹.

En efecto, los problemas concursales derivados de la aplicación del delito en estudio provocan colisiones normativas tanto en el ámbito del ordenamiento penal como también entre el derecho administrativo y el derecho penal.

⁷⁵⁷ GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Op. Cit., p. 375 ss.

⁷⁵⁸ VALQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentarios al Código Penal*. La Ley- Actualidad, Madrid, 2010, p. 731.

⁷⁵⁹ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., p. 245

3.1 – Relaciones entre el artículo 318 bis CP y el artículo 54 de la Ley de Extranjería⁷⁶⁰.

Cuanto a la concurrencia entre las infracciones administrativas y penales, importa tener en cuenta que el legislador ha resuelto que la normativa administrativa será aplicable subsidiariamente cuando la conducta no sea constitutiva de delito, al mismo momento en que el tipo penal ha sido configurado con un contenido de injusto menor que su correlativo en el ámbito administrativo que concibe como infracción grave: el artículo 54.1.b) de la LO 4/2000⁷⁶¹ tipifica como infracción administrativa de carácter muy grave, "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", y le atribuye en el artículo 55.1.c), una multa que puede oscilar desde 6.001 hasta 60.000 euros.

Como puede observarse, la referida conducta coincide en parte con la redacción típica del artículo 318.1 bis CP con la diferencia de que la infracción administrativa requiere, además, que se realice "formando parte de una organización con ánimo de lucro", lo que en el ámbito penal daría lugar a la aplicación de dos tipos agravados.

En efecto, la infracción administrativa de favorecer a la inmigración clandestina con ánimo de lucro corresponde a la descripción típica del artículo 318 apartado 3 bis del CP pues, el ánimo de lucro no está contemplado en el

⁷⁶⁰ Vid., para profundizar el análisis: RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de la política jurídica*. Tirant monografías 704. Valencia, 2010, pp.35ss.

⁷⁶¹ La Exposición de Motivos de la LOYDE señala que la finalidad primordial del Título III relativo a las infracciones en materia de extranjería y su régimen, se puede concretar en dos puntos básicos: por una parte, se adoptan una serie de medidas relativas a la lucha contra la inmigración ilegal, y por otra, respecto a las sanciones dirigidas contra quienes organizan el tráfico de personas, se introducen mecanismos para profundizar en la lucha contra dicho tráfico y explotación de seres humanos, permitiendo el control de determinadas actividades vinculadas al mismo, o facilitando la neutralización de los medios empleados por los traficantes -como son, el decomiso de los medios materiales y la clausura del local o establecimiento de que se trate.

tipo básico, sino en las circunstancias agravantes, lo que nos permite concluir que la infracción administrativa es más específica que la penal y de este modo, al realizarse la conducta del tipo básico del artículo 318 bis CP con fines humanitarios no habrá una infracción administrativa, sino un delito de tráfico ilegal de personas⁷⁶².

Frente a esta la incoherencia legislativa, importa definir el ámbito de la aplicación de las referidas normas ya que además de contemplar sanciones diferentes, la intervención penal debe observar los principios de la última ratio y de la fragmentariedad. En este sentido, como pone de manifiesto Zuñiga Rodríguez⁷⁶³, *“si estamos ante un ius puniendi general que se expresa indistintamente en un Derecho administrativo sancionador o en el Derecho penal, habrá que establecer qué criterios racionales se pueden admitir para determinar qué infracciones sancionamos con el Derecho Administrativo sancionador y qué infracciones castigamos con el instrumento penal”*. No obstante, resulta complejo determinar en cuál ordenamiento jurídico se deberá encuadrar las conductas que promueven el tráfico ilegal de personas.

Un sector de la doctrina⁷⁶⁴ sostiene que en razón del principio de *última ratio* se debe interpretar el artículo 318 bis CP desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es decir, para limitar el número de conductas subsumibles en el artículo 318 bis CP es necesario que la acción delictiva revista una mayor gravedad por lo que además debe favorecer la inmigración ilegal concretizar un riesgo para los derechos de los extranjeros⁷⁶⁵.

⁷⁶² Vid. DÍAZ Y GARCÍA COLLADO, M., *et al.*, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*. Op.Cit., p. 211.

⁷⁶³ ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., *Relaciones entre Derecho penal y Derecho Administrativo sancionador*. Op.Cit., p. 1424.

⁷⁶⁴ PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. p. 127; Vid. RODRIGUEZ MESA, M.J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., pp. 42-43; GARCIA ESPAÑA, E Y RODRIGUEZ CANDELA, J. L. *Delitos contra los derechos de los extranjeros*. Op. Cit., p p. 724ss.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN. C. *Delitos contra los Derechos de los Extranjeros*. Op. Cit., p. 300.

⁷⁶⁵ CANCIO MELIÁ, M./ MARAVER GOMEZ, M. *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Op. Cit., p. 25. Lo criticable de esa solución es que parte de la idea de que lo protegido por la norma administrativa y lo protegido por la norma penal son cosas

Por otro lado, algunos autores⁷⁶⁶ señalan que en virtud del principio *ne bis in idem*, y dada la preeminencia del Derecho penal frente al Derecho administrativo sancionador, el artículo 54.1 b) de la LO 4/2000 carece de toda posibilidad de aplicación⁷⁶⁷. En efecto, la responsabilidad administrativa es subsidiaria de la responsabilidad penal, ya que no se reconoce la dualidad sancionadora entre normas penales y las normas administrativas previstas en la ley de extranjería. En verdad, resulta difícil aplicar residualmente el Derecho administrativo “siempre que el hecho no constituya delito”, ya que los supuestos de aplicación de la infracción administrativa coinciden con las conductas tipificadas en el artículo 318 bis CP, así que desde un punto de vista

completamente diferentes. Si se reconociera, en cambio, que la diferencia únicamente puede ser gradual en atención a la mayor afección del bien jurídico en el delito del artículo 318 bis CP, no podría llegar a aplicarse el artículo 54.1 b) LO 4/2000, pues sería difícil justificar la menor gravedad de la infracción administrativa respecto de la infracción penal, ya que la infracción administrativa requiere que la conducta se realice formando parte de una organización con ánimo de lucro. Al fin y al cabo, el mayor grado de afección del bien jurídico exigido en el delito del artículo 318 bis CP no parece que pueda compensar el desvalor que implica realizar la conducta formando parte de una organización con ánimo de lucro. La posibilidad de delimitar el ámbito de aplicación de la infracción administrativa y el de la infracción penal pasaría únicamente, en suma, por entender, al igual que hace buena parte de la doctrina, que en ambos casos se protegen bienes o intereses diferentes. No obstante, como se intentará explicar a continuación, esa idea no se encuentra correctamente fundamentada. Es necesario reconocer que el artículo 54.1 b) LO 4/2000, tal y como está redactado, no puede diferenciarse claramente del delito del artículo 318 bis CP y, por tanto, no tiene ninguna posibilidad de ser aplicado.

⁷⁶⁵ PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit. p. 127; Vid. RODRIGUEZ MESA, M. J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, pp. 42-43; GARCÍA ESPAÑA, E. Y RODRIGUEZ CANDELA, J.L. *Delitos contra los derechos de los extranjeros*. Op. Cit., pp. 724. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. *Delitos contra los derechos de los extranjeros*. Op. Cit., p. 300.

⁷⁶⁶ PEREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*

⁷⁶⁷ Vid. ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por la LO 4/2000 y la LO 8/2000*. Op. Cit. pp.927-928, quien concluye que en todos los casos se pueden encuadrar en la infracción administrativa son a su vez constitutivos de delito y, por tanto el artículo 54.1 de la LOYDE no tiene espacio propio de aplicación que justifique su existencia. Vid. TERRA DILLOS BASOCO, J. M. *Marginalidad social, inmigración, criminalización*. En: ZUÑIGA, L., MÉNDEZ, C., DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. (Coords.) *El Derecho penal ante la globalización*. Madrid, 2002, p. 146; RODRIGUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., pp. 40-41 CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. *Delitos contra los derechos de los extranjeros*. En: *Extranjeros y Derecho penal*. Op. Cit., pp. 300 y 315, quien subraya que con semejante regulación el espacio reservado para la infracción administrativa es prácticamente inexistente.

formal resulta compleja la distinción⁷⁶⁸.

En la opinión de Miró Llinares⁷⁶⁹, con la cual coincidimos, esta duplicidad de preceptos que castigan la misma conducta puede ser considerada inconstitucional, una vez que la norma administrativa abarca un supuesto más gravoso que el contemplado en el delito como es la realización del hecho con ánimo de lucro, lo que supone una quiebra del principio de proporcionalidad en relación con el de "última ratio", al dar prioridad a la vía penal para castigar conductas que contienen un menor injusto que las contempladas en vía administrativa."

Lamentablemente la última reforma realizada por la LO 5/2010 de 22 de junio no ha resuelto este conflicto normativo. El legislador español ha perdido la oportunidad de delimitar el ámbito de aplicación del artículo 318 bis ya que el tipo básico de la norma penal aún mantiene parámetros punitivos imprecisos. De este modo, los problemas concursales entre los ordenamientos jurídicos penal y administrativo persisten, así que, en consecuencia, nos parece que el artículo 54.1 b) LODYLE se revela vacío de contenido y únicamente podrá apreciarse cuando se promueva o facilite con ánimo de lucro la permanencia irregular del extranjero en territorio español⁷⁷⁰.

Merece mención aún la disposición normativa del artículo 54.2.b) de la LOYDE que contempla como infracción administrativa 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.

Aparentemente, la referida norma administrativa puede suscitarse

⁷⁶⁸ IGLESIAS SKULJ, A. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control*. Op. Cit. p. 677

⁷⁶⁹ MIRÓ LLINARES, F. *Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o "exclusión" penal del inmigrante?* Op. Cit., p. 20.

⁷⁷⁰ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., p.

problemas de concursos con el artículo 318 bis CP ya que sanciona a los transportistas de extranjeros hacia el territorio español. Con todo, la delimitación entre ambas conductas no plantea grandes problemas, ya que el artículo 318 bis CP no sanciona la modalidad imprudente del tráfico ilegal de personas. El transportista solo podrá ser sancionado a través del artículo 318 bis CP cuando actuara con dolo; es decir, conocía que el extranjero no contaba con las autorizaciones necesarias para acceder al país y quería facilitar dicho acceso irregular.

3.2 Relación concursal entre los artículos 318 bis y 313.1 CP

Es en el ámbito penal donde encontramos más problemas concursales. La mayor colisión normativa entre las figuras del derecho penal destinadas a regular la inmigración irregular de personas se manifestaba entre el artículo 318 bis y el artículo 313.1⁷⁷¹ CP (inmigración clandestina de trabajadores). Las conductas recogidas en los referidos artículos coincidían casi plenamente. La diferencia entre ambos preceptos residía en que el tipo del artículo 313.1 CP era especial frente al del artículo 318 bis CP porque el sujeto pasivo debía ser un trabajador. Frente a esta situación, muchos fueron los planteamientos doctrinales que elaboraran criterios para distinguir ambos delitos⁷⁷². Por fin, este problema concursal ha sido resuelto por la reforma realizada por la LO 5/2010 de 22 de junio que con el objetivo de atribuir mayor coherencia a la aplicabilidad de las normas penales, ha derogado el artículo 313.1 del Código penal.

Sin embargo, la decisión del legislador en derogar el artículo 313.1

⁷⁷¹ El Código Penal de 1995 tipificaba la conducta de inmigración clandestina de trabajadores en el artículo 313.1 CP. Este precepto era el único que se ocupaba en la versión original del CP 1995 de conductas relativas a la inmigración.

⁷⁷² Vid. SEQUE ROS SAZATORNIL, F., *El marco penal de la inmigración*. Actualidad Penal, núm., 39, 2000, p. 855; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Op. Cit., pp. 20-21. Entienden como concurso: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Ley de extranjería y el Derecho penal*. Op. Cit., pp. 6; PALOMO DEL ARCO, S., *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*. Op. Cit., p. 188; PÉREZ CEPEDA, A.I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*. Op. Cit., p. 212.

CP no ha pasado incólume ante las críticas de la doctrina científica. En este sentido argumenta Terradillos Basoco⁷⁷³ que las razones que fundamentan la derogación son cuestionables pues supone desconocer el valor de los derechos de los trabajadores cuando estos sean, además, extranjeros irregulares.

El referido autor diverge de la aplicación del concurso normativo entre los artículos, pues entiende que de apreciar concurso de leyes, en relación de especialidad o de consunción, la ley preferente sería el 313.1; y más claramente si del 318 bis. 1 se extrae la trata de personas. Siendo así, señala que la interpretación, para evitar resultados incoherentes, debe transcurrir por otros derroteros: el favorecimiento de la inmigración clandestina tiene un ámbito propio definido por las conductas típicas y por los intereses afectados. El artículo 313.1 incorpora conductas similares y añade a los intereses afectados un bien jurídico colectivo que el CP ha tenido expresamente en cuenta y al que dedica un Título propio: los derechos de los trabajadores. Si no se quiere desconocer la voluntad de la ley, que debe llevar a castigar con más contundencia allí donde el desvalor de resultado es más intenso, no queda sino apreciar, en presencia de conductas que reúnan los elementos típicos de los artículos 313.1 y 318 bis.1, concurso de delitos.

3.3 Relación concursal entre los artículos 318 bis y 313.2 CP.

Según dispone el artículo 313.2 CP el que simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país será castigado con penas de dos a cinco años de prisión.

La conducta sancionada en el citado precepto es muy similar a la

⁷⁷³ TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código penal de 2009*. Op. Cit. pp. 20ss.

castigada en el artículo 318 bis 3 CP lo que puede provocar una concurrencia normativa cuya resolución por un lado, es posible desde un concurso aparente de leyes, que se resolvería en virtud del principio de especialidad a favor del artículo 318 bis 3 CP, ya que en esta ocasión el sujeto pasivo es más específico-extranjero en situación de irregularidad, que en los casos del artículo 313.2 CP, donde no se hace referencia a la ilegalidad o la ilegalidad de la emigración y podría ser objeto cualquier persona, con independencia de su situación administrativa. Por consiguiente la pena de referencia sería la contenida en el artículo 318 bis 3 CP en su mitad superior, es decir, se impondría una pena de seis a ocho años⁷⁷⁴.

Por otro lado, si tenemos en cuenta que la concurrencia normativa se plantea ante la realización de un solo hecho que constituye la comisión de dos infracciones: de una parte, la contenida en el artículo 318 bis CP que viene a sancionar actos que ponen en peligro la política migratoria; y de otra parte, la referida al 313.2 CP, donde el bien jurídico se sitúa muy cercano a los Derechos de los trabajadores extranjeros, debería apreciarse, en virtud de las reglas contenidas en el artículo 77 CP, un concurso ideal o medial de delitos, lo que supondría una pena de seis a ocho años de prisión⁷⁷⁵.

5.4 Relación concursal entre los artículos 318 bis y 188.1CP

Cuanto a la relación concursal entre los artículos. 318 bis y el 188.1 CP, importa señalar que la cuestión polémica residía, sobretudo en la concurrencia normativa entre el artículo 318.2 bis y el artículo 188.1 CP que suscitaba en la doctrina planteamientos diversos.

En efecto, en estos supuestos, siempre que el traslado ilegal de la víctima con el propósito de su explotación sexual fuera seguido de la posterior

⁷⁷⁴ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., pp. 254ss

⁷⁷⁵ *Ibíd.*

prostitución coactiva habría que estimarse un concurso de delitos⁷⁷⁶ entre el tipo agravado de tráfico de personas con el fin de su explotación sexual del artículo 318 bis 2 y el delito de prostitución del artículo 188.1 CP. Incluso dicho entendimiento había sido consolidado por el Tribunal Supremo por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda en su reunión del día 24 de abril de 2007 que ha determinado que *la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del artículo 188.1 y del previsto en el artículo 318 bis.2 del Código Penal, debe estimarse concurso de delitos*⁷⁷⁷.

