

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL EN TORNO AL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN ILEGAL EN LA UNIÓN EUROPEA*

REFORM OF SPANISH CRIMINAL CODE IN MIGRANTS ILLEGAL TRAFIC SUBJECT AS INSTRUMENT OF FIGHT AGAINST ILLEGAL IMMIGRATION IN EUROPEAN UNION

*Esther Pomares Cintas***

RESUMEN: La política criminal que ha desarrollado el Estado español, como miembro de la Unión Europea, para combatir la operación migratoria ilegal de ciudadanos extracomunitarios –entrada, circulación o permanencia-, se ha proyectado a través de sucesivas, al tiempo que incoherentes, reformas legislativas. Hoy nos encontramos ante la enésima reforma del Artículo 318 *bis* del Código penal, un precepto que se considera estratégico en la lucha contra la inmigración ilegal, pero que adolece de graves deficiencias desde la perspectiva de los principios básicos que deben informar la tarea de tipificación penal en un Estado democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: tráfico ilegal de migrantes, acuerdo mutuo en el cruce de fronteras, control del flujo migratorio en la Unión Europea.

ABSTRACT: The criminal policy developed by spanish State, as member of European Union, to fight against illegal immigration by extra community citizens – entry, circulation or permanency -, it's being protect by successive, as well they are incoherent, legislative reforms. Nowadays it's seeing the umpteenth reform of article 318 bis of penal code, an institution seen as strategic in the fight against illegal immigration, but it have getting seek of deep disability since basic principles that should inform in conduct description of democratic State of law.

KEYWORDS: Illegal traffic of immigrants, mutual agreement of boarders crosses, migration flux control in European Union.

* Este artículo fue publicado en: *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Franca, año 19, núm. 29, 2015, pp. 1-20.

** Doctora en Derecho penal por la Universidad de Granada, España. Profesora titular de Derecho Penal en la Universidad de Jaén, España. Coordinadora de la Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos.

Recepción: 12/09/2016

Aceptado para su publicación: 15/05/2017

SUMARIO

1. La reforma penal de 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). 2. El delito de tráfico ilegal de migrantes a partir de la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo). 3. Conclusiones: el artículo 318 *bis* como modelo de tipificación penal actuarial que quebranta principios básicos del Estado democrático y social de derecho. 4. Bibliohemerografía.

1. La reforma penal de 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)¹

1.1. Consideraciones previas

La política criminal que ha desarrollado el Estado español, como miembro de la Unión Europea (UE, en adelante), para controlar la operación migratoria ilegal de ciudadanos extracomunitarios² —entrada, circulación o permanencia—, se ha proyectado a través de sucesivas, al tiempo que incoherentes, reformas legislativas.

En el Código Penal español (CPe, en adelante) han coexistido dos figuras delictivas que sancionan la colaboración de terceros en el traslado o desplazamiento transfronterizo ilegal de extranjeros-inmigrantes. El legislador las ha introducido en distintos momentos, en distintos Títulos del Código, y bajo un umbral penal diferente: son los delitos de colaboración en la inmigración clandestina de trabajadores (artículo 313.1 CPe)³ y el tráfico ilegal de migrantes (genérico), previsto en el artículo 318 *bis* CPe.⁴ Ambos preceptos han sido afectados por la reforma de 2010, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Particularmente, el artículo 318 *bis* había sido ya objeto de varias y sustanciales modificaciones que siempre han respondido a la finalidad de cumplir las directrices marcadas por los compromisos comunitarios derivados del Consejo Europeo de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, celebrado en octubre de 1999: se subrayaba como objetivo establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la “trata de seres humanos”

1 Publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE, en adelante) núm. 152, de 23 de junio de 2010. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953.

2 Ciudadanos no pertenecientes a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo.

3 Ubicado dentro del Título dedicado a los “delitos contra los derechos de los trabajadores”.

4 Ubicado dentro del Título denominado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

(*trafficking in human beings*) y a la lucha contra la ayuda a la inmigración clandestina o el “tráfico ilegal de personas migrantes” (*smuggling of migrants*).

Sólo mediante el análisis de la génesis de estos delitos, de sus posteriores modificaciones, y el contenido de esos compromisos regionales (UE), será posible comprender la necesidad de la reforma de 2010 y los defectos de la misma.

1.2. Regulación anterior a la reforma de 2010

Con ocasión de la aprobación del Código Penal de 1995,⁵ el denominado Código Penal de la democracia española, surge el artículo 313.1, dentro del Título dedicado a los “delitos contra los derechos de los trabajadores”. Castiga con la pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses, al que “promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España o a otro país de la Unión Europea”; esto es, inmigrantes-extranjeros-ilegales que se desplazan con la finalidad de realizar una actividad laboral, que puede ser por cuenta propia o ajena. La pena que figuraba inicialmente (prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses) fue elevada por la Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶ (LOEx., en adelante). Finalmente, la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas,⁷ completó la frase “a España” con la expresión “o a otro país de la Unión europea”, ampliando aún más el ámbito punitivo de este delito.

Para colmar las posibles lagunas punitivas a que conducía un precepto como el 313.1, cuya aplicación se supeditaba a la acreditación de la finalidad de trabajar del inmigrante ilegal, la Disposición Final 2.ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, crea un nuevo delito, dedicado a perseguir la colaboración en la inmigración clandestina o ilegal de personas que no responde a una motivación específica (art. 318 *bis* CPe). Como no se encontraba en el Código penal una ubicación adecuada a la naturaleza de estas conductas, se introdujo el delito del 318 *bis* en un Título nuevo, bajo la rúbrica “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

5 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada en BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

6 Publicada en BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>.

7 Publicada en BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-19879.

En un solo precepto se sanciona con las penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, a “los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España”; tipo básico que se agrava en mayor o menor medida en función de diversos criterios: ánimo de lucro, empleo de medios comisivos que limitan o anulan la capacidad de autodeterminación o decisión de la persona inmigrante (violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad), minoría de edad, puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas, u otras circunstancias relativas al autor (abuso de su condición pública o pertenencia a una organización).

Sin embargo, el artículo 318 *bis* no tardó en ser reformado para ser ampliado y agravado. 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,⁸ plantea “una tarea de consolidación y perfeccionamiento” de las medidas relativas a la lucha contra el “tráfico de seres humanos y la inmigración clandestina”. Este objetivo se traduce en el aumento del marco penal para los que colaboren en la entrada, circulación y estancia irregulares de extranjeros “sean o no trabajadores”. No sólo se eleva la pena, también se reestructura el precepto. La reforma de 2003 amplía ilimitadamente el tipo básico, abarcando conductas de colaboración “directa o indirecta” en el tráfico ilegal o la “inmigración clandestina” de personas. Termina así por distorsionar su relación concursal con el 313.1 CP, anunciando la derogación “tácita” de este precepto.

Pues bien, desde la reforma de 2003, el tipo básico del artículo 318 *bis* sanciona con la pena de 4 a 8 años de prisión 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”. Pero no se limita a las conductas de tráfico ilegal de migrantes. Incorpora también un tipo agravado en función de la finalidad de explotación sexual; y confiere una protección específica al incapaz. El resto de las modalidades agravadas se mantienen (véase más adelante el texto del precepto). Por último, se crea un tipo atenuado en función de peculiares características del hecho y del autor del delito.

