

La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal

BEATRIZ GARCÍA SÁNCHEZ

Profesora Titular (i) de Universidad de Derecho Penal de la Universidad
Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. Introducción y objetivos.–II. Antecedentes y reformas legislativas.–III. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: A) Bien jurídico protegido en el artículo 318 bis. B) Tipo básico. C) Tipos cualificados. D) Tipo atenuado. E) Problemas concursales.–IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS (1)

El tratamiento penal de la inmigración en España se puede abordar desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde la perspectiva negativa, lo que abarcaría las medidas represivas, desde un punto de vista penal, que se establecen en nuestra legislación específica contra los extranjeros, como la extradición de extranjeros derivada de la cooperación jurídica internacional y la expulsión como consecuencia jurídica del delito. En segundo lugar, desde la perspectiva positiva de protección de sus derechos, esto es, desde el punto de vista de las medidas que se instauran en nuestro ordenamiento para la tutela de extranjeros, debido fundamentalmente a las situaciones precarias a las que puede verse sometido este colectivo. En este último sentido, cabe

(1) Abreviaturas: AP, Actualidad Penal; LO, Ley Orgánica; STC, Sentencia del Tribunal Constitucional; STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

centrar la cuestión en los «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», ubicados en el Título XV bis, introducido por LO 4/2000, modificado por LO 11/2003; aunque también se protegen sus derechos en el Título XV, titulado de los «Delitos contra los derechos de los trabajadores», que incluye dentro de su articulado determinados preceptos que se refieren al tráfico ilegal de mano de obra, protegiendo en concreto a los extranjeros; y, por supuesto, también se protegen sus derechos a través de todo el articulado del Código Penal al igual que para los nacionales. Debido a la extensión de la materia que acabo de dibujar en líneas precedentes, el objetivo de este trabajo se va a centrar en el estudio de la normativa penal que se ha adoptado por la LO 11/2003 que, en principio, trata de proteger específicamente a los extranjeros que pudieran ser objeto de tráfico de personas.

Es por todos conocido el problema que se presenta en los países europeos occidentales, y especialmente en España por su situación geográfica, con la inmigración de extranjeros provenientes sobre todo del continente africano, de Iberoamérica y en los últimos años de los países del Este de Europa (2). Esta inmigración se explica principalmente por la pobreza existente en los países de origen y, en definitiva, en la existencia de desigualdades sociales en todo el mundo. Como acertadamente apunta Conde-Pumpido, en este terreno se enfrentan varios intereses que a través de las normativas correspondientes se tratan de reconciliar: por un lado, hay que aludir a la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los extranjeros al igual que para los nacionales; por otro lado, están los intereses estatales en los que se constata la necesidad política de controlar los flujos migratorios; para dicho autor es obvio que la capacidad de absorción de los inmigrantes extranjeros por parte de los países occidentales es limitada, y por ello aboga por la solución consistente en fomentar el desarrollo económico, político y social de los países de origen (3). Parece ser ésta la solución más justa y adecuada pero, desgraciadamente, no es imaginable que pueda ser implantada eficazmente a corto plazo para solucionar los problemas existentes en la actualidad sobre la inmigración clandestina. Además ello demandaría un consenso polí-

(2) Al respecto, se puede ver un estudio reciente plasmado en un periódico de tirada nacional sobre los extranjeros en Madrid, cuya procedencia en primer lugar por número de inmigrantes se establece de Ecuador, seguido de Colombia, Marruecos, Rumanía..., cfr. *El País*, de 6 de febrero de 2005.

(3) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 284.

tico internacional inexistente entre los países receptores a la hora de ayudar a los países en vías de desarrollo.

La normativa actual que se está implantando a nivel tanto nacional como comunitario demuestra la posición de los Estados occidentales en el sentido de querer limitar y controlar a toda costa los flujos migratorios a través de políticas restrictivas de acceso a la inmigración legal y represivas, tanto desde el Derecho penal como desde el Derecho administrativo, contra la inmigración ilegal o clandestina. Ello ha demostrado que en muchas ocasiones esta política restrictiva de acceso a la inmigración legal y la represión de la inmigración ilegal no han sido eficaces de cara a disminuir el número de inmigrantes ilegales, y, además, han causado un efecto criminógeno en el sentido que han provocado una cadena compleja de acciones delictivas, fomentando el desarrollo de la delincuencia organizada (4). A diario nos llegan noticias sobre supuestos de tráfico ilegal de personas en España, bien por la llegada en pateras de inmigrantes ilegales, bien por el descubriendo de redes mafiosas encargadas de la explotación de estos sujetos con distintos fines. Ello demuestra que hasta ahora las políticas adoptadas en España no disminuyen estos fenómenos delictivos, sino por el contrario, en ocasiones, los fomentan.