Otros algunos autores⁷⁷⁸, sin embargo entendían que la solución del referido concurso de delitos debería establecerse entre el tipo básico – artículo 318 bis.1 CP y el artículo 188.1 CP, ya que la finalidad de la explotación sexual del subtipo agravado 2, sería absorbida por el artículo 188.1 CP. Además, tal orientación atiende al principio del *non bis in idem*.

Ante los argumentos doctrinarios, la jurisprudencia reciente se ha decantado por entender que no existe relación de consunción entre los dispositivos normativos en cuestión ya que se trata de la protección de bienes jurídicos distintos, así que, no es posible considerar que los delitos relativos a la prostitución y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, están en relación de consunción, pues el bien jurídico es claramente diferente, ya que en los segundos están constituidos por el interés estatal en los flujos migratorios y la tutela de la política en esta materia; mientras que en el delito de prostitución coactiva, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de las víctimas y la dignidad de las personas en tal ejercicio coactivo⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ Vid. PEREZ ALONSO, J. E. Tráfico de personas e inmigración clandestina. *Op. Cit.*, p. 466.

⁷⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁷⁸ Vid. GUARDIOLA GARCÍA, J. *Op. Cit.* p. 25; PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. *Op. Cit.* p. 217; TORRES FERNANDEZ, E. *El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal* *Op. Cit.* p. 16

⁷⁷⁹ En ese sentido la sentencia núm. 380/2007 ha manifestado que “En definitiva podemos afirmar que en la concurrencia entre el núm. 1 del artículo 318 bis y el 188-1º CP, se producirá un concurso real de delitos. La jurisprudencia de esta Sala reafirma esta idea, razonando del siguiente modo: a) la conducta típica del artículo 318 bis del CP se consuma con la ejecución de actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades

En este directriz se ha pronunciado en Tribunal Supremo en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26 de febrero de 2008: *“La relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del CP, 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 arts. 188.1 y 318 bis 1º, descartando la aplicación del artículo 318 bis 2º, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo”*.

En efecto, la última reforma realizada en el precepto por la LO 5/2010 elimina la polémica doctrinaria y afirma la postura jurisprudencial, ya que al suprimir el subtipo agravado 2 del artículo 318 bis, la relación concursal se establecerá entre el tipo básico del artículo 318 bis y el artículo 188.1. Por lo que ocurriendo el traslado ilegal de personas y el posterior ejercicio coactivo de la prostitución, habrá un concurso real de delitos.

3.5 Relación concursal entre los artículo 318 bis y artículo 177 bis CP.

Si estas conductas fueran realizadas en la forma y con las finalidades previstas en el artículo 177 bis, será aplicable este delito por ser ley especial y en principio más grave, aunque las penas coinciden sustancialmente y, salvo en lo que se refiere a las finalidades previstas en el artículo 177 bis,

fuera la explotación sexual. Para la consumación es suficiente la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de un acto posterior, esto es, no es preciso que la explotación sexual llegue a tener lugar y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas de alguna forma a prestarse a ello. b) por su parte la conducta típica contenida en el artículo 188.1 CP, requiere la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Se trata, pues, de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas, aún cuando ésta se realice con la finalidad de explotación sexual. 5. Ante la disparidad de bienes jurídicos protegidos, vista la diferente estructura de los tipos penales, es obvio que la conducta enjuiciada no es susceptible de ser comprendida por un precepto u otro exclusivamente (artículo 318-bis-1º o 188-1º CP) ante la imposibilidad de abarcar la total significación antijurídica del hecho cada uno de ellos.

tampoco hay entre ambos diferencias típicas sustanciales⁷⁸⁰.

3.6 Relación del artículo 318 bis CP y los delitos contra las personas.

Otras posibles relaciones concursales pueden surgir en el ámbito de aplicación del artículo 318 bis 3 CP que contempla la agravación de la pena siempre que el tráfico ilegal de personas se realice poniendo en peligro la vida, salud o la integridad de las personas.

En efecto, si el peligro concreto que exige el tipo cualificado del artículo 318 bis 3 provoca un resultado lesivo para la vida, salud o integridad de las personas habrá que acudir a las normas del concurso de delitos pues estaríamos ante varios delitos que lesionan bienes jurídicos diferentes, es decir, por un lado, el de tráfico de personas y, de otro, el de delito de homicidio o lesiones dolosas o imprudentes.

Importante sector de la doctrina se inclina hacia el concurso ideal⁷⁸¹. Otros autores sostienen que se trata de un concurso real. La jurisprudencia, por su parte, se decanta por concurso ideal⁷⁸². Concretamente, la STS núm. 186/2009, de 27 de febrero se ha pronunciado en un caso de delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en concurso ideal con dos delitos de homicidio imprudente. En el supuesto enjuiciado, los acusados fueron interceptados cuando arribaban al Puerto de Mogán, patroneando una embarcación de madera de color blanco tipo cayuco, en la que transportaban,

⁷⁸⁰ MUÑOZ CONDE, F. J. *Derecho penal. Parte Especial*. Op.Cit. p. 365; Vid., STS núm. 196 de 23 de marzo de 2011; Vid. STS núm. 153/2011 de 25 febrero; SAP de Cáceres núm. 80/2011 de 14 marzo

⁷⁸¹ Vid. DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit. p. 260.

⁷⁸² Vid., en el sentido de que se trata de un concurso real, la SAP núm. 39/2008 de Las Palmas: *Procediendo sancionar los hechos como un concurso real entre el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en su modalidad agravada y los delitos de homicidio imprudente, ya que las conductas pueden ser calificadas por ambos tipos delictivos, ya que el peligro creado determinó efectivamente un resultado mortal, y porque los bienes jurídicos protegidos son también diversos*

a cambio de dinero, a cuarenta y seis inmigrantes indocumentados de origen subsahariano, con la finalidad de introducirlos en España. Durante la travesía, los acusados no proveyeron a los ocupantes de la embarcación de chalecos salvavidas ni de la suficiente agua y comida necesarias para garantizar su seguridad y subsistencia, produciéndose la muerte de dos de los inmigrantes que viajaban en la patera. Se apreciados homicidios imprudentes. Infracción del deber de cuidado por parte de los acusados, al afrontar una navegación arriesgada sin la suficiente cantidad de comida, agua y abrigo, asumiendo, por tanto, el riesgo implícito de que sobreviniera el fallecimiento de alguno de los ocupantes.

En efecto, para aplicar dicha cualificación es necesario observar y distinguir dos situaciones, es decir, la conducta que únicamente pone en peligro la vida o integridad de la persona que finalmente fue lesionada y aquella en la que además se pone en peligro la vida o integridad de otras personas. En el primer caso podría incidir un concurso de delitos entre el delito de homicidio o lesiones y el tipo básico del artículo 318 bis (o de alguno de sus subtipos agravados en el caso de concurrir otra cualificación, por ejemplo ánimo de lucro) pero no se podrá apreciar la cualificación de peligro para la vida, salud o integridad porque en este caso el resultado absorbe el peligro previo. En el supuesto de que se hubiese puesto en peligro a otras personas sí se podrá apreciar el tipo cualificado, puesto que el resultado lesivo no absorberá la situación de peligro generada para los demás y habría un concurso de delitos entre los resultados lesivos y el tipo cualificado del artículo 318 bis⁷⁸³.

⁷⁸³ LOPEZ CERVILLA, J. M. *El extranjero como víctima del delito*. Op. Cit. p. 2846

CAPÍTULO 4. CONSIDERACIONES SOBRE LAS PENALIDADES.

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas del delito en estudio, la doctrina científica es prácticamente unánime en afirmar la excesiva gravedad de las penas propuestas.

Concretamente en el ámbito normativo español, el incremento penológico ha sido rápido y se ha manifestado de forma desproporcionada. En efecto, cuando de la incorporación de l artículo 318 bis en el año 2000, el legislador había previsto para el tipo básico una sanción de seis meses a tres años de prisión. Tras la reforma realizada por la LO 11/2003, la referida pena ha sido establecida en los límites de cuatro a ocho años de prisión, es decir, ha aumentado más del doble de su límite máximo⁷⁸⁴.

El excesivo rigor punitivo previsto en los delitos de tráfico ilegal de personas sigue a las tendencias de las legislaciones europeas, precisamente así lo ha manifestado el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 de 29 de septiembre: [...] *El nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas -con independencia de que sean o no trabajadores- será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Con ello, 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*

⁷⁸⁴ Vid. MIRÓ LLINARES, F. *Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o "exclusión" penal del inmigrante?* Op. Cit. p. 19, quien observa la desproporcionalidad punitiva del tipo, destacando: cuando se incluyó por primera vez este precepto en el CP de 1995 la pena era de prisión de seis meses, la reforma del CP de 2003 ha supuesto un importante modificación de las penas en este delito. Concretamente, ahora la pena para los comportamientos del tipo básico es de 4 a 8 años, de modo que no sólo se multiplica por ocho el límite mínimo de la pena: de 6 meses a cuatro años, y por casi tres el límite máximo, de 3 a 8 años, sino que por un delito de inmigración ilegal realizado por una organización dedicada a ello se aplicará una pena de 10 a 15 años, la misma sanción que en el caso del homicidio; y ello exista o no puesta en peligro de la vida de las personas, y se sea autor o cómplice. Y estas penas pueden aumentar hasta los 17 años, es decir, penas sólo equiparables al asesinato, si la inmigración se realiza para la explotación sexual.

irregulares. En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan las penas cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz.

Con todo, lo que la Decisión Marco 2002/946/JAI de 28 de noviembre dispone en su artículo 1.3⁷⁸⁵ es que la punición con pena privativa de libertad será recomendable cuando el tráfico ilegal de personas haya sido realizado con ánimo de lucro y siempre que haya la participación de una organización criminal o que el delito haya sido cometido poniendo en peligro la vida de las personas objeto del tráfico⁷⁸⁶.

En este sentido se expresa Villacampa Estiarte⁷⁸⁷ para quien la normativa española va más allá que la comunitaria, pues ésta no exige que la pena correspondiente a estas formas de delinquir sea idéntica a la que correspondería al autor del delito consumado; de ahí que afirme dicha autora que el tipo del artículo 318 bis CP sigue configurándose como un tipo de consumación anticipada y con un concepto unitario de autor, que la normativa comunitaria no exige.

Resulta, por lo tanto, evidente, que el legislador español ha maximizado las recomendaciones normativas de la Unión Europea, y a que contemplado los ocho años como límite máximo en el tipo básico, lo que según referida Decisión Marco deberían constituir el límite máximo de la pena

⁷⁸⁵ Vid. Artículo 1.3: 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, — infracción cometida poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción.

⁷⁸⁶ Vid. PEREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Op.Cit., pp. 221ss

⁷⁸⁷ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas*. En: *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, p. 203; VILLACAMPA ESTIARTE C. *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*. En: QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coordinadores), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 8.ª edición, Aranzadi, 2009, pp. 1134ss.

atribuida cuando haya en el delito el ánimo de lucro y una organización delictiva o puesta en peligro de la vida.

En lo que concierne a los subtipos agravados, igualmente disponen de sanciones severas. De hecho, la reforma realizada por la LO 5/2010 de 22 de junio reordena los apartados, pero mantiene la gravedad de las penas. En este sentido, el apartado tercero que tras la reforma pasa a ser el apartado dos, impone la pena en su mitad superior siempre que en el traslado ilegal concurren el ánimo de lucro, violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima o haya la puesta en peligro de la vida, integridad o salud de las personas, con todo, cuanto a la minoría de edad o incapacidad de la víctima la referida reforma ha determinado que se impongan penas superiores en grado.

El tipo cualificado del párrafo 4, que ha sido reenumerado para el núm. 3 por la última reforma realizada en el precepto, contempla también la inhabilitación profesional de seis a 12 años, cuando el sujeto activo para realizar la conducta se valgan de su condición de funcionario público, autoridad o agente de ésta.

Y el apartado núm. 5 y con la reforma de la LO 5/2010 pasa a ser el apartado núm. 4, impone penas superiores en grado siempre que en los supuestos haya la participación de organización o asociación criminal, y, si el sujeto activo fuera el jefe, administrador o encargado, la pena se impondrá en su mitad superior, pudiéndose elevar inmediatamente a la superior en grado.

Desde luego, es notable la severidad punitiva de las citadas penas. Como observa Daunís Rodríguez ⁷⁸⁸ *“en caso de apreciarse los distintos numerales, obtendríamos una de las penas más elevadas de todo ordenamiento jurídico penal, incluso superior a las previstas en los delitos contra la vida”*.

⁷⁸⁸ DAUNIS RODRIGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Op. Cit., p.

En efecto, como afirma Muñoz Conde ⁷⁸⁹, *“por muy grave que sea el tráfico ilegal de personas excede de los límites de la proporcionalidad que con las agravaciones previstas en estos tipos cualificados se pueda llegar en algunos casos a penas de hasta 27 años de prisión.*

Importa aún mencionar las sanciones aplicadas a la persona jurídica cuando sea responsable por el tráfico ilegal de personas. Se trata de una novedad añadida al Código penal por la LO 5/2010 de 22 de junio. En este sentido, así dispone el nuevo precepto: *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 quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.*

En definitiva, las sanciones previstas en el precepto en estudio no guardan una razonable relación con el desvalor de las conductas típicas ⁷⁹⁰, lo que revela una desproporción penológica que además de suscitar innumerables críticas doctrinarias confirma la orientación exclusivamente punitivista de la legislación española en lo que respecta a los delitos referentes a los fenómenos migratorios. Desde esta perspectiva, Maqueda Abreu ⁷⁹¹ alerta *que no se puede recurrir a penas desmesuradas para prevenir el tráfico de personas cuando lo que pretende castigarse es cualquier colaboración con una inmigración ilegal.* Resulta ilusorio pensar que aumentando las penas para el delito de inmigración. Las causas de este fenómeno son mucho más

⁷⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F. J. Derecho penal, parte especial. Op. Cit., p. 366

⁷⁹⁰ Vid. FERRAJOLI, L. *Estado y Derecho*. Op. Cit. p. 398 ss. el problema de la justificación del tipo y de la medida de la pena aplicables en cada caso, como por lo demás el apenas discutido de los límites máximos de pena sea cual fuere el delito cometido, es un problema moral y político, es decir, exclusivamente de legitimación externa. Este problema es a su vez susceptible de ser descompuesto en tres subproblemas: el de la pre-determinación por el legislador del tipo y de la medida máxima y mínima de pena para cada tipo de delito; el de la determinación por parte del juez de la naturaleza y medida de la pena para cada delito concreto; el de la *post-determinación*, en la fase ejecutiva, de la duración de la pena efectivamente sufrida.

⁷⁹¹ MAQUEDA ABREU, M. L. *Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual*. Op. Cit. p.

profundas, complejas y graves para que se subsanen por medio del Derecho penal.

CAPÍTULO 5. CRÍTICAS A LA TÉCNICA LEGISLATIVA .

Es cierto, como subraya Corcoy Bidasolo ⁷⁹² que muchos de los problemas que suscita la incriminación de nuevas conductas provienen de la técnica legislativa utilizada.

Concretamente, tal como hemos podido verificar, las técnicas de tipificación utilizadas en el artículo 318 bis CP acarrear importantes problemas de aplicación e interpretación de la norma, sobre todo cuanto a su estructura dogmática, es decir, la tipicidad, antijuridicidad material, la culpabilidad o la autoría.

Por consiguiente, desde el entendimiento de que la intervención penal es posible siempre que respete a los valores democráticos, abordaremos a seguir los principales factores críticos de la redacción típica actual para enseguida desarrollar nuestra propuesta de *lege ferenda* para la tipificación del tráfico ilegal de personas.