Finalmente, la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, al igual que hizo con la redacción del artículo 313.1 CPe, completó el inciso del tipo básico del artículo 318 *bis* “desde, en tránsito o con destino a España” con

⁸ Publicada BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>.

la expresión “o con destino a otro país de la Unión europea”, es decir, se vuelve a ampliar el ámbito punitivo para castigar también dicha conducta cuando el destino del inmigrante ilegal sea cualquier otro país de la Unión Europea.

Art. 318 bis desde la reforma de 2003 hasta 2010

1. 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 4 a 8 años de prisión.
2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión.
3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.
4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

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

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

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

A partir de la reforma de 2003, las normas penales relativas a la colaboración en la inmigración clandestina, el artículo 313.1 y el 318 bis, conviven con dificultad. Pero no sólo eso. Falta comprobar si los comportamientos sancionados en el artículo 318 bis responden a los compromisos internacionales (ONU) y regionales (UE) que reivindican marcos penales distintos para problemas distintos: el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas migrantes, de un lado, y la trata de seres humanos, de otro.

Antes de valorar este extremo significativo e indicativo de la necesidad de una nueva reforma, es de vital importancia aludir al contenido de esos instrumentos comunitarios e internacionales en orden a establecer una separación de realidades:

1.3. Marco normativo y conceptual del tráfico ilegal de migrantes en la Unión Europea

En primer lugar, tráfico ilegal de migrantes y ayuda a la inmigración clandestina son términos equivalentes (*smuggling of migrants*) que giran en torno a la colaboración de terceros en el desplazamiento transfronterizo de personas en condiciones de ilegalidad/irregularidad administrativa o migratoria que pretenden establecerse en el territorio de la Unión Europea. Sobre esta base conceptual, la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares,⁹ sanciona dos modalidades de conductas relativas al tráfico ilegal de personas:

- La ayuda a entrar en el territorio de un Estado miembro, o a transitar

⁹ Publicada en Diario Oficial de la Unión Europea, DO L 328, de 05/12/2002. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aj10044>

a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros (art. 1.1 a). No se exige que estas conductas estén presididas por una finalidad lucrativa. Respecto de estos comportamientos colaboradores, la Directiva permite, como elemento de tregua, no sancionar la ayuda al desplazamiento del inmigrante ilegal “en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate” (art. 1.2).

- La ayuda a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros, siempre que esté guiada por ánimo de lucro (art. 1.1 b).

A su vez, la Directiva obliga a sancionar diversas modalidades de participación —inducción y complicidad—, además de la tentativa, en relación con las conductas señaladas (art. 2).

Sobre la base de esos comportamientos punibles, la 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, circulación, y estancia irregulares,¹⁰ establece las directrices punitivas que deben regir su tipificación penal. En el artículo 1.3 vincula la pena más grave, la de prisión —cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años—, a las conductas de ayuda a la entrada y tránsito ilegal, siempre que hayan sido cometidas con ánimo de lucro y concurra alguna de las circunstancias siguientes: pertenencia a una organización delictiva, o puesta en peligro de la vida de las personas desplazadas.

Se observa, por tanto, que el concepto de tráfico ilegal de migrantes que manejan los instrumentos normativos comunitarios se corresponde con la ayuda a la inmigración ilegal de ciudadanos extracomunitarios en cualquiera de sus vertientes (entrada, circulación o permanencia en territorio de la UE). No es consustancial a los comportamientos colaboradores en la inmigración ilegal la utilización de medios o procedimientos que limitan o anulan la libertad de decisión de la persona migrante. Antes bien, el tráfico ilegal de personas se basa en el consentimiento del extranjero en la operación migratoria ilegal, en el acuerdo mutuo sobre el cruce ilegal de fronteras. Ni la concurrencia de finalidad lucrativa, ni la intervención de una organización dedicada a tales actividades, invalidan el consentimiento del extranjero en el desplazamiento.¹¹

¹⁰ DO L 328 de 05/12/02. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aji0045>

¹¹ Cfr: POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, “Inmigración clandestina”, en ÁLVAREZ

En otras palabras: la persecución penal de la ayuda a la inmigración ilegal, la figura del tráfico ilegal de migrantes, se dirige esencialmente a evitar la contravención de la legislación administrativa sobre entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de los Estados miembros de la UE. Tutela, pues, el interés estatal en el control del flujo migratorio, y, a su vez, el interés supraestatal de control de las fronteras exteriores de la UE. Es un delito contra el Estado, no contra las personas.

En cambio, la trata de seres humanos (trafficking in human beings) hace recaer su gravedad en su propia definición: es la instrumentalización de las personas, a través de procedimientos que quebrantan su consentimiento o libertad de decisión, con la finalidad de someterlas a situaciones de explotación asimiladas a la esclavitud. Aquí es irrelevante la nacionalidad de la víctima o su condición migratoria, tampoco es inherente el carácter transfronterizo de los comportamientos que abarca; es decir, este delito no gravita en torno de la vulneración de la normativa migratoria sobre entrada, circulación o permanencia de extranjeros. Es otra cosa. En este sentido se pronuncia la Decisión Marco 2002/629, del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, sustituida y actualizada por la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011;¹² de igual modo, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000.

En consecuencia, mientras que el delito de trata de seres humanos protege la dignidad y la libertad de las víctimas, implica prácticas violentas, intimidatorias, engañosas o abusivas, y se vincula a finalidades de explotación personal, el castigo de la colaboración de terceros en la inmigración ilegal forma parte de un amplio conjunto de medidas dirigidas a la lucha contra la presencia del extranjero inmigrante ilegal o clandestino en territorio de la UE, esto es, tutela exclusivamente los intereses que subyacen al control de los flujos migratorios, los encarnados en la custodia del modelo de entrada, circulación y permanencia de extranjeros.

Hasta tal punto es ambiciosa la Directiva 2002/90/CE, que ha sobrepasado los objetivos del Protocolo de Naciones Unidas, de 15 de noviembre

GARCÍA, Francisco (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 871-880.

¹² DO L 101/2011, de 15/4/2011. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF>

de 2000, contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El Protocolo de 2000 conecta esta colaboración con el fenómeno organizativo y la finalidad lucrativa inherente a él; en cambio, en el ámbito de la Unión Europea se sanciona cualquier ayuda a la operación migratoria ilegal, también la individual, esporádica o no, sin requerir finalidad lucrativa (salvo para la ayuda a la permanencia ilegal), incluso se permite hacerlo frente a la ayuda humanitaria (art. 1 Directiva 2002/90/CE).

En España, son numerosas las sentencias que han aplicado el delito de colaboración en la inmigración clandestina sin mediar ánimo de lucro ni red organizativa y siendo conductas esporádicas o aisladas. Véanse, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo español de 4-5-2004, de 10-7-2006; Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 12-6-2002, 31-1-2003, 12-2-2003, 31-12-2003, 13-7-2004; de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14-3-2001; de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19-7-2004, de 25-4-2005, etc.

1.4. Alcance de la reforma de 2010

Desde la reforma de 2003, la regulación del delito de tráfico ilegal de personas del artículo 318 bis se contradice manifiestamente con los términos de los mandatos comunitarios (e internacionales). No sólo se solapan normas penales que atienden al mismo fenómeno (arts. 313.1 y 318 bis) sino que se confunden inexplicablemente realidades distintas: sin criterios coherentes, el legislador ha englobado conductas de tráfico y de trata en un mismo artículo, el 318 bis, hasta el punto de confundirlas y distorsionarlas¹³ (véase más arriba el texto del precepto).