En lo que respecta a la conducta típica identificamos los siguientes aspectos críticos:

a) El empleo del término inmigración clandestina nos parece desnecesario, además de inadecuado ya que por un lado su significado etimológico se puede deducir del concepto de tráfico ilegal de personas cuya definición en la normativa internacional consiste en la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, por

⁷⁹² CORCOY BIDASOLO, M. *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. Op. Cit. p. 40

otro, la permanencia de dicho término sugiere la penalización del propio inmigrante. Desde esta perspectiva, Lorenzo Copello⁷⁹³ advierte que al referirse a la “*inmigración clandestina*” como alternativa al tráfico, la legislación española se adscribió a la corriente más estricta que pretende poner bajo pena prácticamente cualquier comportamiento que implique facilitar el ingreso irregular de inmigrantes al territorio nacional con independencia de que tales actos afecten o no a los derechos de los ciudadanos extranjeros, convirtiendo así al derecho penal en brazo ejecutor de una política migratoria represiva y excluyente. Siendo así, opinamos que la expresión más apropiada para concretar la tipicidad de las acciones delictivas vinculadas al desplazamiento ilegal de migrantes es el “*tráfico ilícito de migrantes*”. Desde nuestra óptica, dicha expresión estaría más acorde con la previsión normativa del Protocolo adicional a la Convención de Palermo que contempla el término “*smuggling of migrants*” cuya traducción literal sería contrabando de migrantes, sin embargo, preferimos la opción por el tráfico ya que el vocablo contrabando nos remite a la idea de mercancía.

b) Los adverbios “*directa o indirectamente*” y los verbos “*promover favorecer o facilitar*” establecen un concepto unitario de autor y dificultan la distinción entre el delito consumado y las fases imperfectas de ejecución, además de comprometer los principios de taxatividad y legalidad e incluso el de seguridad jurídica. De hecho, el tipo básico del artículo 318 bis CP no sanciona a quien trafica, sino a quien promueve, facilita o favorece el tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina. Por ello, sugerimos que la redacción típica se limite a sancionar conductas que impliquen en el acto de transportar, es decir, que hagan referencia al traslado ilícito de los migrantes, pues de este modo, sería viable aplicar con más precisión las reglas de generales sobre autoría y participación y también la tentativa.

c) Como hemos comentado, el precepto que estudiamos vulnera el principio de intervención mínima, es decir, se establece como *máxima y primer*

⁷⁹³ LAURENZO COPELLO, P. *El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos*. En: CAÑICIO MELIÁ, M/ POZUELO PÉREZ, L. (Coords), *Política criminal en vanguardia*. Op. Cit., p. 225.

ratio cuando debería ser la *última ratio* ya que como se ha expuesto, unos de los valores fundamentales del sistema penal de un Estado de Derecho evoca la idea de que solo debe recurrirse a la intervención punitiva en caso de inadecuación o insuficiencia de otras medidas, jurídicas o extrajurídicas. Así, es notable que el artículo 318 bis CP contempla supuestos menos graves de aquellos previstos en la infracción administrativa, ésta exige como requisito el ánimo de lucro en el que colabora en una inmigración clandestina.

Para solucionar tal discordancia normativa, sugerimos que la tipificación del tráfico ilegal de personas contemple como elementos del tipo básico el ánimo de lucro y la pertenencia a una organización criminal. El ánimo de lucro es uno de los elementos de necesaria concurrencia en la definición del “tráfico ilícito de migrantes” establecida en el Protocolo de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Puede contribuir además a descartar las colaboraciones a una inmigración irregular por motivos humanitarios.

d) En lo que concierne a las conductas agravadas, desde nuestro juicio, los medios comisivos que anulan o limitan la voluntad de la persona que es objeto de tráfico ilegal, es decir, empleo de violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad de la víctima son modalidades comisivas consustanciales a la conducta típica de trata de seres humanos. En el tráfico de personas, el inmigrante suele consentir libremente en el traslado irregular, por lo tanto, entendemos que deba ser suprimida la referida cualificación, incluso porque los instrumentos normativos internacionales⁷⁹⁴ referentes al tráfico ilegal de personas no hacen alusión a dichas circunstancias.

e) Cuanto a la puesta en peligro para la vida, salud o integridad física, se trata de una circunstancia que suele verificarse a menudo, sobre todo en los desplazamientos que ocurren desde el continente africano. Tal como hemos señalado, son frecuentes los casos de inmigrantes trasladados en condiciones infrahumanas registrados en los medios de comunicación como

⁷⁹⁴ Vid., supra, pp. Parte III referente a las directrices normativas de la política migratoria de las Naciones Unidas, comunitarias y españolas.

también en la jurisprudencia española. Por ello, siempre que haya una puesta en peligro para la vida, salud o integridad de las personas es cabible una agravación de la conducta.

f) En lo que respecta a las consecuencias penológicas, las sanciones previstas en el artículo 318 bis CP se manifiestan excesivas y desproporcionadas. Infringen, por lo tanto, el principio de proporcionalidad, si se comparan éstas con el resto de las sanciones establecidas en el del Código Penal. Esta excesiva punición no ha sido corregida por la reforma de la LO 5/2010. La sanción prevista no puede en ningún modo superar las previstas para los atentados contra bienes jurídicos personales, incluso el atentado más grave que supone el delito de homicidio. Así, teniendo en cuenta que hemos propuesto que el tipo básico contemple en ánimo de lucro y la pertenencia a una organización criminal, entendemos que las sanciones aplicadas al tipo básico del tráfico ilegal de migrantes deberían enmarcarse entre los límites de 2 a 6 años.

En lo que concierne a la responsabilidad de las personas jurídicas, parece ser que la reforma realizada por la LO 5/2010 ha solucionado parte del problema ya que el texto aprobado contempla la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Además 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.

PROPUESTA DE LEGE FERENDA⁷⁹⁵.

Alcácer Guirao⁷⁹⁶ explica que en la propia labor dogmática debe incorporarse la crítica al Derecho penal vigente en el sentido de que la dogmática habrá de ser crítica y creadora del Derecho, es decir, además de una concreción interpretativa de los tipos legales en función de postulados valorativos, debe también ocuparse de una argumentación *de lege ferenda*. Para el referido autor, la interpretación del Derecho vigente requiere que el dogmático verifique “*si el Derecho que es, se corresponde con el que debería ser; para lo que, a su vez, deberá remitirse a presupuestos ideológicos: político criminales, que desarrollen el ‘programa’ valorativo de un Estado de Derecho democrático y social plasmado en la Constitución.*”

Hemos podido observar a lo largo de esta investigación los diversos argumentos doctrinarios que intentan atribuir a la norma en análisis un contenido material para evitar que ésta se convierta ilícito formal. No obstante el loable esfuerzo realizado por la doctrina científica, desde nuestro juicio, estimamos que desde una interpretación de *lege data* resulta prácticamente

⁷⁹⁵ Vid., en la doctrina científica española las propuestas de *lege ferenda* presentadas por ARROYO ZAPATERO, J. Propuesta de un eurodelito de trata de seres humano. Op. Cit. pp. 31-32. Este texto se enmarca en los trabajos llevados a cabo con motivo de la convocatoria que Klaus Tiedemann realizó en 1998 a un grupo de colegas de diversos países europeos para abordar los problemas de la armonización del Derecho penal europeo y la elaboración de un catálogo de “eurodelitos”; PEREZ CEPEDA, A.I. Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal. Op. Cit., pp. 296ss, la referida autora propone un tipo penal que tutela como bien jurídico la dignidad humana; DAUNÍS RODRÍGUEZ, A. La política migratoria como herramienta del Derecho penal. Op.Cit., pp. 285 -287, quien propone una tipificación que tenga como bien jurídico protegido los derechos o bienes de los ciudadanos extranjeros.

⁷⁹⁶ ALCÁCER GUIRAO⁷⁹⁶, R., *Sobre el concepto de delito ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 23-24. Sostiene que “la búsqueda de un contenido material en la antijuricidad aspira a plasmar el fundamento por el que la conducta es declarada contraria a la norma jurídica-penales; la razón como he mencionado, por la que es considerada merecedora de sanción penal. En este sentido, el componente central de esta noción viene dado por la lesividad de la conducta, aspirando, como afirma Rudolphi, a plasmar “el núcleo material de injusto común a todo comportamiento antijurídico”, y se vincula por ello, con el propio cometido del ius puniendi. Expresado muy genéricamente: si asumimos que el Derecho penal aspira a un fin de *protección* de determinados intereses valorados por la sociedad y, por ello, considerados merecedores y necesitados de tal protección, las conductas relevantes para él (aquellas que considerará antijurídicas) serán las que se muestren lesivas para esos intereses, y por ello, merecedores y necesitados de sanción penal, siendo esta sanción penal el medio con el que el Derecho penal opera en aras de la satisfacción de dicho cometido de protección”. *Ibidem.*, pp. 12-14.

imposible legitimizar la política migratoria como bien jurídico colectivo o autónomo, ya que tal como se estructura el precepto vigente, la protección penal está dirigida directamente y exclusivamente a reforzar el cumplimiento de la normativa administrativa, lo que revela la actual tendencia de administrativización del Derecho penal.

Por otro lado, es evidente que existe una fenomenología delictiva en torno de los movimientos migratorios y en este marco el tráfico ilícito de migrantes se concibe como una actividad delictiva transnacional que lamentablemente se ha acentuado en el contexto actual en razón de la actuación de los grupos organizados que trafican con personas migrantes ya sea para promover la entrada ilegal en el territorio español o para insertarlos en el mercado laboral o someterlos a explotación sexual, aprovechándose de las facilidades inherentes al proceso globalizador para desarrollar la acción delictuosa

Tal situación, como ya hemos señalado, además de desafiar el ejercicio de la soberanía del Estado puede convertirse en una amenaza para la seguridad pública, en particular cuando implican corrupción y crimen organizado. Por ello estimamos que el Derecho penal debe combatir la criminalidad que se ha organizado al alrededor de los movimientos migratorios, sin embargo, su actuación debe limitarse a la punición de las conductas que impliquen en la amplia y lucrativa actividad delictiva del transportista que se utiliza del derecho y de la necesidad de emigrar de los demás para desarrollar el negocio de tráfico ilícito de migrantes.

Desde nuestro entender, es hora, conforme advierte De Lucas⁷⁹⁷ de que *“tomemos en serio la inmigración como cuestión política, incluso como una de las cuestiones políticas clave, y no un asunto periférico que se trata de gestionar mediante políticas sectoriales de inmigración, o, lo que es peor, que*

⁷⁹⁷ DE LUCAS, F, J. justicia, mercado y políticas de inmigración: cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, Nº. 7, 2003. Eje mpar dedicado a: Textos para la discusión en las XIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: "Justicia, Migración y derecho". Las Palmas de Gran Canaria. 6 y 7 de marzo de 2003, p. 1. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=643156>

se utiliza se problematiza para hacer política con la inmigración, es decir, electoralismo. Necesitamos otra mirada sobre la inmigración, despojada de prejuicios o reductivismos”.

Así entendido, para evitar que el Derecho penal se convierta en un gestor de conflictos sociales, nos proponemos a intentar legitimar la intervención del Derecho penal en los movimientos migratorios siempre que hayan supuestos de tráfico ilícito de migrantes, o sea, cuando la conducta esté motivada por el ánimo de lucro, vinculada a la estructura de la criminalidad organizada transnacional y que exponga la vida o la seguridad de las personas migrantes a peligro de lesión, es decir, en los casos más graves. Desde esta perspectiva, la tutela penal de los fenómenos migratorios se manifiesta, desde nuestro juicio, necesaria y se ajusta a las directrices comunitarias e internacionales, aunque su legitimación, desde luego, puede provocar polémicas, puesto que la cuestión del bien jurídico protegido en este ámbito de la intervención penal no es un tema pacífico.

Es cierto que no resulta sencillo compaginar dichos intereses, sobre todo, si nos planteamos que es la restricta política migratoria de los Estados que fomenta la clandestinidad y, consecuentemente, incrementa la delincuencia organizada que se estructura en torno de los movimientos migratorios.

No obstante, entendemos que el control de los flujos migratorios es una actividad estatal soberana, legítima y necesaria de los Estados, eso no quiere decir que compartimos de las actuales directrices de la política migratoria de la UE, sino que comprendemos que los Estados tienen derecho de gestionar su inmigración. Por otro lado, un Estado social y democrático de Derecho, debe reconocer al ciudadano extranjero, sea cual fueren sus circunstancias personales o sociales, el derecho humano universal a emigrar⁷⁹⁸.

⁷⁹⁸ Vid., artículo 13 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado y a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país” (artículo 13). Vid. GERONIMI, E. Si bien uno de los derechos humanos fundamentales del trabajador migrante es el de salir de su país y de retornar a él, este derecho no trae aparejado automáticamente el derecho a ingresar

A la luz de estas reflexiones, importa recordar que la política migratoria se enmarca en un ámbito fenomenológico complejo y contradictorio donde suelen haber muchos intereses diversos y contrapuestos entre distintas redes de actores en una esfera de intervención pública en continuo cambio ⁷⁹⁹.

Siendo así, concretarla como un bien jurídico-penal digno de protección se presenta como un difícil reto. Es cierto es que pudiéramos entender la política migratoria como un bien jurídico colectivo bien definido en todos sus contornos, capaz de superar las críticas de ambigüedad y de extrema formalidad, su legitimación como un bien jurídico colectivo carecería importancia. No obstante, la realidad se nos plantea muchas interrogantes y dificultades que exigen atención y respeto hacia los principios de un Estado democrático de Derecho.

Como hemos podido comprobar, los principales conflictos que actualmente suscitan las cuestiones migratorias se refieren a problemática provocada por la inmigración irregular, clandestina o ilegal. Ésta es sin duda la prioridad de la política migratoria de los países miembros de la Unión Europea cuyos objetivos no niegan el notable propósito de “luchar” contra la inmigración irregular. En verdad, una inmigración descontrolada, como ya hemos comentado, puede favorecer a la creación de riesgos sociales, económicos entre otros, no obstante, utilizar la ley penal para controlar el flujo migratorio, compromete los principios tutelares del Estado de derecho y el respeto por los derechos humanos y por los derechos sociales de los ciudadanos. Así que, entendemos que la lucha no debe dirigirse a la inmigración o al migrante, sino

a un tercer país. En efecto, no existe una correlación entre el derecho de toda persona de salir de su país y el derecho de ingresar a otro. Vid. BARRERA LOPEZ, F. M. La Política de admisión de extranjeros inmigrantes en el Derecho español y sus repercusiones ético-políticas. Una expresión de la cultura del control y de la lógica del pragmatismo. Tesis doctoral. Departamento de Filosofía del Derecho. Universidad de Granada, 2008, p. 35. Señala el autor que siendo uno de los pilares estructurales del Estado— nación preservar el espacio de soberanía y el control del acceso al territorio de personas que no son sus nacionales, la problemática inherente en el derecho a migrar pasa a convertirse en uno de los conceptos clave desde la perspectiva de la política jurídica migratoria. Este derecho recibe distinta consideración jurídico-política según se trate del derecho de abandonar el propio país o el de ser admitido en una comunidad política concreta

⁷⁹⁹ LÓPEZ SALA, A., M., *Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada*. En: Revista Internacional de Filosofía Política, nº 27, julio, 2006, pp. 71-72.

al crimen organizado transnacional que se favorece de un derecho de emigrar para lograr beneficios financieros u otros.

En este ámbito de actuación, es necesario tener en cuenta que la amenaza más grande planteada por el tráfico, no viene del inmigrante o el gran número de esos inmigrantes, sino más bien del refuerzo del crimen organizado.

Tal planteamiento, aunque contenga sus controversias, es lo que nos inquieta a proponer, desde *lege ferenda*, un opción normativa que atribuya al bien jurídico política migratoria un contenido material concreto, anclado en la realidad social, y que sobre todo, se encaje en los límites del *ius puniendi* del Estado social y democrático de Derecho.

Desde estos términos, la realidad criminológica de los fenómenos migratorios revela que el tráfico ilegal de migrantes, ha adquirido proporciones alarmantes, siendo una de las manifestaciones más visibles de la delincuencia organizada transnacional, al tratarse de un negocio mundial que genera muchos lucros a los grupos delictivos organizados que explotan de forma inhumana el legítimo deseo de las personas de alcanzar una vida mejor en otro país y así escapar de la pobreza o de los conflictos en sus países. La mayoría de estas personas viajan en condiciones deplorables, poniendo en peligro su vida y su salud. Muchos mueren en su intento por cruzar fronteras marítimas y terrestres. Otros, cuando llegan al país de destino, permanecen cautivos hasta que logran saldar las “deudas” generadas por su traslado ilegal. Estas redes criminales son muy dinámicas y adaptables y en algunos casos pasan del narcotráfico al tráfico de inmigrantes, obteniendo enormes ganancias con un riesgo escaso de ser descubiertos y procesados⁸⁰⁰.

⁸⁰⁰ Vid. Informe de la UNODC sobre la Globalización del Delito: evaluación de la amenaza que plantea la delincuencia organizada transnacional. Capítulo 3- *Smuggling of migrants*, pp 55-77. Según el informe los inmigrantes indocumentados suelen sentirse obligados a contar con la ayuda de contrabandistas para entrar en el país de destino, ya sea para el efectos de la entrada al país clandestinamente o de asistencia en la adquisición de documentos fraudulentos para obtener una visa. Debido a que estos servicios son ilegales, los que ofrecen los tiene un enorme poder sobre sus cargos, y los abusos son comunes, en particular cuando el movimiento es clandestino. Muchos mueren en el camino a su destino, y abandonados son sin recursos en el camino. Como ocurre con muchas otras actividades ilícitas transnacionales, los esfuerzos para detener la inmigración ilegal puede crear oportunidades para delincuentes

Así las cosas, estimamos que para dotar de legitimidad la política migratoria como un interés colectivo importa ubicarla en una estructura típica adecuada en el sentido de que la redacción típica presente una idoneidad lesiva que sea capaz de afectar, en el caso concreto, los bienes jurídicos protegidos.

En este sentido, conforme al análisis efectuado, se sostiene que un bien jurídico penal, dentro de estas nuevas estructuras, generalmente va a tener una doble implicación en el sentido de que se proyecte para proteger tanto valores individuales como colectivos. Así que, proponemos que el bien jurídico tutelado en el artículo 318 bis CP manifieste una dimensión colectiva y otra individual, pues al atribuir un referente individual al bien jurídico política migratoria evitamos una excesiva funcionalización del concepto de bien jurídico⁸⁰¹.

En esta línea, Bustos Ramírez⁸⁰² expone que el “ *termino colectivo pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad en la protección, pero en caso alguno quiere significar la existencia de una razón superior al individuo (razón social o de Estado o de seguridad) al cual este quede sometido. Por el contrario, se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, etc., adquieran un sentido material [...] Los bienes jurídicos colectivos aparecen, por tanto, como complementarios, desde una perspectiva material, a los bienes jurídicos individuales. Luego los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*”⁸⁰³.

organizados. La interdependencia de la economía global de hoy explica por qué el tráfico de migrantes incrementa las actividades del crimen organizado. (traducción nuestra).

⁸⁰¹ Vid. SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op.Cit., pp. 429ss. Entiende el autor que el peligro inherente a la idea de funcionalidad social, que podría llevar a proteger valores morales, estrategias políticas, o dar cabida a puntos de vistas totalitarios, debe afrontarse mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una referencia central al individuo.

⁸⁰² Vid. BUSTOS RAMÍREZ J. *Control Social y Sistema Penal*. Op.Cit., p. 28.

En verdad, el referente personal co labora más como un criterio de legitimación que como un atributo de tipificación del bien jurídico, es decir, la intervención penal debe tener como requisito los intereses que implican en la protección de los bienes jurídicos personales más importantes, lo que no significa que la tutela penal deba ceñirse a los intereses exclusivamente vinculados a la persona, sino reconocer aquellos intereses que puedan considerarse como esenciales para el desarrollo de la libertad personal⁸⁰⁴.

Así, pone de relieve Alcácer Guirao: *“las normas jurídicas protegidas bajo pena solo pueden legitimarse en cuanto protejan las condiciones básicas de la libertad personal”*⁸⁰⁵.

Importa, por lo tanto, recordar que la titularidad de los bienes jurídicos colectivos está al servicio de todas las personas, pues éstos se concretizan en el funcionamiento del sistema social cuyo contenido material en la descripción del injusto debe encontrar su legitimación en la referencia a los bienes jurídicos personales.

Así, la conducta del tráfico ilícito de migrantes debe, por lo tanto, además de vulnerar el control de fronteras de los Estados, contener una entidad lesiva que exponga a peligro los derechos o bienes de los ciudadanos extranjeros migrantes durante el traslado irregular, ilegal o clandestino⁸⁰⁶.

⁸⁰³ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Los bienes jurídicos colectivos*. Op. Cit., p. 160.

⁸⁰⁴ ALCÁCE R GUIRA O, R. *La protección del futuro y los danos cumulativos*. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. Tomo 54 Fas/mes 1, 2001, p. 167 Según dicho criterio de legitimación, la fundamentación de las normas penales ha de estar basada en el mantenimiento de las condiciones esenciales que permiten el desarrollo de la libertad del ciudadano en la sociedad, y dichas condiciones no se limitan a los bienes estrictamente personales, como la vida, la integridad física o la propiedad, sino que se extienden también a bienes de titularidad intersubjetiva, intereses de titularidad colectiva que proporcionan una esfera de protección mediata a los bienes personales de titularidad individual. Vid., CUELL O CONT RERAS, J. Ciertamente, la protección de la persona no impide, antes al contrario exige, que se protejan también bienes jurídicos supraindividuales, por su importancia para el individuo. p. 79

⁸⁰⁵ ALCÁCER GUIRAO, R. *La protección del futuro y los danos cumulativos*. Op. Cit., p. 174.

⁸⁰⁶ Vid. Informe de UNODC/2009. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/Migrant_Smuggling/09-81209_Spanish_ebook.pdf *“Los migrantes son vulnerables a la explotación, y su vida corre peligro en muchos momentos: miles de migrantes víctimas del tráfico ilícito han muerto sofocados en contenedores, han perecido en desiertos o se han ahogado en el mar. Los traficantes de migrantes suelen realizar sus actividades con poca o ninguna consideración por la vida de las personas cuyas dificultades han generado la demanda de sus servicios. Los supervivientes han relatado historias desgarradoras de sus terribles*

Estimamos necesario proteger los derechos de los migrantes o su puesta en peligro en vistas a la protección de los Derechos de todas las personas.

En esta línea, Lorenzo Copello⁸⁰⁷ afirma que “ *si el Derecho penal realmente ha de reservarse para proteger a los inmigrantes frente a los abusos que los degradan como personas, es imprescindible que se busque una configuración del delito de tráfico de seres humanos que permita dejar fuera del tipo aquellas situaciones en las que el transporte se realiza en condiciones aceptables y con pleno y libre consentimiento de la persona trasladada. Para ello es preciso cambiar urgentemente de punto de mira y atender a las condiciones materiales del traslado antes que a su contrariedad formal con el ordenamiento jurídico*”.

En definitiva, ante los fenómenos delictivos relacionados a los movimientos migratorios es necesario adecuar la intervención penal y ajustar su capacidad real para posibilitar la solución efectiva a los referidos conflictos, siendo así, ratificamos la postura de que el Derecho penal debe incidir sobre el transportista, es decir, sobre el contrabandista que, desde una estructura organizada, lucra con la actividad del tráfico. El objetivo de la intervención penal no puede ser detener al inmigración clandestina incluso porque se ha comprobado que su eficacia para lograr este propósito es bastante escasa ya que suele ocurrir que cuanto más restrictivos sean los controles de entrada, más crece el número de inmigrantes ilegales dentro del país, todo eso porque como hemos resaltado, los movimientos migratorios atienden a diversos factores, sobre todo, económicos, así, mientras permanezca el desequilibrio económico y demográfico entre países ricos y pobres, la inmigración será un factor social de considerable incremento. Además, como ya hemos afirmado, la gestión de la inmigración clandestina es atribución del Derecho administrativo

experiencias: personas hacinadas en depósitos sin ventanas, forzadas a permanecer sentadas sin moverse en medio de orina, agua de mar, heces o vómitos, privadas de alimentos y de agua, mientras a su alrededor otros mueren y sus cadáveres son tirados por la borda o dejados al lado del camino. El tráfico ilícito de migrantes y las actividades que lo rodean aportan ingentes beneficios a los autores de esos delitos y alimentan la corrupción y la delincuencia organizada. Son un negocio mortífero que deb combatirse con la máxima urgencia”.

⁸⁰⁷ LAURENZO COPELLO, P. *El modelos de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos*. Op. Cit., p. 244.

sancionador⁸⁰⁸.

La intervención penal, por lo tanto, debe ceñirse a sancionar las conductas de tráfico que con la intención de auferir beneficios económicos o materiales, lesionen o pongan en peligro la vida o la seguridad de los migrantes extranjeros, objetos del tráfico, aprovechándose, muchas veces de la necesidad de emigrar de estas personas que no vislumbran otra alternativa sino la de intentar sobrevivir en los aclamados países de primer mundo.

De este modo, desde *lege ferenda* proponemos la siguiente tipificación como conducta básica para el delito de tráfico ilícito de migrantes: *“El que, con ánimo de lucro y como miembro de una organización criminal o grupo criminal, transportare de forma ilegal o fraudulenta a personas que tengan como destino o país de tránsito España, exponiendo sus vidas o su salud a un riesgo concreto de lesión, será castigado con pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al triplo del lucro obtenido o perseguido. Si de tratara de los responsables de la organización o grupo, la pena de prisión podrá incrementarse hasta la mitad inferior de la superior en grado”*.

Tal proposición puede suscitar conflictos concursales con otros tipos penales, por ejemplo, homicidio o lesiones, incluso para algunos también puede manifestarse desnecesario una tipificación que contenga una protección específica a los derechos o bienes de los migrantes. No obstante, insistimos que el delito de tráfico de migrantes con frecuencia puede ser peligroso y abusivo. Son muchos los informes que denuncian muerte o lesiones graves de migrantes durante el proceso de traslado, por ello, opinamos que la referencia expresa a la puesta en peligro sus vidas debe estar prevista en la conducta típica.

Esta propuesta de *lege ferenda* se presenta como un delito pluriofensivo con bien jurídico intermedio de referente individual. Su contenido

⁸⁰⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal, parte especial*. Op. Cit., p. 364. *“El problema de la inmigración se está convirtiendo en un problema muy grave en todos los países de alto nivel económico, y tendrá difícil solución mientras existan los niveles de pobreza actualmente existentes en otros muchos países, principalmente africanos y latinoamericanos. Las medidas administrativas restrictas tienen incluso un efecto crimonógeno, pues prácticamente arrojan a los extranjeros que no tienen posibilidad de entrar, atravesar o residir legalmente en España, en manos de los traficantes”*.

material, por lo tanto se concretiza en la tutela de los derechos de las personas migrantes así como en la protección de las fronteras soberanas del Estado español.

La configuración *lege ferenda* de este delito en función de los bienes jurídicos objetos de referencia debe estructurarse como un delito de peligro hipotético⁸⁰⁹ en el sentido de que debe verificarse que además de darse la contravención de la normativa administrativa, la conducta sea potencialmente peligrosa, es decir, el juez debe comprobar si en las situaciones concretas si la conducta que vulnera las normas de la política migratoria es idónea para originar un riesgo grave para los derechos de las personas migrantes, es decir, no se requiere la constatación de la producción de un resultado peligroso para el objeto protegido, sino que basta con que la acción realizada sea idónea para poner en peligro. De este modo, se exige algo más que en los delitos de peligro abstracto pero algo menos que en los delitos de peligro concreto, pues no se presume su peligrosidad pero debe comprarse, al menos, su idoneidad para poner en peligro⁸¹⁰.

En definitiva, en la redacción propuesta para el delito de tráfico ilícito de migrantes no se exige constatar *ex post* una situación de peligro concreto

⁸⁰⁹ Estos delitos también son de nominados de delitos de aptitud o de idoneidad, delitos de peligro abstracto-concreto. Vid., sobre el asunto: FEIJOO SÁNCHEZ, B. Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro. Ho menaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Civitas. Madrid, 2005, pp. 307-342; Gómez Tomillo, M. Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro. En: CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.) Y OTROS *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 465-482; GRACIA BOGADO, M./ RUTH FERRARI, D. Sociedad e riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico. Disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20091005_02.pdf

⁸¹⁰ MORALES PRATS, F. *La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro*. En: VALLE MUÑIZ, J. M.^a (Coord.), *Protección Jurídica del medio ambiente*, ed. A. Ranzani, Pamplona, 1997, p. 245. Vid. Para MENDOZA BUERGO, B. *La configuración del injusto (objetivo) de posdelitos de peligro abstracto*. En: Revista del Derecho penal y Criminología, UNED, Madrid, 2002, 68. La autora afirma que: “el desvalor objetivo material de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto. En consecuencia, sólo cabe adelantar la tutela penal de forma legítima al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico; teniendo además en cuenta las exigencias propias de la atribución de responsabilidad penal, ello no debe determinarse en abstracto por la pertenencia a una clase de acciones, sino que exige que sea evidente tal peligrosidad objetiva al menos en el momento de realizar la conducta”.

como resultado de peligro sino sólo que la conducta tipificada encierre una idoneidad⁸¹¹ o aptitud para lesionar o producir un daño, lo que suele ocurrir con frecuencia en los precarios e inseguros traslados irregulares de migrantes realizados a través de la criminalidad organizada⁸¹².

En lo que atañe a la finalidad de lucro en la conducta típica, ésta debe ser interpretada como elemento subjetivo del injusto de los delitos de tráfico que excluye la comisión imprudente, en tanto que con referencia al dolo directo solo resultarán punibles aquellas conductas que provengan del conocimiento y voluntad de realizar alguna de las acciones típicas si además se encuentran motivadas por el ánimo de lucro.

Cuanto a la pertenencia a una organización criminal al exigir que el tráfico sea realizado a través del crimen organizado, permitiría excluir los supuestos que podrían tutelarse por el Derecho administrativo sancionador, es decir, las colaboraciones individuales a la entrada o permanencia ilegal de extranjeros en el territorio español.

La definición de organización criminal la encontramos en el artículo 570 bis CP añadido por la reciente reforma de la LO 5/2010 de 22 de junio que dispone: *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, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.*

⁸¹¹ Vid. CORC OY BID ASOLO. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales. Op.Cit., p. 37*

⁸¹² Vid., KINDHÄUSER, U. K. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*. InDret, Revista para el análisis del derecho [en línea]. Barcelona, España. Febrero 2009 [08/07/09]. Disponible en internet: <http://www.indret.com/es/>.

CONCLUSIONES

Demos inicio a esta tesis desafiados por comprender la actual intervención penal en el desplazamiento humano transfronterizo. Los principales puntos de cuestionamiento de esta investigación se enmarcan en el análisis de la legitimidad de la utilización del Derecho penal para controlar flujos migratorios. Tras una observación crítica de las disposiciones normativas, dogmáticas y políticas criminales elaboradas para gestionar las migraciones de estos tiempos, podemos resumir el resultado de este estudio en las siguientes conclusiones:

No hay fronteras frente el ansia por vivir.