Conviene recordar que, en 1999, existía en el Código Penal español una modalidad concreta de trata de personas vinculada a la finalidad de explotación sexual. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril,¹⁴ incorporó, dentro de los delitos relativos a la prostitución, un precepto (art. 188.2) que sancionaba con las penas de prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses al “que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su

¹³ PÉREZ ALONSO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

¹⁴ Publicada en BOE núm. 104, 1 de mayo 1999. <https://www.boe.es/boe/dias/1999/05/01/pdfs/A16099-16102.pdf>

explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”. Sin embargo, esta figura de trata sexual quedó conceptualmente desvirtuada desde que la mencionada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la suprime y traslada parcialmente al artículo 318 bis. 2 CP, pero sin las exigencias típicas características de la trata, convirtiéndola, por tanto, en una modalidad agravada de tráfico ilegal de personas destinado a la prestación de servicios sexuales: “Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión”. La inclusión de este apartado en el artículo 318 bis ilustra ese intento infructuoso de cumplir los mandatos comunitarios sobre tráfico y trata, y de convertir de modo manipulador a los inmigrantes ilegales en víctimas de trata.¹⁵

En efecto, el artículo 318 bis, que abarca conductas de tráfico y de trata, desvirtúa este último concepto porque los comportamientos que aluden al empleo de medios que constriñen la capacidad o libertad de decisión de las personas (apartado 3), o a la finalidad de explotación sexual (apartado 2), se hacen depender de la contravención de las normas sobre entrada, traslado o permanencia de extranjeros, y, por tanto, sólo afectan al inmigrante-extranjero-ilegal. En otras palabras, el artículo 318 bis regula comportamientos de “trata de personas” como modalidad distorsionadora de tráfico ilegal o ayuda a la inmigración clandestina (así, ante la concurrencia simultánea de los apartados 2 y 3 del art. 318 bis), y viceversa, castiga comportamientos de tráfico como si fueran trata de personas (así, la sola concurrencia de la finalidad de explotación sexual —apartado 2 del 318 bis—, contando, pues, con el consentimiento válido del inmigrante ilegal desplazado).¹⁶

Esta situación de confusión y desconcierto planteó la necesidad de revisar de nuevo el texto del artículo 318 bis. La Ley Orgánica 5/2010 pretendió establecer un tratamiento penal separado de comportamientos. De un lado, creó el delito de trata de seres humanos, en el artículo 177 bis,

15 MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, en CARBONELL MATEU, J. C.; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC; E. ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1245 y ss.; SOLANA RUIZ, José Luis, “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico”, en GARCÍA CASTAÑO, F. J. y N. KRESSOVA, *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Instituto de Migraciones, 2011, pp. 915 ss.

16 Ver nota anterior. No puede presumirse la existencia de un consentimiento viciado por el simple hecho de la condición de inmigrante del sujeto pasivo, DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, *InDret. Revista de Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 1, enero de 2010, p. 36.

basado en la ausencia de consentimiento de la víctima y preordenado al objetivo de someterla a una grave situación de explotación personal. En este sentido, los medios comisivos que implican forzar la voluntad de la víctima —engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad—, o la falta de consentimiento cuando es menor de edad o discapacitada, han quedado integrados como elementos estructurales de la noción de trata de personas (art. 177 bis. 1, 2).

De otro lado, la reforma de 2010 derogó el delito específico de ayuda a la inmigración clandestina de trabajadores (art. 313.1), porque queda englobado en el amplio tipo básico del artículo 318 bis. 1, al tiempo que se reconoció la naturaleza transnacional de la colaboración en la inmigración clandestina, un delito predominantemente orientado a “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios” (Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010).

Este planteamiento legislativo debería haber implicado necesariamente una transformación del artículo 318 bis, de modo tal que se dirigiera a regular exclusivamente comportamientos de colaboración en la inmigración clandestina o ilegal de personas con los elementos suministrados por los compromisos comunitarios contenidos en la Directiva 2002/90/CE y Decisión Marco 2002/946/JAI. Sin embargo, este objetivo no tuvo lugar tampoco con la reforma de 2010, a pesar de lo expresado en la Exposición de Motivos de la misma y las presiones doctrinales en este contexto.

Artículo 318 bis. Delito de colaboración en la inmigración ilegal o clandestina según la reforma de 2010.	Artículo 177 bis. Delito de trata de seres humanos. Precepto creado por la reforma de 2010.
1. 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	1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando

<p>la pena de cuatro a ocho años de prisión.</p> <p>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.</p> <p>3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.</p> <p>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.</p>	<p>de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:</p> <p>La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.</p> <p>La explotación sexual, incluida la pornografía.</p> <p>La extracción de sus órganos corporales.</p> <p>2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.</p> <p>3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.</p> <p>4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>Quando 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.</p> <p>Quando 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.</p> <p>Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.</p> <p>5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.</p>	<p>Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;</p> <p>La víctima sea menor de edad;</p> <p>La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.</p> <p>Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior:</p> <p>5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior:</p> <p>6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

	<p>9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.</p> <p>10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.</p> <p>11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Las razones de coherencia sistemática que han movido al legislador de 2010 para presentar una alternativa de separación de comportamientos quedaron desvirtuadas al mantener, en el delito de tráfico ilegal de migrantes (art. 318 bis), los medios comisivos característicos de la trata

de personas —violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima—, que, además, equipara al ánimo de lucro (véase el resultante apartado 2 del 318 bis), a pesar de que esta finalidad no interfiere en la validez del consentimiento del inmigrante en la operación migratoria ilegal. En consecuencia, el legislador de 2010 ha empeorado la confusión terminológica de la que inicialmente adolecía el 318 bis.

Por otra parte, vulnera el principio de proporcionalidad de las penas. Frente a los criterios expresados por la Directiva 2002/90/ CE, los amplios términos del tipo básico del artículo 318 bis sigue equiparando la tentativa con la consumación y la autoría con las formas de participación. Asimismo, las penas previstas exceden de los límites impuestos —también desproporcionados— por la Decisión Marco 2002/946/JAI (no estamos hablando de trata de seres humanos, sino de ayuda a la inmigración clandestina o ilegal con el consentimiento del desplazado). Recordemos que la pena más grave, prisión de hasta 8 años, está indicada para los comportamientos colaboradores en la entrada y traslado ilegal de extranjeros (no para la permanencia), siendo necesario el ánimo de lucro junto a la pertenencia a una organización dedicada a tales actividades.

2. El delito de tráfico ilegal de migrantes a partir de la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)¹⁷

Como se ha señalado, hasta la reforma actual, la de 2015, se castigaban en el artículo 318 bis CPe comportamientos de trata de personas como si fueran una modalidad de colaboración en la operación migratoria ilegal, y viceversa, comportamientos de tráfico ilegal de migrantes como si fueran trata de personas. La combinación de elementos definitorios de la trata de personas y de la ayuda a la inmigración ilegal fue nuevamente denunciada por la doctrina penal. Por razones de coherencia conceptual y trascendencia valorativa, junto al principio de proporcionalidad de las penas, había que distinguir definitivamente conductas que no tienen materialmente nada en común, como así evidencian las directrices internacionales y comunitarias plasmadas en instrumentos normativos aprobados separadamente en el año 2000 y 2002, respectivamente.