Hemos puntuado en este estudio que las migraciones son parte incuestionable de nuestra historia. La incierta y difícil aventura de inmigrar cuenta con innumerables registros que evidencian el afán humano por sobrevivir. Es cierto que en días de hoy los movimientos migratorios internacionales están cada vez más complejos como resultado de la expansión de los mercados, la ampliación de las disparidades económicas y la mayor disponibilidad de medios de transporte e información. Toda esta coyuntura nos permite deducir que mientras persistan los lastimosos contextos de incertidumbre, inseguridad y desigualdad social y económica, las migraciones y, en particular las migraciones irregulares, seguirán ocurriendo. Ningún país está inmune frente a los flujos migratorios irregulares.

La imprecisión terminológica dificulta la elaboración de una política migratoria eficiente.

Hemos constatado que las terminologías utilizadas en el marco normativo español para retratar los fenómenos inherentes a los movimientos migratorios son notablemente complejas e imprecisas. El legislador español

hasta la última reforma realizada por la LO 5/2010 en el art. 318 bis CP equiparaba los conceptos de tráfico ilícito de migrantes, inmigración clandestina y trata de personas. La referida reforma ha logrado aclarar las diferencias entre tráfico ilícito de migrantes y trata de migrantes, con todo, ha mantenido en el tipo básico del artículo 318 bis la equiparación entre inmigración clandestina y tráfico de migrantes. Insistimos en la necesidad de distinguir dichos términos, pues, de este modo, podríamos lograr políticas migratorias más justas e eficaces. Como expusimos en esta investigación, la intervención penal es legítima en supuestos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, no obstante, cabe a la normativa administrativa gestionar la inmigración clandestina.

El cierre de fronteras no inhibe la inmigración, por el contrario, provoca su criminalización en manos de las mafias organizadas.

Verificamos que la política migratoria europea aún es un proyecto en definición, muchos son los ajustes a realizar, no obstante, sus directrices principales manifiestan claramente los propósitos de luchar contra la inmigración irregular. Europa cierra sus fronteras exteriores en un claro intento de concretizar la Europa fortaleza y securitaria iniciada con la firma por los Estados miembros del Acuerdo Schengen en 1985. No obstante, el blindaje de la Europa-fortaleza lejos de frenar la inmigración, ha llevado a que ésta se criminalice en el mercado delictivo de redes organizadas que ofrecen a los inmigrantes medios de acceder al país destino de manera ilegal. Así, los principales conflictos que actualmente suscitan las cuestiones migratorias se refieren a problemática provocada por la inmigración irregular, clandestina o ilegal. Ésta es, sin duda, la prioridad de la política migratoria de los países miembros de la Unión Europea cuyos objetivos no niegan que UE está en “guerra” contra la inmigración irregular. Concretamente en España, la búsqueda por la eficacia en el control migratorio ha producido en un corto plazo innumerables reformas legislativas cuyos resultados, desde nuestra perspectiva, no son tan positivos, pues algunos de los impases aún siguen sin

solución concreta, como, por ejemplo, la convergencia entre el derecho administrativo sancionador y derecho penal, así como compleja cuestión terminológica que ya hemos enfatizado.

El tráfico ilícito de migrantes se ha convertido en una de las principales actividades delictivas del crimen organizado transnacional.

Existe una fenomenología delictiva en torno de los movimientos migratorios y en este marco el tráfico ilícito de migrantes se concibe como una actividad delictiva transnacional que lamentablemente se ha acentuado en el contexto actual en razón de la actuación de los grupos organizados que trafican con personas migrantes ya sea para promover la entrada ilegal en el territorio español o para insertarlos en el mercado laboral o someterlos a explotación sexual, aprovechándose de las facilidades inherentes al proceso globalizador para desarrollar la acción delictiva. El comercio del tráfico ilícito de migrantes genera incalculables lucros que le posiciona entre los principales delitos de fácil y alta lucratividad de estos tiempos. Se trata, innegablemente, de una actividad ilícita creciente que se ha convertido en una amenaza para los derechos de los inmigrantes así como también para la seguridad de los Estados.

“Los otros”: una amenaza construida.

El análisis político-criminal de la problemática de las migraciones, revela que las actuales directrices en el ámbito de las políticas migratorias responden a la relación establecida entre inmigración y seguridad. La inmigración es percibida como un peligro para la sociedad. Los inmigrantes son “los otros” y, concretamente, los inmigrantes irregulares son “los otros peligrosos” que deben ser apartados a cualquier coste. La información tendenciosa ofrecida por los medios de comunicación es un factor que maximiza los conflictos migratorios, colaborando con la formación de una opinión negativa hacia los inmigrantes, sobre todo, los extracomunitarios, lo

que conlleva a la creación y consolidación de estos estereotipos que tienden a responsabilizarlos de gran parte de los problemas de la sociedad. Verificamos aún que, conectado a todo lo dicho, el actual resurgimiento del terrorismo internacional ha agudizado la idea de amenaza relacionada con la inmigración, sobretodo, tras los ataques terroristas del 11 de septiembre en Nueva York y del 11 de marzo de 2004 en Madrid, pues se ha establecido un vínculo entre inmigración y terrorismo. Así, ante estos argumentos, la vigente regulación de los flujos migratorios se enmarca visiblemente en los postulados securitarios de la política criminal del riesgo.

Tiempos difíciles para la Ciencia penal. El control del riesgo.

Innegablemente uno de los efectos perversos de la globalización es el fuerte desarrollo de una criminalidad transnacional cuyas consecuencias generan nuevos paradigmas punitivos que requieren de la Ciencia penal una adaptación de sus principios fundamentales a las exigencias de seguridad que emanan de la sociedad global del riesgo. Frente a tal situación, las vehementes discusiones sobre la modernización y expansión del Derecho penal revelan el difícil momento que atraviesa la Ciencia punitiva. Los nuevos paradigmas punitivos de la sociedad global del riesgo se fundamentan en el control del riesgo e intuyen una redefinición del Derecho de punir. En nuestra opinión, es necesario que el Derecho penal atienda a las nuevas demandas de control social de la sociedad actual. No obstante, entendemos que dicha evolución debe concretizarse en el marco de los principios fundamentales de un Estado social y democrático de derecho, es decir, una modernización razonable de la Ciencia penal debe respetar su carácter subsidiario y de *ultima ratio*. La expansión y la modernización del Derecho penal no pueden comprometer las garantías básicas del sistema penal, pues de lo contrario, podríamos correr el riesgo de su propia parálisis o, incluso, involución. En este orden de ideas, no os atrevemos afirmar que el polémico Derecho penal del enemigo no representa la modernización del sistema punitivo, sino, su extrema e intensa expansión comprometiendo directamente las bases axiológicas de la Ciencia penal.

El paradigma de la prevención máxima en el control de la inmigración.

En esta coyuntura, la tutela penal de la inmigración responde a los cambios ocurridos en el panorama mundial global. Al decidir evitar a todo coste la inmigración clandestina, el legislador español se utiliza del paradigma de la prevención máxima en el sentido de que más derecho penal puede desestimular a los extranjeros extracomunitarios a desistir del proyecto migratorio. Es evidente que la vigente estructura dogmática del artículo 318 bis CP atiende a las características que, actualmente, definen el Derecho penal moderno, así como a la tendencia expansiva de la Ciencia punitiva. Se trata de una regulación que corresponde a las directrices de un discurso político vehementemente preventivo que conlleva a una creciente formulación de los delitos de peligro, en especial, de los delitos de peligro abstracto y de bienes jurídicos colectivos.

El derecho penal como un instrumento del control de los flujos migratorios.

La definición del bien jurídico tutelado en el artículo 318 bis CP intuye un polémico debate para la doctrina científica. Estimamos como loables los esfuerzos de los doctrinadores que intentan atribuir un contenido material al tipo, no obstante, la técnica legislativa adoptada en el tipo básico aleja cualquier identificación del bien jurídico relacionado con los derechos de los ciudadanos extranjeros, por lo que está evidente que lo que castiga el artículo 318 bis CP en su conducta básica con penas de cuatro a ocho años de prisión no es la lesión o puesta en peligro de los derechos de los inmigrantes, sino la promoción o facilitación de la inmigración clandestina.

Fuertes reflejos del Derecho penal del enemigo en la estructura típica del artículo 318 bis CP.

El bien jurídico-penal “ *política migratoria*” en el art. 318 bis presenta contornos imprecisos y de difícil delimitación cuya conducta lesiva o peligrosa no se aprecia claramente, sino que requiere la suma de muchas conductas típicas. La redacción típica es expresamente desproporcionada a al contemplar conductas amplias y vagas que abarcan cualquier participación en el delito sin exigir que se produzca ningún resultado material, es decir, los verbos del tipo, “ *promover*”, “ *favorecer*” y “ *facilitar*” intuyen a la anticipación de las barreras punitivas además de dificultar la distinción entre autoría y participación, sobre todo si estas conductas de favorecimiento pueden ser realizadas directas o indirectamente.

Dicha técnica legislativa supone dificultades de interpretación y aplicación del tipo, sobre todo, en lo que atañe a la tipicidad, antijuridicidad material, culpabilidad y autoría.

La conducta típica, al no sancionar a quien transporta, sino a quien promueve, facilita o favorece el tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina intuye a supuestos menos graves de aquellos previstos en la infracción administrativa, ya que ésta exige como requisito el ánimo de lucro en el que colabora en una inmigración clandestina.

Los tipos agravados, concretamente, los medios comisivos que anulan o limitan la voluntad de la persona que es objeto de tráfico ilegal, es decir, empleo de violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad de la víctima son modalidades comisivas consustanciales a la conducta típica de trata de seres humanos. En el tráfico de personas, el inmigrante suele consentir libremente en el traslado irregular, por lo tanto, entendemos que deba ser suprimida la referida

cualificación, incluso porque los instrumentos normativos internacionales⁸¹³ referentes al tráfico ilegal de personas no hacen alusión a dichas circunstancias.

En lo que respecta a la puesta en peligro para la vida, salud o integridad física, se trata de una circunstancia que suele verificarse a menudo, sobre todo en los desplazamientos que ocurren desde el continente africano. Tal como hemos señalado, son frecuentes los casos de inmigrantes trasladados en condiciones inhumanas registrados en los medios de comunicación como también en la jurisprudencia española. Por ello, siempre que haya una puesta en peligro para la vida, salud o integridad de las personas es cabible una agravación de la conducta.

Como hemos destacado, el único interés tutelado en el vigente artículo 318 bis CP está orientado a asegurar a las funciones organizativas del Estado y en esta directriz, lo que importa es el mero mantenimiento de la vigencia de la norma, por lo tanto, no nos parece coherente que se mantenga bajo el título de “*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”. También hay que resaltar la significativa desproporción de la reacción del sistema punitivo en el delito del artículo 318 bis CP, pues aparte de la severidad de las penas previstas, algunas conductas como en las que se favorece la entrada ilegal de familiares o en las que se da alojamiento a inmigrantes que han entrado ilegalmente que, aunque puedan considerarse típicas, no merecen una respuesta de carácter jurídico-penal.

Así, todo lo dicho nos lleva a afirmar que la técnica legislativa adoptada en el delito del artículo 318 bis CP se identifica con algunos de los principales caracteres de la política penal del enemigo.

⁸¹³ Vid., supra, pp. Parte III referente a las directrices normativas de la política migratoria de las Naciones Unidas, comunitarias y españolas.

Una norma “*de lege data*” ilegítima y simbólica.

Compartimos la opinión de la doctrina científica mayoritaria de que Derecho Penal sólo se justifica para proteger bienes jurídicos, es decir, para prevenir delitos, así, si la estructura *de lege data* del art. 318 bis CP intuye una referencia normativa al Derecho penal del enemigo como también a un Derecho penal simbólico no debe ser considerada legítima, ya que además de vulnerar las garantías y límites del *ius puniendi* característico del Derecho penal democrático, no se manifiesta eficaz para prevenir los delitos relacionados con los movimientos migratorios. Por lo tanto, como expresa Maqued Abreu⁸¹⁴, “*no es verdad, pues, que la reforma penal promueva el respecto de los derechos de los ciudadanos extranjeros. Ni son considerados ciudadanos ni se les reconocen derechos*”.

Un acierto legislativo en la Reforma de LO 5/2010.

Las polémicas entorno de la tipificación de los Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros en el CP siempre fueron constantes en los discursos políticos y científicos. Concretamente, la equiparación normativa entre Trata de personas y Tráfico de personas suscitaba innumerables problemas prácticos de interpretación. Felizmente, el legislador español ha acertado en la última reforma realizada por la LO 5/2010 al introducir un tipo autónomo para la Trata de personas en el artículo 177 bis CP.

El Derecho penal está legitimado para intervenir en los conflictos migratorios en los casos más graves.

La valoración de la legitimidad de intervención penal en los conflictos migratorios requiere que el Estado utilice sus herramientas de control

⁸¹⁴ MAQUEDA ABREU, M. L. “La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”. En: AA.VV. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Op.Cit., p. 461.

social de manera equilibrada y eficiente, por ello, opinamos que el Derecho penal debe combatir la criminalidad que se ha organizado al alrededor de los movimientos migratorios, sin embargo, su actuación debe limitarse a la punición de las conductas que impliquen en la amplia y lucrativa actividad delictiva del transportista que se utiliza del derecho y de la necesidad de emigrar de los demás para desarrollar el negocio de tráfico ilícito de migrantes. Así, será legítima su intervención siempre que hayan supuestos de tráfico ilícito de migrantes, o sea, cuando la conducta esté motivada por el ánimo de lucro, vinculada a la estructura de la criminalidad organizada transnacional y que exponga la vida o la seguridad de las personas migrantes a peligro de lesión, es decir, en los casos más graves. Desde esta perspectiva, la tutela penal de los fenómenos migratorios se manifiesta, desde nuestro juicio, necesaria y se ajusta a las directrices comunitarias e internacionales.

Propuesta “de lege ferenda”.

El bien jurídico tutelado en el artículo 318 bis debería estructurarse desde una dimensión colectiva y otra individual, pues al atribuir un referente individual al bien jurídico política migratoria evitaríamos una excesiva funcionalización del concepto de bien jurídico. La conducta típica del tráfico ilegal de migrantes debería estructurarse a fin de punir las acciones que además de vulnerar el control de fronteras de los Estados, contengan una entidad lesiva que exponga a peligro los derechos o bienes de los ciudadanos extranjeros migrantes durante el traslado irregular, ilegal o clandestino.

La tutela penal de las migraciones: un difícil desafío para los que aún creen en un Estado social y democrático de Derecho.

La problemática de las migraciones en estos tiempos requiere mucha reflexión por parte de la comunidad científica y política. Se trata de una cuestión sumamente compleja. Son vidas, destinos y esperanzas que surgen por todos los lados, es decir, si por un lado nos encontramos con el legítimo

derecho del Estado de proteger a sus nacionales, por otro , tenemos el legítimo derecho de aspirar un proyecto de vida posible. Innegablemente la problemática de las migraciones intuye un complejo desafío para los Estados democráticos de Derecho cuya “resolución adecuada” parece una utopía en el escenario que siempre tendrá como protagonista el poder económico.

Referencias de la jurisprudencia utilizada***Tribunal Supremo***

STS *núm.* 108/2007 de 13 febrero; (RJ/2007/1248)
STS *núm.* 302/2007 de 3 de abril; (RJ\2007\2453)
STS 526/2007, de 7 de junio; (RJ/2007/3535)
STS *núm.* 1159/2007 de 14 de junio; (JUR\2007\209818)
STS *núm.* 561/2007 de 15 de junio; (RJ/ 2007/3463)
STS *núm.* 582/2007 de 21 de junio; (RJ2007/3330)
STS *núm.* 554/2007 de 25 de junio; (RJ\2007\4751)
STS *núm.* 605/2007 de 26 de junio; (RJ\2007\3731)
STS *núm.* 618/2007 de 26 de junio; (RJ 2007\3730)
STS núm.635/2007 de 2 de Julio; (RJ\2007\4755)
STS *núm.* 746/2007 de 17 de septiembre; (RJ 2007\5368)
Sentencia *núm.* 718/2007 de 25 septiembre; (RJ 2007\5187)
STS núm. 803/2007 de 3 de octubre; (RJ 2007\6846)
STS *núm.* 799/2007 de 2 de octubre; (RJ 2007\6843)
STS *núm.* 788/2007 de 8 de octubre; (RJ\2007\6293)
STS *núm.* 1042/2007 de 7 de diciembre; (RJ 2008/55)
STS *núm.* 1092/2007 de 27 de diciembre; (RJ\2008\49)
STS *núm.* 15/2008 de 01 de enero; (RJ\2008\1399)
STS *núm.* 1121/2008 de 3 de enero; (RJ\2008\47)
STS *núm.* 36/2008 de 31 de enero; (RJ//2007/1155)
STS *núm.* 122/2008 de 18 de febrero; (RJ\2008\2160)
STS Pleno de 26 de febrero de 2008; (JUR 2008/112611)
STS *núm.* 111/2008 de 22 de febrero; (RJ 2008\1077)
STS *núm.* 152/2008 de 8 de abril; (RJ\2008\2700)
STS *núm.* 270/2008 de 13 de mayo. (RJ\2008\3094)
STS *núm.* 921/2008 de 13 de mayo; (RJ 2008\8021)
STS *núm.* 182/2009 de 13 febrero; (RJ\2009\1341)
STS *núm.*17/2009 de 21 de enero; (RJ\2009\804)
Sentencia *núm.* 399/2009 de 11 abril; (RJ 2009\4839)

STS núm. 1118/2009 de 14 de mayo; (JUR 2009\255299)
STS núm 740/2009 de 30 de junio; (RJ\2009\4347)
STS 1146/2009 de 18 de noviembre; (RJ\2010\178)
Sentencia núm. 186/2009 de 27 febrero RJ 2009\1672
STS núm. 330/2010 de 2 de marzo; (JUR\2010\153182)
STS núm. 730/2010 de 20 julio; (RJ 2010\3518)
STS núm. 1089/2010 de 10 diciembre; (RJ 2011\11790)
STS núm. 153/2011 de 25 febrero; (RJ 2011\2378)
STS núm. 196/2011 de 23 marzo; (RJ 2011\2905)
STS núm. 356/2011 de 7 abril; (JUR 2011\141035)

Audiencias Provinciales

SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 66/2007 de 9 febrero; (JUR\2007\154031)
SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 114/2007 de 2 marzo; (ARP\2007\302)
SAP de Las palmas núm. 75/2008 de 28 de abril; (JUR 2008\187241)
SAP de Santa Cruz de Tenerife e núm. 484/2008 de 19 junio;
(JUR\2008\301559)
SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 639/2008 de 16 septiembre;
(JUR\2009\135554)
SAP de Islas Baleares núm. 62/2008 de 21 octubre; (ARP\2009\1321)
SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 107/2009 de 6 de febrero; (ARP
2009\733)
SAP de Las Palmas núm. 22/2009 de 28 de marzo; (ARP\2009\617)
SAP de Almería núm. 95/2009 de 30 marzo; (JUR\2009\221844)
SAP de Las Palmas núm. 59/2009 de 27 mayo (JUR 2009\319716)
SAP de Málaga núm. 20/2010 de 19 julio; (JUR\2010\336491)
SAP de Málaga núm. 21/2010 de 26 agosto; (ARP\2010\1176)
SAP de Madrid núm. 384/2010 de 22 octubre; (JUR 2011\16675)
SAP V SAP Alicante núm. 793/2010 de 2 diciembre; (JUR 2011\128124)
SAP de Valencia núm. 635/2010 de 25 noviembre; (JUR 2011\108578)
SAP de Málaga núm. 12/2011 de 16 febrero; (ARP 2011\492)

Bibliografía

ABARCA JUNCO, A . P., *et al. Inmigración y extranjería. Régimen Jurídico básico.* 4ed. Colex, Madrid, 2010.

ALCÁCER GUIRAO, R. *Sobre el concepto de delito ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003.

ALCÁCER GUIRAO, R *La protección del futuro y los danos cumulativos.* Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. Tomo 54 Fas/mes 1, 2001.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., *La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal.* En: AA.VV: *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000).* Manuales de Formación Continuada, núm. 5. CGPL Madrid, 2000.

ALVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *et al. La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

ARANGUEZ SANCHEZ, C. *Reformas introducidas en el Código Penal por LO 4/2000 y la LO 8/2000.* En: MOYA ESCUDER O, M. (Coord.). *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería.* Comares. Granada. 2001.

ARAVENA, F., *Seguridad humana: concepto emergente de la seguridad del siglo XXI,* UNESCO- Chile, Santiago de Chile, 2002.

ARROYO ZAPATERO, L. Y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., (Dir.) : *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos* en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca. Cuenca, 2001.

ARROYO ZAPATERO, L. *Derecho y riesgo.* Revista Injuria, 1995, Vol.8, p. 3. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/AREAS_TEMATICAS.

BACIGALUPO, E. *Teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Diario La Ley, N° 6962, Sección Doctrina, 6 Jun. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY.

BALAGUER CALLEJÓN, F. *Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas – artículo 3*. En: MOYA ESCUDERO, M. *Comentario a la ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001.

BARATA, F. *Inmigración y criminalización en los medios de comunicación*. En: BERGALLI, R., (Coord.), *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista multidisciplinares*, Anthropos, Barcelona, 2006.

BARBER BURUSCO, S. *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*. En: LUZÓN PENA, D.M., (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.

BARRERA LOPEZ, F. M. *La Política de admisión de extranjeros inmigrantes en el Derecho español y sus repercusiones ético políticas. Una expresión de la cultura del control y de la lógica del pragmatismo*. Tesis doctoral. Departamento de Filosofía del Derecho. Universidad de Granada, 2008.

BAUMAN, Z. *La globalización. Consecuencias humanas*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 1999.

BECK, U. *Viviendo en la sociedad del riesgo mundial*. Serie: Dinámicas interculturales. Número 8. Fundación CIDOB, Barcelona, 2007.

BECK, U. *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España, 2002.

BECK, U. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.

BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós, Barcelona, 1998.

BECK, U. *Teoría de la sociedad del riesgo*, en *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Anthropos, Barcelona, 1996.

BEL, C. & GÓMEZ, J. *Nueva inmigración africana en España: inmigrantes subsaharianos*. Ponencia presentada en el II Congreso sobre la inmigración en España: España y las Migraciones Internacionales en el Cambio de Siglo, Madrid, 5-6-7 de octubre de 2000.

BERGALLI, R. *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vistas pluridisciplinarios*. Anthropos, Barcelona, 2006.

BERIAIN, J.(Coord.) *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Anthropos, Barcelona, 1996.

BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo 1 - Volumen 2*. Bosch Editor, Barcelona, 2005.

BOTELLA CORRAL, J., /PERES-NETO, L. *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*. En: GARCÍA ARÁN, M., /BOTELLA CORRAL, J., (Directores.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A. *Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal*. Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e de lla politica globale, 2009. Disponible en: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/migrant/retos.htm#22>.

BRANDARIZ GARCIA, J. A. *La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal español*. En: SALVATORE, P./ BRANDARIZ GARCIA, J. A (Directores) "Criminalización racista de los migrantes en Europa, Comares, Granada, 2010.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A. *La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal*. En: CANCIO MELIÁ, M., /POZUELO PÉREZ, L., (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008.

BRANDARIZ GARCIA, J.A. *Itinerarios de Evolución del sistema penal como*

mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. En: FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, J./ HORRAZÁBAL MALARRÉE, H. *Lecciones de Derecho penal*, volumen I, Madrid, Ed. Trotta, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control Social y Sistema Penal*. PPU, Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Los bienes jurídicos colectivos*. RFDUC, 11, 1986.

CAMPIONE, R. *Globalización y Migraciones: ¿Retóricas contradictorias?* En: *Justicia, migración y derecho*. Dykinson, 2004.

CAMPO CABAL, J. M., *Comentarios a la ley de extranjería*, Civitas, Madrid, 2001

CANCIO MELIÁ, M. / POZUELO PEREZ, L. (Coords.) *Política criminal en Vanguardia*. Civitas Ediciones, Madrid, 2008.

CANCIO MELIÁ, M., / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vols. 1 y 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006

CANCIO MELIÁ Y MARAVER GÓMEZ. *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*. Revista Cenipec. N.25. 2006.

CANCIO MELIÁ, M. *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*. En: *Jueces para la Democracia*, nº 44, julio/2002.

CASTELLS, M. *La era de la información. Fin de Milenio*. Vol. 3, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

CARMONA SALGADO, C. *La nueva regulación del tráfico de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003*. En: ZUGALDÍA ESPINAR,

J.M., (Dir.), PÉREZ ALONSO, E., (Coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración.*

CEREZO MIR, J. *Temas Fundamentales del Derecho Penal.* Rubinzal –Culzoni Editores. Buenos Aires. 2006.

CHAZARRA QUINTO, M.A. *El tratamiento penal del inmigrante en el derecho español: Análisis de la aplicación del denominado “Derecho penal del enemigo” a los delitos relacionados con la inmigración.* Disponible en: revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/01-chazarra.pdf

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. *Delitos contra los derechos de los extranjeros*, en: *Extranjeros y Derecho penal.* CGPJ. Madrid, 2004.

CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO, M. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En: CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dir.)/ GÓMEZ, V. (coord.): *La Política Criminal en Europa.* Atelier, 2004.

CORCOY BIDASOLO, M. *Protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales y derecho penal mínimo.* En: *Derecho penal del siglo XXI.* Consejo General del Poder Judicial, 2008.

CORCOY BIDASOLO, M. *Comentarios al código penal. Reforma Lo 5/2010.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

CUELLO CONTRERAS, J. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico.* Anuario de Derecho Penal, 1981.

CUELLO CONTRERAS, J. *Fundamentos para un sistema lógico-funcional del Derecho Penal. Más allá del ontologismo y el normativismo,* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006. Disponible en: RECPC 08-01 (2006) _ <http://criminet.ugr.es/recpc> _ ISSN 1695-0194;

CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del delito*. 3ed., Dykinson, Madrid, 2004.

CUGAT MAURI, M. *Nuevas huidas al Derecho penal y quiebra de los principios garantistas*. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

CUGAT MAURI, M., *Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. En: CARBONELL MATEU, J.C.,/D EL ROSAL BLASCO, B., /MORILLAS CUEVAS, L., /ORTS BERENGUER, E., /QUINTANAR DÍEZ, M., *Estudios penales en Homenaje al Profesor Manuel Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

CUGAT MAURI, M., *Sujetos protegidos por el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP*. En: RODRÍGUEZ MESA, M.J ., /RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *Política migratoria y derecho: Análisis y juicio crítico de una relación perversa*. En: SANZ MULAS, N. (Coord.) *El Derecho penal y la nueva sociedad*. Comares, Granada, 2007.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *La promoción del tráfico de personas. Aspectos jurídicos y policiales*. En: SANZ MULAS, N. (Coord.) *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Comares, Granada, 2009.

DAUNIS RODRIGUEZ, A. *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*, Indret, 2010. Disponible en: www.indret.com/code/getPdf.php?id=1342&pdf=693.pdf&indret=

DE FARAMIÑAN GILBERT, J. M. *Globalización y transformación del modelo estatal*. En: *Globalidad y delincuencia. Prevención y respuestas*. Publicaciones de la Fundación Policía Española. Colección Estudios de Seguridad. 1 ed.,

2008.

DE GIORGI, A. *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de sueños, Madrid, 2006.

DE GIORGI, A. *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control*. Virus, Barcelona, 2005.

DE LA ACUESTA AGUADO, P. M. *El principio penal de respeto a la dignidad de la persona*. *Revista de Derecho vLex* (Julio 2001).Id. vLex: VLEX-105645, p.4. Disponible en: <http://vlex.com/vid/105645>.

DE LA CUESTA AGUADO, P. *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. En: REYNA ALFARO, L (Coord.): *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*; Ara Editores, Lima, 2005.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *Principales lineamientos político criminales de la asociación internacional de Derecho penal en un mundo globalizado*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, n. 20, 2006.

DE LEÓN VILLALBA, F. *Tráfico de Personas e Inmigración Ilegal*. Disponible en: TOL238.605 ©www.tirantonline.com

DE LUCAS MARTIN, J. *El marco jurídico de la inmigración*, Jueces para la Democracia, núm.38, 2000.

DE LUCAS MARTIN, J./ TORRES, F. (Editores) *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos?, Algunos desafíos y (malas) respuestas*. Talasa Ediciones. Madrid, 2002.

DE LUCAS MARTIN, J. *Globalización e identidades*. Icaria. Barcelona. 2003.

DE LUCAS MARTIN, J. *Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración*. En: MIRAUT MARTÍN, L.(directora). *Justicia, Migración y Derecho*. Dykinson, Madrid, 2004.

DE LUCAS MARTIN, J. *Para construir la gestión democrática de la*

multiculturalidad que resulta de la inmigración. En: RODRIGUEZ MESA, M.J., /RUIZ RODRIGUEZ, L.R. (Coords.), Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

DE LUCAS MARTIN, J. *El miedo en las sociedades más seguras de la historia. En: AA. VV. Libertad y Seguridad. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 43, 2009.*

DE PRADA SOLAESA, J.R., *A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos. En: Jueces para la Democracia, núm. 43, 2002.*

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo . *¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2009, núm. 11-08, p. 20. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>*

DEMETRIO CRESPO, E. *Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F (Coord.) Serta: in memoriam Alexandri Baratta. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.*

DEMETRIO CRESPO, E., *Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho Penal. En: PEREZ ALVAREZ, F., (Ed.), NUÑEZ PAZ, M.A., GARCIA ALFARAZ, A.I., (Coords.), Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Nunez Barbero, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008*

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *et al., Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal. Le Ley, Madrid, 2007.*

DÍAZ PITA, M. M. / FARALDO CABANA, P., *La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995. Revista de Derecho y proceso penal, nº 7, 2002.*

DÍEZ RIPOLLÉS. J.L. *La Contextualización del bien jurídico en un Derecho*

penal garantista. En: DÍEZ RIPO LLÉS, J.L. *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La política criminal en la encrucijada*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. /GRACIA MARTÍN, L. / HIGUERA GUIMERÁ, M. (Ed s.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. En: CANCIO MELIÁ, M., / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vols. 1 y 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.

DURO VENTURA, C. *Los extranjeros y el derecho penal*. En: OLMEDA PALOMAR, A (Coord.) *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

ESPADAS RAMOS, M. L. *¿Europa ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea*. Instituto Municipal de Formación y Empleo. Ayuntamiento de Granada, 1997.

ESTÉVEZ ARAUJO, J., A., *Ciudadanía cosmopolita versus globalización neoliberal*. En: SILVEIRA GORSKI, H., C. (Ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000.

FARIA: J. E. *El derecho en la economía globalizada*, trad. de Carlos Lema Añón, Madrid, Trotta, 2001.

FEIJÓO SÁNCHEZ, J. B. *Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro*. Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Civitas. Madrid, 2005.

FEIJÓO S ÁNCHEZ, J. B. *El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho*. En: Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, n. 16, 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, J. B. *Sobre la administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo*. En: Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, 2003.