Cinco años después, nos encontramos ante la enésima reforma del artículo 318 bis del Código penal español.

¹⁷ Publicada en BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

2.1. Objetivos de la reforma de 2015

Para entrar a valorar una tipificación penal promovida por compromisos internacionales o regionales, hay que partir del significado de la tarea de transponerlos al derecho interno. No es trasladar literalmente la formulación de los preceptos contenidos en instrumentos supranacionales, sino que requiere su adaptación al ordenamiento interno para guardar la necesaria coherencia, atendiendo siempre, como compromiso superior, a las reglas o garantías básicas que informan la tipificación penal en un Estado democrático de derecho. Ésta no es una cuestión baladí, como ha reconocido el Parlamento Europeo en la Resolución, de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del derecho penal,¹⁸ preocupado por el cariz que ha estado tomando la armonización penal en la UE; lamenta que: “hasta el momento la UE ha desarrollado con frecuencia disposiciones de derecho penal ad hoc y ha creado, por tanto, la necesidad de mayor coherencia”. Se advierte, en definitiva, que la armonización no puede vulnerar los “aspectos fundamentales del derecho penal”, de modo que la tarea de transposición de las directivas “ha de satisfacer principios básicos, como el de ‘ultima ratio’ de la intervención penal [...], el mandato de taxatividad, o el principio de proporcionalidad de las penas”, atendiendo también a la coherencia interna de la legislación del Estado miembro.

En consecuencia, como señala la citada Resolución, los Estados miembros “conservan un determinado margen discrecional sobre el modo de transponer las disposiciones (Directivas) a su legislación nacional”, con la finalidad de que esa adaptación satisfaga los principios básicos aludidos.

Pues bien, en el contexto de la persecución de la colaboración de terceros en la inmigración ilegal, cobra especial protagonismo el amplio ámbito sancionador administrativo previsto en la legislación de extranjería, que, dirigido también a la tutela del interés estatal (y supraestatal) del control del flujo migratorio, se ajusta sobremanera al artículo 1 Directiva 2002/90/CE.

El artículo 2 bis g) LOEx reconoce como “principio” de la política migratoria (Ley Orgánica núm. 2/2009, de 11 de diciembre) la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas.

¹⁸ PARLAMENTO EUROPEO, 2010/2310 (INI). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0208+0+DOC+XML+V0//ES>

En efecto, que el legislador penal haya manifestado, desde 2010, su voluntad de transponer las disposiciones comunitarias que reprimen la ayuda a la inmigración irregular no significa que en España no se hubiera hecho mucho antes, pues se llevó a cabo plenamente en el contexto administrativo, en la LOEx. El Estado español ha utilizado, paralelamente, el recurso sancionador administrativo como instrumento para combatir la inmigración ilegal, para proteger la política de control de los flujos migratorios. La legislación de extranjería cuenta con un importante y prolífico régimen sancionador relacionado con la ayuda a la inmigración ilegal o clandestina, que precisamente ha sido fruto de la adaptación a las disposiciones comunitarias referidas y a las directrices derivadas del Consejo Europeo de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (1999).¹⁹

Así, desde el año 2000, al igual que el Protocolo de Naciones Unidas de 2000 sobre el tráfico ilegal de migrantes, se castigaba expresamente (y únicamente), como infracción muy grave, el comportamiento colaborador en la inmigración ilegal en el seno de redes organizadas, siempre que esté presidido por una finalidad lucrativa [art. 54.1 b) LOEx]. Pero en 2003 se desvirtúa la pretensión original de regular lo que parecía la preocupación esencial, esto es, la intervención de las organizaciones dedicadas a tales actividades. Los comportamientos prohibidos por la LOEx. En esta materia, inspirados en el propósito de ajustarse a las directrices comunitarias, de mayor calado, se han ido extendiendo a las conductas individuales,²⁰ de tal modo que hoy se castiga administrativamente todo comportamiento colaborador de terceros en la operación migratoria ilegal, incluida la ayuda a la permanencia: con o sin ánimo de lucro, con intermediación o no de red organizada dedicada a ello, individual y esporádica.

Basta observar las siguientes infracciones administrativas relativas a la ayuda a la inmigración ilegal o clandestina que contiene la LOEx (entre otras):

Artículo 54.1 b. (infracción 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

¹⁹ Véase la Exposición de Motivos respectiva de las Leyes Orgánicas 14/2003, de 20 de noviembre, y 2/2009, de 11 de diciembre.

²⁰ Resultado de la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en cuya Exposición de Motivos, sin embargo, se reconoce que el fenómeno migratorio ilegal está "cada vez más organizado". Publicada en BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-BOE-A-2003-21187>

destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”.

Artículo 53.2 b. (infracción grave): “Contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor; cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia”.

Artículo 53.2 c. (infracción grave): “Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el periodo de tiempo permitido por su visado o autorización”.

La nueva redacción y estructura del artículo 318 bis CPe culmina la iniciativa de la reforma de 2010 de establecer, de acuerdo con las directrices comunitarias, una distancia cualitativa, material y punitiva entre el delito de trata de seres humanos y la colaboración en la inmigración ilegal; como se ha advertido, el texto del artículo 318 bis resultante de la mencionada reforma no había convencido porque había dejado pendientes cuestiones esenciales²¹ que ahora se pretenden resolver (véase el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015).

Al mismo tiempo, respetar la coherencia del ordenamiento jurídico español a la hora de transponer la Directiva 2002/90/CE al ámbito penal tendría que obligar al Legislador; en virtud del principio de “ultima ratio” de la intervención penal, a delimitar con claridad las respectivas esferas sancionadoras en esta materia: hay que evitar la equiparación de las conductas colaboradoras punibles, con la finalidad de reservar un espacio propio de aplicación a la legislación administrativa, encargada de tutelar específicamente la política de control de los flujos migratorios.

Veamos cuál ha sido, esta vez, el alcance y significado de esta última (o, tal vez, penúltima) reforma del artículo 318 bis CPe:

21 Cfr. POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, pp. 871-880.

1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año.

3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de 4 a 8 años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.

4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de 2 a 5 años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

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

2.2. La nueva estructura y formulación del artículo 318 bis como delito de tráfico ilegal de migrantes

La reforma de 2015 ha revisado sustancialmente la tipificación del artículo 318 bis CPe atendiendo a dos objetivos principales: por un lado, delimitar con claridad, y conforme a las disposiciones comunitarias (Directiva 2002/90/CE, Decisión marco 2002/946/JAI), las conductas punibles relativas a la ayuda a la inmigración ilegal, y, por otro, corregir un marco punitivo —crasamente desproporcionado— que se equiparaba al previsto para el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CPe).

Para lograr el primero de los objetivos, se toma la decisión de suprimir definitivamente del ámbito del artículo 318 bis todo elemento que implique forzar la voluntad, comprometer la libertad de decisión, o viciar el consentimiento del extranjero, en la medida en que son característicos del concepto de trata de seres humanos —“engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad”—,²² al tiempo que se elimina la referencia a la “víctima menor de edad o incapaz”. Asimismo, se reduce significativamente el marco punitivo vinculado a los

²² En este sentido, véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829. Asimismo revisar Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de reforma de 11 de octubre de 2012, publicado el 8 de enero de 2013. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623

tipos básicos de ayuda a la inmigración ilegal (núms. 1 y 2 art. 318 bis): se contempla, en primera instancia, una pena de multa (de 3 a 12 meses) alternativa a la pena de prisión (de 3 meses a 1 año).

Pues bien, partiendo de estas premisas, la reforma de 2015 redefine y estructura los comportamientos colaboradores relativos a la inmigración ilegal, según giren en torno a la vulneración de la legislación administrativa sobre entrada o tránsito de extranjeros (art. 318 bis. 1), o sobre su permanencia en el territorio español (art. 318 bis. 2):

a) Tipo básico relativo a la ayuda a un no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar o circular ilegalmente en territorio español (art. 318 bis. 1). No se exige que el comportamiento colaborador responda a una finalidad lucrativa. Ésta es su estructura:

- Introducción de una excusa absolutoria de la pena: se excluye la aplicación de la pena prevista cuando el objetivo perseguido por quien colabora en la entrada o circulación ilegales fuera “únicamente” prestar “ayuda humanitaria” a la persona de que se trate (art. 318 bis. 1, párr. 2º).
- Tipo agravado: se aplica la pena prevista en su mitad superior cuando el comportamiento colaborador se haya cometido con “ánimo de lucro” (art. 318 bis. 1, párr. 3º).
- Tipos hiperagravados (art. 318 bis. 3). Se aplica la pena de prisión de 4 a 8 años cuando concorra cualquiera de estas circunstancias:
Cuando el comportamiento colaborador se haya cometido en el seno de una “organización” dedicada a tales actividades. Esta agravación no alcanza al tipo penal relativo a la ayuda a la permanencia ilegal.
Cuando el comportamiento colaborador en la entrada o circulación ilegales haya puesto en peligro la vida o entrañe riesgo de producir lesiones graves a “las personas objeto de la infracción”.

b) Tipo básico relativo a la ayuda a un no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer ilegalmente en territorio español (art. 318 bis 2). Se añade, de modo separado e independiente, un tipo básico (alternativo) que castiga específicamente la colaboración en la permanencia ilegal en España. La relevancia penal de este comportamiento colaborador se condiciona a la concurrencia de ánimo de lucro en el autor. La pena a aplicar es similar a la prevista en el tipo básico de ayuda a la entrada o circulación ilegales.

c) Elementos de la regulación anterior del artículo 318 bis que se mantienen:

- Tipo agravado por razón del prevalimiento del carácter público del autor; es decir, de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 318 bis. 4). En virtud de la penalidad prevista, parece sólo aplicable a los tipos hiperagravados mencionados (art. 318 bis. 3).
- Declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su tratamiento punitivo (se regula ahora, por razones sistemáticas, en un apartado separado, el número 5 del art. 318 bis).
- Se persevera en el tipo atenuado que atiende a las circunstancias del hecho, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste (art. 318 bis. 6).

2.3. Valoración crítica de la reforma de 2015

Sin perjuicio de realizar posteriormente una valoración global acerca de la legitimidad material del delito de tráfico ilegal de migrantes conforme a los compromisos comunitarios, cabe destacar los siguientes inconvenientes que plantean los elementos más novedosos incorporados en el artículo 318 bis CPe. por la Ley Orgánica 1/2015.

En primer lugar, el tipo básico alusivo a la intervención de terceros en la entrada o circulación ilegales en territorio español de ciudadanos extracomunitarios (art. 318 bis. 1) es una reproducción literal del artículo 1.1 a) Directiva 2002/90/CE. No es una transposición de la normativa comunitaria, que habría de atender, entre otras reglas básicas, a la coherencia del ordenamiento jurídico interno. El artículo 318 bis. 1 castiga a quien ayude intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Pues bien, los inconvenientes que, a continuación, se señalarán derivan de ese trasunto terminológico. De un lado, no es adecuado definir a la persona objeto del delito como el "no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea". Este concepto puede plantear problemas con los nacionales que pertenecen al Espacio Económico Europeo y con los apátridas. En efecto, los nacionales de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

disfrutan del estatuto del autóctono en la medida en que tienen reconocida libertad de circulación y residencia en el territorio de la UE. No forman parte, como los ciudadanos comunitarios (por ahora), de la política migratoria europea sobre autorizaciones de entrada y permanencia.²³ En lo que concierne a los apátridas, el artículo 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁴ los asimila “a los nacionales de terceros países” en el marco de la política común de inmigración, asilo y control de las fronteras exteriores.

Con la pretensión de delimitar el ámbito de las conductas punibles vinculadas a la ayuda a la inmigración ilegal, se abandona la anterior formulación del artículo 318 bis. I, más imprecisa y amplia (promover, favorecer o facilitar, directa o indirectamente, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas), y se sustituye por los mismos términos del artículo 1.1 a) Directiva 2002/90/CE: se castiga “ayudar”, es decir, prestar cooperación, al extranjero a entrar o circular en territorio español “de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”. En consecuencia, ya no basta que la operación migratoria en la que se colabore, así, la entrada en territorio español, sea “clandestina” u oculta, no basta que el extranjero al que se ayuda no reúna los requisitos administrativos necesarios para entrar, sino que ahora se exige expresamente la idoneidad del comportamiento colaborador para posibilitar que el extranjero “vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”,²⁵ es decir que éste cometa un ilícito administrativo relativo a la entrada o circulación según la legislación de extranjería vigente. Y en este sentido, debido a la falta de coherencia del ordenamiento interno español, existe un grave obstáculo: en España, la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre,²⁶ derogó la infracción consistente en “la entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstos”. Una infracción que hubiera sido esencial en la configuración de la conducta típica.

23 Véase el Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. La LOEx. sólo se les aplicará “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables” (art. 1.3). Publicado en BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-4184>

24 Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

25 Ayudar tiene el significado de “prestar cooperación”, auxiliar, poner los medios para el logro de algo. Diccionario de la lengua española.

26 Publicada en BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?i-

La finalidad de la supresión de la mencionada infracción de entrada respondía a una razón coyuntural, la de dar paso a una figura asimilable ad hoc a la expulsión: la medida de devolución en la frontera. Es una ficción jurídica altamente actuarial, cuestionable y proclive al abuso de derechos, que se sitúa bajo un régimen distinto del de la expulsión.²⁷

Por otra parte, si la entidad de la pena debe estar ligada a un comportamiento colaborador cuyo injusto gravita esencialmente en torno a la vulneración de la normativa migratoria, la prisión de 4 a 8 años que se aplica si el autor forma parte de una organización sigue siendo desproporcionada porque se asimila al tratamiento punitivo del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis). Téngase en cuenta que la intervención de una organización dedicada a facilitar la operación migratoria ilegal (juno a la trata de seres humanos, que se vincula a una finalidad grave de explotación asimilada a la esclavitud!) no invalida el consentimiento del extranjero desplazado.

En segundo lugar, cabe detenerse en la interpretación y alcance que se podría atribuir a otra novedad incorporada por la reforma de 2015: la “ayuda humanitaria” como excusa absolutoria de la pena. Se introduce en el artículo 318 bis. 1, párr. 2º, una cláusula controvertida que excluye la punibilidad de la colaboración de terceros en la entrada o circulación ilegal en territorio español cuando “el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”. Es, de nuevo, un fiel trasunto del artículo 1.2 Directiva 2002/90/CE, que permite a los Estados miembros “no imponer sanciones” a dicha conducta colaboradora cuando tenga el significado de prestar “ayuda humanitaria” al extranjero de que se trate.