FERNANDEZ BESSA, C./ ORTUÑO AIX, J. M./ MA NAVELLA SUÁREZ, AL. *Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes*. En: Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración, Comares, Granada, 2008.

FERRAJOLI, L. *Criminalidad y globalización*. En: Claves de razón práctica, Nº 152, 2005.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Editorial Trotta, 2ed. Madrid, 1997.

FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. 2006.

FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do Crime*. Coimbra Editora. Editora Revista dos Tribunais. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa, São Paulo, 2007.

FOUCAULT, M. *La vida de los hombres infame*. La Plata: Caronte Ensayos; 1993

FOUCAULT, M. *Genealogía del racismo*. La Plata, Altamira, Colección Caronte Ensayos, 1992.

FREIXES, SANJUÁN, T. *Los derechos humanos de los extranjeros. Contraponencia*. En: MARZAL, A (Ed): *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Bosch, Barcelona, 1997.

FUENTES OSORIO, J. L. *Los medios de comunicación y el derecho penal*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07-16, p. 16:1-

16:51. Disponible en internet: <http://c riminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-16 (2005), 4 nov]

GARCIA ALVAREZ, P. Y DEL CAPRIO DELGADO, J. *Los delitos relativos al régimen de extranjería*, en RODRIGUÉZ BENOT Y HORNE RO MÉNDEZ (coord.). *El nuevo derecho de extranjería*. Comares, Granada, 2001.

GARCÍA ARÁN, M. *Trata de Personas y Explotación Sexual*. Comares, Granada, 2006.

GARCÍA ESPAÑA, E. y RODR ÍGUEZ CANDELA, J. L., *Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros*. LA LEY n. 2249/2002.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Arece, 2006.

GARLAND, D. *La cultura del control*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2005.

GASCON ABEL LAN, M. *Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración*. Jueces para la democracia. INSS 1133-0627, nº 40, 2001.

GERONIMI, E., *Perspectivas sobre migraciones laborales*, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, p. 9. Disponible en www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/pom/pom2s.pdf

GIDDENS, A. *Consecuencias de la modernidad*. Alianza, Madrid, 1993.

GIDDENS, A. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro, Record, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG E. *¿ Las Exigencias Dogmáticas hasta ahora Vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la Criminalidad, de la medición de la pena y del Sistema de Sanciones?* . En: AA.VV., *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001.

GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, A. *Las organizaciones dedicadas a la*

inmigración ilegal. En: CANCIO MELIÁ, M. / PO ZUELO PEREZ, L. (Coords.) *Política criminal en Vanguardia*. Civitas Ediciones, Madrid, 2008.

GOFFMAN, E. *Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. LTC, Rio de Janeiro, 1998, pp. 11ss.

GOMÉZ DE LA TORRE BERDU GO, I / ARROYO ZAPATERO, L., *et al. Curso de Derecho penal. Parte General*. 2 ed. Adaptada a la reforma de 2010 del CP. Ediciones experiencia. Barcelona, 2010.

GOMEZ GONZÁLEZ, O. T. *Participación Criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Dykinson, Madrid, 2001. Disponible en: "http://vlex.com/vid/18007.

GOMEZ NAVAJA, J. *Inmigración ilegal y delincuencia organizada*. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., (Dir.) , PÉREZ ALONSO, E., (Coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*.

GOMÉZ TOMILLO, M. (Director) *Comentarios al Código Penal*. Lex Nova, Valladolid, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, M. *Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro*. En: CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Dykinson, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*. Ed. Cívitas, Madrid, 1986, pág. 19 y 20. Vid. asimismo MELENDO, T.; MILLÁN-PUELLES, L., *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996.

GRACIA BOGADO, M./ RUTH FERRARI, D. *SOCIEDAD DE RIESGO: Legitimación de los delitos de peligro hipotético*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/>

GRACIA MARTÍN, L. *Prolegómenos para la lucha por la Modernización y*

Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.

GRACIA MARTÍN, L. *¿Qué es modernización del Derecho penal?* En: La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, L.H. al Prof. Doctor Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

GRACIA MARTÍN, L. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo".* En: Revista electrónica de Derecho penal y criminología, n. 7. 2005.

GRACIA MARTÍN, L. *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. *El nuevo delito de tráfico ilegal de personas.* En: LOURENZO COPPELLO, P. (Coord.) *Inmigración y Derecho Penal.* Bases para un debate, Tirant lo Blanch, 2002.

GUARDIOLA LAGO, M. J. *El tráfico de personas en el derecho penal español.* Thomson Aranzadi. Navarra, 2007.

GUTIERREZ ROMERO, F. M., *Cuestiones que suscita la aplicación práctica del artículo 318 Bis CP (tráfico ilegal de personas): examen jurisprudencial,* Actualidad Jurídica Aranzadi n. 735/2007, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2007

HASSEMER, W. *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno.* Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. Tomo 45, 1992

HASSEMER, W. *Persona, Mundo y Responsabilidad.* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

HASSEMER, W. *Crítica al derecho penal de hoy.* (Trad. Patricia S. Ziffer), AD-HOC, Buenos Aires, 1998.

HASSEMER, W. *Crisis y características del moderno derecho penal.* Actualidad Penal, n. 43, 1993.

HASSEMER, W. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. En: *Doctrina Penal*. Núm. 46/47, Año 12, Buenos Aires, 1989.

HASSEMER, W. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. En: A.A.V.V. *Pena y Estado*. Editorial jurídica Conosur, Santiago, 1995.

HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

HEFENDEHL, R. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto?*, trad. de E. Salazar Otuño, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)* 04-14 (2002), p. 4, disponible en [http:// criminet.ugr.es/recpc](http://criminet.ugr.es/recpc).

HEFENDEHL, R. (Editor) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?* Barcelona, 2007.

HERZOG, F. *Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el DP en peligro*. En: *ADPCP*, 1993.

HERRERO DE CAS TRO, R y B ARRAS TEJUDO, R. *Globalización y crimen organizado. Mecanismos de lucha contra el crimen transnacional: La Inteligencia* en: *Inteligencia y seguridad. Revista de análisis y prospectiva* - Núm. 6, Junio 2009.

HERRERO, HERRE RO, C. *La prevención, principal vía realizadora de la Política criminal*. En: BUENO ARÚS, F./ KURY, H., et. Al. (Directores). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.

HORMAZABAL MALAREE, H. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objetivo protegido por la norma penal*. Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992.

IGLESIAS SKULJ, A. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control*. Tesis Doctoral, Salamanca, 2009.

JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 2000.

JAKOBS, G. *La imputación objetiva en derecho penal*, (trad. Cancio Meliá) , Ed. Civitas, Madrid, 1996,

JAKOBS, G. / POLAINO NAVARRET E, M. *El derecho penal ante las sociedades modernas (dos estudios de dogmática penal y política-criminal)*, *Laudatio* de Carlos Daza Gómez, México, Flores Editor y Distribuidor, 2006.

JESCHECK, H-H./ (WEIGEND), Th., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Traducción de la 5ª ed. Alemana por M. Olmedo Cardenete, Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE A SÚA, L . *La Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. Madrid, 1918.

KARGL, W. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y penal*. En: AA.VV. *La insostenible situación del DP*, Granada, 2000.

KINDHÄUSER, U. K. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*. InDret, Revista para el análisis del derecho [en línea]. Barcelona, España. Febrero 2009 [08/ 07/09]. Disponible en internet: http://www.indret.com/pdf/600_es.pdf .

LANDROVE, DÍAZ, G. *El nuevo Derecho penal*. Tirant monografías, Valencia, 2009.

LAURENZO COPELLO, P. *El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos*. En: CANCIO MELIÁ. M/ POZUELO PÉREZ, L . (Coords.), *Política criminal en vanguardia*. Civitas Ediciones, Madrid, 2008

LAURENZO COPELLO, P. *Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: Un nuevo paso en la política de exclusión*, en *Jueces para la Democracia*. Información y Debate, 50, 2004.

LOPEZ CERVILLA, J.M. *El Extranjero como víctima del delito. Análisis de los*

tipos penales. (Artículos 318 bis, 313.1 y 312.2.2.º del Código Penal)
Disponibile en: www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL59.pdf

LOPEZ FANDO RAYNAUD, F. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. En: A.A.V.V., Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2003, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios jurídicos de la Administración de la Justicia, 2003.

LUHMANN, N. El concepto de riesgo. En: BERIAIN, J. (Coord.), et al. *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Antrophos, Barcelona, 2007.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Código Penal (adaptado a la ley organica 5/2010 de 22 de junio) Comentarios y jurisprudencia*. Parte II – Parte especial. Comares, 2010.

MANTAVONI, F. *El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal*. En: Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2008.

MAQUEDA ABREU M. L. *El tráfico de personas con fines de explotación sexual*. Artículo 14, una perspectiva de género. Boletín de información y análisis jurídico. INSS 1696-6988, nº 12, 2003.

MAQUEDA ABREU, M.L. *Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis.2? Las sinrazones de una reforma*. En: Revista de Derecho y Proceso Penal, núm.11, 2004.

MAQUEDA ABREU, M. L. *Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual*. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (Dir.) Y OTROS *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Tirant lo blanc alternativa. Valencia, 2007.

MAQUEDA ABREU, M. L. *Una nueva forma de esclavitud. El tráfico sexual de personas.* En: LOURENZO COPELLO, P. (coord.) *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

MAQUEDA ABREU, M. L. *Políticas de seguridad y Estado de Derecho.* En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed). Serta. In memoriam Alexandri Baratta, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

MAQUEDA ABREU, M. L. *La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales.* En: AA.VV. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Edisofer, Madrid, Vol. 1, 2008

MARAVÉ GOMÉZ, M. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.* Capítulo 15. Memento Experto. Reforma Penal Ley Orgánica 5/2010. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010.

MARTINEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP.* Atelier, Barcelona, 2007.

MARTINEZ ESCAMILLA, M. *Puede usarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?* En: Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 10-06 (2008). Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>.

MARTINEZ ESCAMILLA, M. *Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?* Indret, 2009. Disponible en: http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa...indret...

MATA Y MARTÍN, R. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro.* Comares, Granada, 1997.

MAYORDOMO RODRIGO, V. , *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas. A la luz de los textos internacionales,* lustel, Madrid, 2008.

MENDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación.*

Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

MENDOZA BUERGO, B. *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1999 Tomo 52, Número 1-3

MENDOZA BUERGO, B. *Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*. En: DA AGRA, C., /DOMÍNGUEZ, L., /GARCÍA Amado, J.A.,/Hebberecht, P.,/ Recasens, A., (Eds.) *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto.*, Atelier, Barcelona, 2003.

MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.

MENDOZA BUERGO, B. *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001.

MESTRE DELGADO, E. *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*. En: LAMARCA PEREZ, C. (Coord.) et., al. *Derecho Penal. Parte Especial*. Colex, Madrid, 5 ed. 2010.

MIRÓ LLINARES, F. *Política comunitaria de inmigración y política criminal en España ¿protección o "exclusión" penal del inmigrante?* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 10-05 (2008) Disponible en:

MIRÓ LLINARES, F. *El "moderno" Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso*, en: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, 2009. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/649.pdf>

MIR PUIG, S. E *L Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. Ariel, S. A, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, S. *Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi*. En: AA.VV. Estudios penales y criminológicos, XIV.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal*. PG. 6ª ed. Reppertor, 2002.

MIR PUIG, S. *Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi*. En: Estudios penales y criminológicos, XIV, 1991.

MOCCIA, S. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*. En: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal, Homenaje a Claus Roxin*, Bosch Editor, Barcelona, 1997.

MONCLÚS MASÓ, M. *La gestión penal la inmigración*. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios. Colección Tesis doctoral, Buenos Aires, 2008.

MORALES PRATS, F. *La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro*. En: VALL E MUÑIZ, J. M.^a (coord.), *Protección Jurídica del medio ambiente*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

MORENO TORRES HERRE RA, M. R. *La protección penal del menor extranjero*. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.(Dir) Y OTROS. *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Tirant lo blanc alternativa. Valencia, 2007.

MORILLAS CUEVA, L. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*. Ley Penal. 2. ed. Dykinson, Madrid, 2010.

MORILLAS CUEVA, L. *Metodología y Ciencia Penal*, 3ª ed. Granada, 1993.

MORILLAS CUEVA, L. Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. Disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html

MUNGUÍA FERNANDEZ, M. *Las fronteras exteriores y la inmigración ilegal* (Ponencia V). En: Panorama de la inmigración en España. XVIII Seminario "Duque de Ahumada". Ministerio del interior, 2006.

MUÑOZ CONDE, F. J. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 18ª ed., 2010.

MUÑOZ CONDE, F. J. (Coord.) *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. Mª del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

MUNOZ CONDE, F. J. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo*. En: CANCIO MELIÁ M./GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.

NAVARRO CARDOSO F. *El Código Penal de la seguridad e inmigración (consideraciones criminológicas y político-criminales)*, en: RODRIGUEZ MESA, M.J (directora) Y OTROS. *Inmigración y sistema penal*. Tirant monografías 434, Valencia, 2006.

NAVARRO CARDOSO, F., *El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad*. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

NAVARRO, V. *Bienestar insuficiente, democracia incompleta: sobre lo que no se habla en nuestro país*. Barcelona, Anagrama, 2003

NOGALES OLAIZOLA, I. *Tráfico de personas y otros tipos relativos a extranjeros*. En: CONLLEDO GARCÍA, M. D. (Director) *Protección y Expulsión de extranjeros en Derecho penal*. La Ley, Madrid, 2007.

NUÑEZ CASTAÑO, E. *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno? ¿Hacia el Derecho penal del enemigo?* En: Revista general de Derecho penal, n. 11, 2009.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *Funciones y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Anuario de Derecho Penal, 1990.

OLMEDA PALOMAR, A (Coord.) *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles*,

penales, administrativos y sociales. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

OLMEDO CADERNE TE, M y NETO A RAÚJO, F. *Introducción al derecho penal*. Ara Editores, Perú, 2007.

ORTEGA MARTÍN, E. *Manual de Derecho de Extranjería*, Tercera Edición, ampliada y actualizada a la nueva Constitución para Europa, el Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería (R.D. 2393/2004) y procedimiento extraordinario de regularización., Europea de Derecho, Madrid, 2005.

ORTUBAY FUENTES, M. *El impreciso concepto del “tráfico ilegal de personas” o mentalidad de fortaleza sitada*, en ECHANO BASAL DÚA, J.I (coord.) *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, 2002.

ORTUÑO AIX, J. M./ FERNÁNDEZ BESSA, C., *Spanish immigration Policies and Legislative Evolution in that field as a new exceptional framework*, 2005. Disponible en: http://investigaccio.org/ospdh/sites/default/files/memoria_OSPDH_cat.pdf

LÓPEZ SALA, A., M., *Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada*. En: *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 27, julio, 2006.

PADILLA ALBA, H.R. *El delito de tráfico ilícito de personas tras su reforma por la LO 11/2003 de 29 de septiembre*. La Ley, núm. 14, 2005.

PALIERO, E. C. *La autocomprensión de la ciencia penal frente a las exigencias de su tiempo*. En: MUÑOZ CONDE, F. J. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

PALOMO DEL ARCO, S. *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*”, en Pérez Granados, C., (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, II, 2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

PAREDES CASTAÑÓN J. *Riesgo y Política Criminal: La selección de Bienes*

Jurídico-Penalmente Protegibles a través del Concepto de Riesgo Sistémico. En: AA.VV., *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*, Cándido da Agra, José Luís Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *La seguridad como objetivo político criminal del sistema penal.* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, N 20, 2006.