El precepto penal no define el término “humanitaria”, ni evita la apertura del proceso penal contra la persona que presta esa ayuda.²⁸ supone aceptar explícitamente que la ayuda altruista o la hospitalidad están prohibidas penalmente. Es inaceptable también mantener el citado criterio de exención de pena porque significa invertir la carga de la prueba: requerirá que el acusado acredite la concurrencia de un propósito “humanitario”, lo que contradice el principio de presunción de

d=BOE-A-2000-23660

27 POMARES CINTAS, Esther, “La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Valencia, núm. 7, septiembre de 2014-febrero de 2015, pp. 135 y ss.

28 El Anteproyecto de octubre de 2012 preveía la inclusión de una cláusula que otorga al Ministerio Fiscal la potestad discrecional de no emprender acciones penales para perseguir las conductas colaborado-

inocencia como derecho fundamental. En definitiva, si lo que se pretende es impedir castigar penalmente conductas colaboradoras que responden a motivaciones solidarias, hubiera bastado integrar, en el tipo básico, el ánimo de lucro, es decir, la finalidad de obtener un enriquecimiento o beneficio material indebido (téngase en cuenta que ni el desplazamiento transnacional ni los transportes son servicios gratuitos), como se requiere respecto de la ayuda a la permanencia ilegal (art. 318 bis. 2.).

Siendo el Legislador penal español consciente de esta situación y del acervo represivo de la Directiva 2002/90/CE en aras de la supremacía del interés del control de los flujos migratorios y de las fronteras exteriores de la UE, esta cláusula absolutoria, en realidad, es de corto y definido alcance. En efecto, no se puede entender excepcional una colaboración que atienda a la necesidad humana de migrar, a la situación que atraviesan los inmigrantes que no pueden cumplir las difíciles condiciones de entrada en territorio UE. El concepto de “ayuda humanitaria”, vinculada al momento de la entrada o tránsito del extranjero de que se trate, responde, sin embargo, a un perfil distinto.

Teniendo presente la inherente naturaleza transnacional del tráfico ilegal de personas migrantes, el mencionado término discurre paralelo a la noción internacional de ayuda humanitaria, que reviste características propias: es una forma de auxilio o colaboración solidaria enfocada exclusivamente a proteger a aquellas personas desplazadas cuya vida o salud se encuentra amenazada por un desastre, catástrofe natural o conflicto armado, es decir, una situación que requiere una intervención inmediata, o un posterior acompañamiento del afectado.

Así, recuérdese las numerosas víctimas que se cobró la “gestión” del naufragio en la costa de Lampedusa, el 3 de octubre de 2013:²⁹ el temor de las personas a ser castigadas si prestaban ayuda a los inmigrantes (la mayoría eran solicitantes de asilo) planteó en Italia propuestas de modificación del delito de tráfico ilegal de personas.

ras que obedezcan únicamente a fines humanitarios (véase, en este sentido, los planteamientos críticos de los Informes del Consejo General del Poder Judicial de 17-1-2013 y del Consejo Fiscal de 8-1-2013). La excusa absolutoria fue propuesta por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto. Véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado el 16 de enero de 2013. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal

²⁹ DE LUCAS, Javier; “Un problema jurídico y político, no de caridad (Sobre las políticas Europeas de inmigración y asilo, tras los naufragios de octubre en Lampedusa)”, *Jueces para la democracia*, núm. 78,

Cualquiera que sea la situación en que se encuentre el extranjero afectado, trazar un paralelismo conceptual con la ayuda humanitaria internacional requerirá, en el contexto de esta cláusula absolutoria, que la colaboración solidaria esté presidida por los principios de imparcialidad e independencia.³⁰

La política de la UE contra la inmigración ilegal ha llegado a un extremo punitivo tal que las instituciones comunitarias se han visto obligadas a reconocer algunos “elementos de tregua” en su legislación de combate: así, como se ha mencionado, la Directiva 2002/90/CE permite a los Estados miembros “no imponer sanciones” a una conducta colaboradora cuando tenga el significado de “ayuda humanitaria”. Asimismo, la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, permite a los Estados miembros no sancionar la prestación de asistencia (para la presentación de denuncias) a inmigrantes ilegales que han sido presuntamente víctimas de un delito de explotación laboral (“no se considerará facilitación de la estancia irregular”, artículo 13.3 de la Directiva). Con todo, lo verdaderamente preocupante es que las instituciones comunitarias no impidan sancionar tales comportamientos.

Es éste, pues, el concepto de solidaridad —ayuda humanitaria— no punible, que habrá que distinguir entonces de la ayuda generosa que tiene por finalidad proteger a los propios familiares o personas cercanas al entorno del colaborador con las que guarda un vínculo afectivo: será punible porque no es un comportamiento que revista las características de imparcialidad e independencia, es decir, no es una ayuda desinteresada por tales componentes emotivos. Me temo que, de nuevo, esas otras finalidades generosas sólo servirán para fundamentar la aplicación del tipo atenuado (art. 318 bis. 6), pensada de antemano para estos casos (no merecedores de pena alguna), pero que no evita la condena ni el estigma de delincuente. Por ello, no puede satisfacer el mencionado tipo atenuado, que brinda la posibilidad de imponer, a criterio del Juez o Tribunal, “la pena

noviembre de 2013, pp. 5 y ss.; del mismo autor, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

30 PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento n° 375/2014, de 3 de abril de 2014, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1497390326019&uri=CELEX:32014R0375>. Así como DOUE L 122; Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo. Disponible en BOE, núm. 162, de 8 de julio de 1998. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16303>. El Estado español olvidó esa inspiración humanitaria cuando retiró la asistencia sanitaria a los inmigrantes ilegales a partir del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril de 2012. Para este último véase <https://www.boe.es/boe/dias/2012/04/24/pdfs/BOE-A-2012-5403.pdf>

inferior en un grado a la respectivamente señalada". La supremacía del control de los flujos migratorios, de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza, es lo que ha justificado maximizar la persecución penal de la colaboración en la entrada o circulación ilegales de extranjeros, aunque respondan a motivaciones de esa clase.

Es paradigmática la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1146/2009, de 18 noviembre, en la que se reconoce que el comportamiento de la acusada, familiar de la inmigrante ilegal, respondió a un "acto generoso a fin de mejorar la vida" de la persona desplazada, "no origina un mayor peligro para la integridad de sus derechos". Fue condenada por el delito de tráfico ilegal de migrantes del artículo 318 bis. Véanse, en este sentido, entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo 526/2007, 1109/2007, de 4 de mayo 2004, Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, 45/2004, de 13 de julio, de 12 de febrero 2003.

Finalmente, cabe realizar las siguientes observaciones críticas en torno a la incriminación específica e independiente de la colaboración en la permanencia ilegal del extranjero. El Legislador de 2015 ha decidido castigar de forma expresa a quien ayude intencionadamente, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros (art. 318 bis. 2). De nuevo, se ha trasladado textualmente la redacción del artículo 1.1 b) Directiva 2002/90/CE. Esta modalidad delictiva se castiga con la misma pena del tipo básico de la ayuda a la entrada o circulación ilegales, a pesar de que en éste no se requiere la concurrencia de ánimo de lucro. Pero las objeciones a este tipo penal específico trascienden incluso esas consideraciones.

En efecto, el objetivo de delimitar las conductas punibles ha sido superado por otro que no se reconoce en el Preámbulo de la reforma de 2015: extender aún más el ámbito de aplicación del delito del artículo 318 bis. Se regula separadamente la ayuda a la permanencia ilegal del extranjero, desligada, por tanto, de la colaboración en su entrada o circulación ilegal. Este criterio de política criminal en torno a la lucha contra la inmigración ilegal desnaturaliza la base conceptual del tráfico ilegal de migrantes: el esencial carácter transfronterizo de la operación migratoria en la que se interviene; una connotación que ha sido subrayada en la Exposición de motivos de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI, el artículo 4 Protocolo de Naciones Unidas de 2000 y en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010. En consecuencia, la incriminación independiente

de la ayuda o favorecimiento de la situación de permanencia ilegal del extranjero equivaldrá al castigo del mero favorecimiento del inmigrante, y no de la inmigración ilegal, con lo que se estaría coartando la libertad de obrar de los ciudadanos hasta límites insoportables para un Estado social y democrático de Derecho.³¹

Es un paso cualitativo significativo, inmerso en el acervo represivo de la lucha contra la inmigración ilegal (véanse, en sentido crítico, Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1397/2003, de 16 de octubre, núm. 284/2006, de 6 de marzo).

3. Conclusiones: el artículo 318 bis como modelo de tipificación penal actuarial que quebranta principios básicos del Estado democrático de derecho

El delito del artículo 318 bis ha experimentado recientemente una modificación de significativo alcance. La nueva tipificación del tráfico ilegal de migrantes no sólo está mal formulada por las razones que se han esgrimido.

El texto resultante del artículo 318 bis asume definitivamente la nuda realidad de un delito que se dirige a perseguir comportamientos colaboradores con la inmigración ilegal, cuya relevancia penal gravita fundamentalmente sobre la vulneración de la legislación administrativa de extranjería, es decir, sobre la condición del extranjero-inmigrante-ilegal. Se consagra así su finalidad de tutelar exclusivamente el bien jurídico que ya había reconocido, en un arrebatado de sinceridad, el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010: “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”, un bien jurídico específicamente protegido por el régimen sancionador de la legislación de extranjería: la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia ilegal del extranjero ya está sancionada por la LOEx, a través de sus variadas infracciones (arts. 54. 1., letras b, f, 53.2., letras b, c)), fruto de su adaptación a la Directiva 2002/90/CE y otras posteriores.

Como fiel trasunto de la Directiva 2002/90/CE, sin un previo ejercicio de transposición y reflexión, el legislador de 2015 redefine y estructura los comportamientos colaboradores punibles, sin tener en cuenta la coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, concretamente,

³¹ Cfr. POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, *op. cit.*

lo actuado en el marco sancionador de la legislación de extranjería. Se incurre, por tanto, en una manifiesta transgresión de las reglas derivadas del principio de intervención mínima (criterios de fragmentariedad y subsidiariedad en la protección de bienes jurídicos), como garante de la tipificación penal en un Estado democrático de derecho. Las conductas contempladas en los tipos básicos del artículo 318 bis CPe —asimismo, en algunos tipos agravados— no representan mayor gravedad de injusto respecto de las infracciones administrativas mencionadas en la legislación de extranjería.

Incluso se genera una situación paradójica: al dirigirse la infracción del artículo 54.1 b) LOEx, contra quienes promueven o favorecen la inmigración clandestina con ánimo de lucro, se está afirmando la posibilidad de que, a través del delito del artículo 318 bis. 1, que no requiere ánimo de lucro, se sancione penalmente conductas que administrativamente no están prohibidas.

Tras la reforma de 2015, la regulación del artículo 318 bis evidencia la equiparación entre las conductas punibles relativas a la ayuda a la entrada, circulación o permanencia ilegales y las previstas en el ámbito administrativo, que también persigue la intermediación de redes organizadas dedicadas a tales actividades (véase el art. 54.1 b) LOEx). Hasta el punto de acercar también la respuesta sancionadora. Ya no se contemplan para los tipos penales básicos (núm. 1 y 2 art. 318 bis) penas graves, y es llamativo prever, en primer lugar, la aplicación de una pena de multa de 3 a 12 meses, como alternativa a la prisión de 3 meses a 1 año. Téngase en cuenta que las infracciones administrativas muy graves, como la del artículo 54.1 b) LOEx, están sancionadas con multa desde 10,001 hasta 100,000 euros (art. 55), posiblemente de mayor alcance que la que cabría imponer como pena pecuniaria.

Por imperativo de los compromisos internacionales y comunitarios, que obligan a mantener una figura delictiva dedicada al tráfico ilegal de migrantes, cabría realizar una propuesta de tipificación caracterizada por el carácter subsidiario y fragmentario que debe presidir la intervención en materia penal. Se podría condicionar la relevancia penal del tráfico ilícito de personas a la concurrencia de tres elementos: formar parte de una red organizada dedicada a la intermediación en la inmigración ilegal, su carácter transnacional y la concurrencia de una finalidad lucrativa o enriquecimiento indebido. Con esta alternativa de tipificación se retoma lo que, desde los inicios del fenómeno migratorio ilegal, ha sido la verdadera

preocupación: combatir la actuación de las organizaciones dedicadas a las actividades mencionadas, que hacen de ello un lucrativo negocio, afectando a la política migratoria estatal. Así quedaría redactado el tipo básico: “1. El que, formando parte de una organización o asociación, y con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico, trafique ilegalmente con migrantes para la entrada o permanencia en territorio español, o para el tránsito con destino a otro país de la UE, vulnerando la legislación sobre entrada, permanencia o tránsito de extranjeros, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 3 a 12 meses. Se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena”.³² En consecuencia, las actividades de tráfico que favorecen la permanencia ilegal del inmigrante serán punibles cuando reúnan las características exigidas, es decir, tiene que concurrir el elemento organizativo, el fin lucrativo y el componente transnacional. De este modo, la ayuda a la permanencia ilegal, con ánimo de lucro, sin haber intervenido en modo alguno —como integrante de la red organizada— en la entrada ilegal del extranjero, o en su traslado ilegal, debe reconducirse al ámbito administrativo sancionador.³³

Esta situación confirma, por un lado, que la nueva redacción y estructura del artículo 318 bis CPe sustenta un modelo de tipificación penal actuarial que quebranta principios básicos del Estado democrático de derecho: el recurso al derecho penal como ultima ratio, en la medida en que se imposibilita reservar un campo de aplicación propio para el derecho administrativo sancionador de la LOEx,³⁴ el principio de proporcionalidad de las penas aplicables cuando el que colabora en la operación migratoria ilegal forma parte de una organización, y, por último (y no por ello menos importante), la ausencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal, porque el solo interés estatal en el control del flujo migratorio no alcanza entidad suficiente para justificar la intervención penal en esta materia.³⁵

El reconocimiento del control del flujo migratorio como bien jurídico tutelado por el delito del 318 bis (Preámbulo Ley Orgánica 5/2010) se

32 Cfr. *Ibidem.*, pp. 871 y ss.

33 *Idem.*

34 Véase, en esta dirección, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *op. cit.* Cfr. POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, *op. cit.*

35 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo y Esther POMARES CINTAS, “Los delitos relativos al tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (arts. 313 y 318 bis)” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco; José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 355 y ss.; POMARES CINTAS Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, *op. cit.*; LAURENZO COPELLO, Patricia, “Inmigración clandestina” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 865 y ss.

contradice con la rúbrica del Título en el que se ubica el citado precepto —“Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”—, que atendía originariamente a una redacción muy distinta.³⁶ Piénsese que el delito de tráfico ilegal de migrantes se basa en el consentimiento del desplazado, en el acuerdo mutuo en el cruce de fronteras, y ello no lo invalida la finalidad lucrativa de quien colabora en la operación migratoria ilegal (el precio del desplazamiento se encarece debido a la clandestinidad del inmigrante y al etiquetamiento delictivo del comportamiento colaborador; lo que hace más precaria la operación).