PECES BARBA, G. *La dignidad humana.* Segunda Sesión. El fundamento y el concepto de los derechos. *Los desafíos de los derechos humanos hoy (Agosto 2008)* Id. vLex: VLEX-41267471 Disponible en: <http://vlex.com/vid/412674>

PEDROLLI SERRETTI, A. *La sociología del derecho penal del enemigo.* En: *Revista general de Derecho penal*, n. 14, 2010.

PÉREZ ALONSO, E. J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina.* Tirant monografías. Valencia, 2008.

PÉREZ CEPEDA, A. I.; *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal.* Comares, Granada, 2004.

PÉREZ CEPEDA, A.I. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno.* IUSTEL, Madrid, 2007.

PEREZ CEPEDA, A. I. *Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas.* Disponible en : dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link&codigo=291303&orden...

PEREZ CEPEDA, A. I. *El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal.* Disponible en : http://www.cetede.org/IMG/pdf/Ponencia_AI_Perez_Cepeda.pdf

PÉREZ DAZA, A. *El Derecho Penal ante la Globalización.* Instituto de Ciencias Jurídicas de Egresados de la UNAM, Campus Aragón A.C. 2001. Disponible en: http://www.tepantlato.com.mx/biblioteca/tepantlato20/el_derecho.htm

PÉREZ FERRER, F. *Análisis Dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2006.

PERÍS RIERA, J. *Delitos de peligro y sociedad de riesgo: Una constante discusión en la dogmática penal de la última década*. En: MATEU CARBONEL, J.C Y OTROS(Coords.) *Estudios penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*. Dykinson, Madrid, 2005.

POLAINO NAVARETE, M. *Derecho penal. Parte General*. Tomo I, 6ed. Bosch, Barcelona, 2008.

POLAINO NAVARRETE, M. *La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal?* En: MATEU CARBONEL, J.C Y OTROS(Coords.) *Estudios penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*. Dykinson, Madrid, 2005.

POMARES CINTAS, E. *Las incongruencias del derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España* En: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (Dir.) Y OTROS. *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración su índole represiva es un doble instancia: la administrativa y la penal*.

PORTILLA CONTRERAS, G. *El regreso del concepto de seguridad del Estado como bien jurídico autónomo y una consecuencia: la participación de los gobiernos europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de la EE.UU.* En: *Libertad y Seguridad. Anales de la Cátedra francisco Suárez*, n. 43, 2009.

PORTILLA CONTRERAS, G. *La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y posmodernista*. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., (Dir.), PÉREZ ALONSO, E., (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*.

PORTILLA CONTRERAS, G. *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal del "enemigo"*, en CA NCIO MELIÁ M. /GÓMEZ-JARA DIEZ, C. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la*

exclusión, Vol. 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.

PORTILLA CONTRERAS, G. *Los Delitos relativos al tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas*. En: ALVAREZ GARCIA, F/ GONZALEZ CUSSAC, J. L. (Directores) *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010.

PORTILLA CONTRERAS, G. *El Derecho penal entre el cosmopolismo universalista y el relativismo postmodernista*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2007.

PORTILLA CONTRERAS, G. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. CPC, Madrid, 1989.

PRIETO NAVARRO, E., *Ciudadanos y enemigos: Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt*. En: BACIGALUPO, S., /CANCIO MELIÁ, M., (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

PRIETO NAVARRO, E. *Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo*. En: *Seguridad, un debate abierto*. Atelier, Madrid, 2003.

PRITTWITZ, C. *El DP alemán: ¿fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del DP*. En: *La insostenible situación del DP*, Granada, 2000.

POZUELO PÉREZ, L. *Tráfico de personas y explotación sexual. La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*. Derecho penal e inmigración, 2006. Id. vLex: VLEX-JA562, p. 11. Disponible en: <http://www.vlex.com/vid/323928>

PUENTE ABA, M.L., (dir.), ZAPICO BARBEITO, M.,/RODRIGUEZ MORO, L., (coords.) *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*. Comares, Granada, 2008.

PUSCHKE, J. *Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito*. Indret, 2010. Disponible en: http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=10&fc=125&sn=8&indret.

QUERALT JIMENEZ, J.J. *Derecho penal español. Parte especial*. 6 ed., revisada y actualizada. Atelier, Barcelona, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*. Thomson Aranzadi. Elcano, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. *Los delitos de peligro en la política criminal de nuestro tiempo*. En: ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U., NIETO MARTÍN, A., (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

QUINTERO OLIVARES, G., *Adónde va el derecho penal*, Civitas, Madrid, 2004.

QUINTERO OLIVARES G. *La deriva y crisis de las ideas penales en España*. En: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E; GURDI EL SIERRA, M; CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *et al. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, 8ed.

QUINTERO OLIVARES, G. *REFORMA PENAL 2010: ANALISIS Y COMENTARIOS*, Aranzadi, Madrid, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. *El Derecho Penal ante la globalización*. En: ZUÑIGA RODRIGUEZ, L/ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C / DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. *El Derecho Penal ante la globalización*, Madrid, 2002.

REALE, M. *Teoria tridimensional do Direito*. 5ed. Saraiva, Sao Paulo, 1994, p. 366.

RIFKIN, J., *El sueño europeo. Cómo la visión europea del futuro está eclipsando el sueño americano*, (trad. R. Vilá Vernis, T. Fernández Auz y B. Eguibar), Paidós, Barcelona, 2004.

RIVERA BEIRAS, I. Prólogo del libro : *La gestión penal de la inmigración*. En: MONCLÚS MASÓ, M. *La gestión penal la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Colección Tesis doctoral, Buenos Aires, 2008.

ROBLES PLANAS, R./ SANCHEZ-OSTIZ, P. *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Atelier, 2010.

RODRIGUÉZ MESA, M.J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

RODRÍGUEZ MESA, M. J Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007 Disponible en: criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf –

RODRIGUEZ MESA, M.J Y RUIZ RODRIGUEZ, L.R. (Coords.) *Inmigración y Sistema Penal. Retos y Desafíos para el siglo XXI*. Tirant monografías 434, Valencia, 2006.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *Ley de Extranjería y Derecho penal*, *La Ley*, n. 5261 de 6 de marzo de 2001.

ROXIN, C. *¿ Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* en HEFENDEHL, R. (editor) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?* Barcelona, 2007.

ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, 2003.

ROXIN C. *Conclusiones finales*. En: AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*”. Ed. Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

ROXIN, C. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. (Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano). Valencia, 2000.

SAAVEDRA RUÍZ, J. (Dir.), et al. *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 2 ed. El Derecho, Madrid, 2011.

SÁEZ VÁRCARCEL, R. *Un tipo penal indecente, en Viento del sur*. Disponible en: www.vientosur.info/documentos/inmigracionclandestina-ramonsaez.pdf

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier, Barcelona, 2002.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. *Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. En: CARBONELL MATEU, J.C./DEL ROSAL BLASCO, B., /MORILLAS CUEVAS, L., /ORTS BERENGUER, E., /QUINTANAR DIEZ, M., *Estudios penales en Homenaje al Profesor Manuel Cobo del Rosal*, 2005.

SANZ MORÁN, A. J. *Algunas consideraciones sobre la política criminal*. En: *Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, PÉREZ ÁLVAREZ, F., (ed.), Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.

SANZ MULAS, N. *El desafío de la criminalidad organizada*. Comares, Granada, 2006.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*. La Ley, Nº 6254, 17 May. 2005.

SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales y administrativos y policiales*. Dykinson, Madrid, 2005

SANCHEZ GARCIA DE LA PAZ, I. *Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales*. En: PUENTE ABA, M.L., (Dir.), ZAPICO BARBEITO, M./RODRIGUEZ MORO, L., (Coords.) *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*. Comares, Granada, 2008.

SASSEN, S. *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Bellaterra, Barcelona, 2001.

SCHÜNEMANN, B. En: GRACIA MARTÍN, L. *Prolegómenos para la lucha*

contra la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, de Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SCHUNEMANN, B. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual del Derecho penal*, ADPCP, 1996.

SEQUEROS SAZ ATORNIL, F. *El marco penal de la inmigración*. Actualidad Penal, núm., 39, 2000.

SERRANO-PIEDECASAS, J.R. *Los Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, en LOURENZO COPELLO, P. (coord.) *Inmigración y Derecho Penal. Bases par aun debate*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SERRANO GOMEZ, A/ SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho penal. Parte especial*. Dykinson, Madrid, 2010.

SILVA CASTAÑO, M. L. *Protección penal de los ciudadanos extranjeros*. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., (Dir.), PÉREZ AL ONSO, E., (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Tirant lo blanc al ternativa, Valencia, 2007.

SILVA SANCHEZ, J . M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Editorial B de F, Montevideo, 2010.

SILVA SANCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2. ed. Civitas, Madrid, 2001.

SILVA SANCHEZ, J.M. *Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*. En: SILVA SÁNCHEZ, J. M (Ed.) *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997.

SILVEIRA GORSKI, H. C. *Estados expulsores y semipersonas en la Unión Europea*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Serie III, 2009.

SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Comares, Granada, 2003.

STRATENWERTH, G. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. En: *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*

TAVARES, J., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, (trad. Cunarro), Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

TAVARES, J. *Globalización, Derecho penal y seguridad pública*". En Bacigalupo, S., /Cancio Meliá, M., (co ords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Política penal europea de inmigración*. En: MUÑOZ CONDE, F. J. (Dir.) *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. M^a del Mar Díaz Pita*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 .

TERRADILLOS BASOCO, J. M. *El derecho de la globalización luces y sombras*. En: *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, J.M ., *Sistema penal e inmigración*. En: PÉ REZ ÁLVAREZ, F. (Coord.) *Serta: in me moriam Ale xandri Baratta*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2004.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso se mano de obra extranjera*, en: LOURENZO COPELLO, P. (Coord.) *Inmigración y Derecho Penal. Bases par aun debate*.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Las políticas penales europeas de inmigración*. En: PUENTE ABA, M.L., (Dir.), ZAPICO BARBEITO, M.,/RODRIGUEZ MORO, L., (Coords.) *C riminalidad organizada, terrorismo e inmigración*. Comares, Granada, 2008.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Extranjería, inmigración y sistema penal*. En:

RODRIGUEZ MESA, M.J., /RUIZ RODRIGUEZ, L.R., (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina*. En: FARALDO CABANA, P. (Dir) *Derecho penal de excepción. Inmigración y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

TERRADILLOS BASOCO, J. *Marginalidad social, inmigración, criminalización*. En: ZUÑIGA, L./ MÉNDEZ RODRIGUEZ, C./ DIEGO DÍAZ-SANTOS, R. *El Derecho penal ante la globalización*. Colex. Madrid, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, J. *Reflexiones y propuestas sobre inmigración*. En torno al Proyecto de reforma del Código penal de 2009. Indret. Disponible en: www.indret.com/code/getPdf.php?id=1340&pdf=695.pdf.

TORRENTE, D. /THOMÉ, H.I. *Cultura de la seguridad ciudadana en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003

TRIANDAFYLLIDOU, A. *Nuevos retos para Europa: migración, seguridad y derechos de ciudadanía*. En: Revista CIDOB d'Afers Internacionals, núm. 69, p. 39-59. Disponible en:

<http://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/viewFile/28420/28254>

TORRES FERNANDEZ, M.E. *El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal*. La Ley, n. 6491, 2006.

TORRES FERNANDEZ, M.E. *El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal*. La Ley, núm. 6491, 2006, p. 3.

VALLS PRIETO, J. *El Fraude de Subvenciones de la Unión Europea*. En: Colección Monografías de Derecho Penal. Dirección de D. Lorenzo Morillas Cueva. Editorial DYKINSON, Madrid, 2005.

VÁZQUEZ IRUZUBI ETA, C. *Comentarios al Código Penal*. La Ley, Madrid, 2010.

VIADA, G, N. *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*. Marcial Pons, Madrid, 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas*. En: Revista Penal, La Ley, julio 2004.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Normativa Europea y regulación del tráfico de personas en el derecho penal español*. En: RODRIGUEZ MES A, M.J Y RUIZ RODRIGUEZ, L.R. (Coords). *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XX*, Tirant monografía 434, Valencia, 2006.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El nuevo delito de tráfico de personas*. La Ley, núm.5963/2004.

VIVES ANTÓN, T. S., *Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico* (RJCIV 16/2005) disponible en TOL702.781 www.tirantonline.com

VIVES ANTÓN y otros; *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia 2004.

VOGEL, J. *Derecho penal y globalización*. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 9 (2005), ed. y trad. CANCIO MELIA, M. Universidad Autónoma de Madrid.

ZAFFARONI, E.R. *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, 2006, Madrid, 2006.

ZAFFARONI, E.R. *Globalización y Sistema Penal en América Latina: De La Seguridad Nacional a la Urbana*. Revista Brasileira de Ciências Criminales. N.º 20 – Outubro /Dezembro. RT. São Paulo/SP. 1997.

ZAPATA-BARRERO, R. /VAN DIJK, T.A., (Eds.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, CIDOB, Barcelona, 2007.

ZOLO, D. Miedo e Seguridad. En: *Libertad y Seguridad*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 43, 2009.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.), et al. *Fundamentos de Derecho penal*. PG. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.) , PÉREZ ALONSO, E. (Coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *Viejas y Nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales*. En: GOMEZ DE LA TORRE, I. B./ SANZ MULAS, N.(Coords.). *Derecho penal y democracia x seguridad pública*. Comares, Granada, 2005.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *Criminalidad organizada. Derecho penal y sociedad*. Apuntes para el análisis de SANZ MULAS, N., *El desafío de la criminalidad organizada*, Colex, Madrid, 2006

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *Política Criminal*. COLEX, Madrid, 2001

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *El inmigrante como víctima. Contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración*. En: DIEGO DÍAZ SANTO S, R./ FABIÁN CAPARRÓS, E./ RODRÍGUEZ GÓMEZ, C(Coords.). *La reforma penal a debate*. Congreso Universitario de Derecho Penal, Salamanca, 2004.

WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*. 2 ed. Buenos Aires, Manantial, 2004.

WIEVIORKA, M. *El espacio del racismo*. Barcelona, Paidós, 1992

RECURSOS ELECTRÓNICOS CONSULTADOS

ANISTIA INTERNACIONAL-ESPAÑA. <http://www.es.amnesty.org/>

BBC MUNDO. COM.

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/2007/esclavas_sexuales/

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN EUROPEA. UNIVERSIDAD DE GRANADA.

<http://cde.ugr.es/>

CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN CRIMINOLOGÍA.

<http://www.uclm.es/Criminologia/>

COMISIÓN EUROPEA. http://ec.europa.eu/index_es.htm

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA.

<http://www.consilium.europa.eu/showPage.ASP?lang=es>

DW- WORLD.DE- DEUTSCHE WELLES. <http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,2455855,00.html>

EL CRIMINALISTA DIGITAL. http://criminet.ugr.es/elcridi/elcridi_revistas-e.html#1.1

EUROPA. EL PORTAL DE LA UNIÓN EUROPEA.

http://europa.eu/index_es.htm

GLOBAL ALLIANCE AGAINST TRAFFIC IN WOMEN (GAATW).

http://www.gaatw.net/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=113&itemid=88

GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DEL TRABAJO E INMIGRACIÓN.

<http://extranjeros.mtas.es/>

GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN. <http://www.maec.es>

GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DEL INTERIOR. <http://www.mir.es>

GOVERNO BRASILEIRO. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. <http://www.mj.gov.br>

NACIONES UNIDAS. <http://www.un.org/spanish/>

NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LAS DROGAS Y EL DELITO. <http://www.unodc.org>

PARLAMENTO EUROPEO. <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

PARLAMENTO EUROPEO. OFICINA ESPAÑA. <http://www.europarl.es/>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES. <http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/1>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. <http://www.oitbrasil.org.br/>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. www.rae.es

UNHCR/ACNUR. LA AGENCIA DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS. <http://www.acnur.org>