Por ello, la referida rúbrica es inexacta y perturbadora, además de un eufemismo, siquiera sea porque el objeto material de este delito es únicamente el extranjero —inmigrante— ilegal. No se puede entender que quien priva a los extranjeros-inmigrantes-ilegales de derechos sea quien colabora en la operación migratoria, sino el Estado español, como miembro de la UE, que prima facie les reduce su dignidad reservándoles un estatus de inferioridad legal, también en derechos y libertades fundamentales: un estigma denegatorio, a modo de Apartheid, consolidado por los instrumentos comunitarios,³⁷ un arma básica contra la inmigración ilegal en territorio UE. Téngase en cuenta que el extranjero bajo la condición de ilegalidad migratoria sólo es el objeto de este delito, el objeto que se pretende combatir y el que “fundamenta” la intervención penal. Por ello, criminalizar la sola colaboración de terceros en la inmigración ilegal, ahora de forma más amplia, sólo atiende a intereses de estrategia política comunitaria. Materialmente, el delito de tráfico ilegal de migrantes se dirige a tutelar aquellos valores que subyacen al control del flujo migratorio, es decir, el núcleo de la política europea común antimigratoria diseñada a través del acervo Schengen: el estatus de exclusión e inoquización del inmigrante ilegal, un estigma que ya ha sido puesto en tela de juicio por el Comité Económico y Social Europeo por alejarse del reconocimiento de derechos y libertades fundamentales y de los principios democráticos del Estado social de Derecho. Porque no deja de ser un ejercicio de cinismo legislativo interponer los derechos de los extranjeros

³⁶ Véanse las objeciones señaladas en la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, y en las Sentencias Tribunal Supremo 1378/2011, de 14 de diciembre, 212/2012, de 9 de marzo, 479/2006. Véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=6249894&links=%221378%2F2011%22&optimize=20120130&publicinterface=true> y <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=6328777&links=%2212%2F2012%22&optimize=20120410&publicinterface=true>, respectivamente.

³⁷ Se otorga carta de naturaleza a la instauración de un régimen de Apartheid consolidado por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008. Sobre ello, POMARES CINTAS, Esther, *op. cit.*, pp. 130 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 106-107, 124 y ss., 134 y ss.

(inmigrantes ilegales) como “escudo protector” de la indemnidad de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza³⁸ Porque no deja de ser un ejercicio de cinismo legislativo interponer los derechos de los extranjeros (inmigrantes ilegales) como “escudo protector” de la indemnidad de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza³⁹ y, asimismo, utilizar el derecho penal para legitimar una legislación que excluye los derechos fundamentales de este colectivo de seres humanos al amparo del propio derecho. Alegar el cumplimiento de compromisos comunitarios (o internacionales) en esta materia no puede servir de pretexto para vaciar de contenido las bases del Estado democrático de derecho. Ahora, más que nunca, sobran razones para preguntarse si la persecución de los comportamientos colaboradores en la inmigración ilegal, con el consentimiento del desplazado, es una cuestión penal.⁴⁰

4. Bibliohemerografía

Bibliografía

DE LUCAS, Javier, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “Inmigración clandestina” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, en CARBONELL MATEU, J. C.; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC; E. ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

PÉREZ ALONSO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, “Inmigración clandestina” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

38 Dictamen de 4 de noviembre de 2009, sobre “El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración” (SOC/335 - CESE 1710/2009). Diario Oficial de la Unión Europea. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009IE1710>

39 Cfr. POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, *op. cit.*

40 Estas reflexiones han sido respaldadas por la mayoría de los Grupos Parlamentarios que presentaron Enmiendas en el Senado a propósito del proyecto de reforma penal en esta materia.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

_____ y Esther POMARES CINTAS, "Los delitos relativos al tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (arts. 313 y 318 bis)" en ÁLVAREZ GARCÍA; Francisco, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

SOLANA RUIZ, José Luis, "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico" en GARCÍA CASTAÑO, F. J. y N. KRESSOVA, *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Instituto de Migraciones, 2011.

Hemerografía

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, "Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, Barcelona, enero de 2010, pp. 2-44.

DE LUCAS, Javier, "Un problema jurídico y político, no de caridad (Sobre las políticas Europeas de inmigración y asilo, tras los naufragios de octubre en Lampedusa)", *Jueces para la democracia*, núm. 78, noviembre de 2013, pp. 5-12.

POMARES CINTAS, Esther, "La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Valencia, núm. 7, septiembre de 2014-febrero de 2015, pp. 143-174.

Legislación

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

_____, núm. 162, de 8 de julio de 1998. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16303>

_____, núm. 104, 1 de mayo 1999. <https://www.boe.es/boe/dias/1999/05/01/pdfs/A16099-16102.pdf>

_____, núm. 10, de 12 de enero de 2000. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

_____, núm. 307, de 23 de diciembre de 2000. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2000-23660

_____, núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>

_____, núm. 279, de 21 de noviembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21187>

_____, núm. 51, de 28 de febrero de 2007. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-4184>

_____, núm. 278, de 20 de noviembre de 2007. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-19879

_____, núm. 152, de 23 de junio de 2010. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

_____, núm. 98, de 24 de abril de 2012. <https://www.boe.es/boe/dias/2012/04/24/pdfs/BOE-A-2012-5403.pdf>

_____, núm. 77, de 31 de marzo de 2015. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Sentencia 1378/2011, de 14 de diciembre de 2011. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6249894&links=%221378%2F2011%22&optimize=20120130&publicinterface=true>

_____, Sentencia 212/2012, de 9 de marzo de 2012. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6328777&links=%22212%2F2012%22&optimize=20120410&publicinterface=true>

_____, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado el 16 de enero de 2013. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal

Diario Oficial de la Unión Europea, DO L 328, de 05/12/2002. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aj10044>

_____, DO L 328, de 05/12/2002. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aj10045>

_____, Dictamen de 4 de noviembre de 2009, sobre “El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración” (SOC/335 - CESE 1710/2009). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009IE1710>

_____, DO L 101/2011, de 15/4/2011. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre Criterios para la Unidad de Actuación Especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Extranjería e Inmigración. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829

Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de reforma de 11 de octubre de 2012, publicado el 8 de enero de 2013. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623

PARLAMENTO EUROPEO, 2010/2310 (INI). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0208+0+DOC+XML+V0//ES>

_____, Reglamento n° 375/2014, de 3 de abril de 2014, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1497390326019&uri=CELEX:32014R0375>

_____, Tratado de Lisboa. http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.5.pdf