De estas premisas se desprende una de las grandes paradojas que rodean toda la normativa relativa a los extranjeros. Por un lado, se persigue la inmigración clandestina, tanto desde el Derecho penal como administrativo –expulsando al inmigrante ilegal en este último caso–, y se dificulta el acceso a la inmigración legal. Por otro lado, se intenta proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificando conductas en el Código Penal relacionadas con el tráfico de personas en el que no se concretan los derechos a proteger.

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si la lucha contra la inmigración ilegal y contra la vulneración de derechos fundamentales de los extranjeros debe llevarse a cabo a través de estos medios penales represivos que mantiene nuestro ordenamiento, o por el contrario, hay que acudir a otro tipo de medidas. En esta línea cabe destacar la posi-

(4) En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 15, 26 ss. Dicha autora expresa que de la situación de ilegalidad del extranjero deviene toda una serie de conductas delictivas como el empleo ilegal de trabajadores, falsificación de documentos, matrimonios falsos, delitos relativos a la prostitución, etc. Cfr. GARCÍA ESPAÑA, E., «La Delincuencia de inmigrantes en España», en LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y Derecho Penal*, Valencia, 2002, pp. 133-159. También, vid. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 20-25.

ción de Reus Martínez, al constatar ese conflicto que se plantea en el fenómeno de la inmigración ilegal: por un lado, la Unión Europea, debido a las bajas tasas de natalidad, necesita la incorporación e integración de los emigrantes; y por otro, esa recepción de emigrantes debe realizarse de manera controlada, para evitar la proliferación de organizaciones criminales que se aprovechan de la pobreza que sufren una gran parte de los inmigrantes ilegales; la esclavitud; las muertes de aquellas personas que por cualquier medio quieren acceder a la sociedad del bienestar, etc. Este conflicto de intereses, como acertadamente apunta dicha autora, se ha de resolver a través de la creación de unos mecanismos adecuados de investigación y persecución de las organizaciones criminales de forma coordinada y mediante acuerdos de colaboración con los países afectados; además demanda un conocimiento de los flujos migratorios y el establecimiento de los contingentes que Europa pueda asumir y que permitan desarrollar una política de integración efectiva (5).

En mi opinión, la lucha contra la criminalidad que rodea todo el fenómeno migratorio pasa por la adopción de otro tipo de medidas, además de las penales, entre las que cabe destacar las de tipo social, consistentes por ejemplo en informar a los futuros inmigrantes sobre el acceso a la inmigración legal en los países de origen; sobre los posibles problemas que se pueden encontrar ante una inmigración ilegal; y de la situación en que se encuentran los inmigrantes ilegales en los posibles países de destino. Ello ayudará al extranjero emigrante a evitar los posibles riesgos que conllevan su traslado ilegal y el sometimiento a las redes mafiosas (6). Además de esa política social se deben de adoptar otras medidas a nivel jurídico, como la flexibilización de la normativa de acceso a la inmigración legal y el control administrativo, policial y judicial sobre los sujetos explotadores de esas situaciones de necesidad y de especial vulnerabilidad en las que se encuentran los inmigrantes. Todo ello junto a la protección penal de los inmigrantes ante la posible vulneración de derechos fundamentales.

(5) Cfr. REUS MARTÍNEZ, N., «La Justicia Penal y la Unión Europea, Convenios Existentes. Especial Consideración al Espacio Schengen», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, enero-abril, 2002, en http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/numero12/estudio_2.htm.

(6) Cabe destacar las propuestas que realiza RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 28 ss., de cara a solucionar los problemas que plantea la inmigración ilegal, partiendo del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal; apunta que los Estados deben de optar por una política preventiva y social que tienda al desarrollo económico de las regiones menos favorecidas y evitar la marginalidad del inmigrante, al cual debe tratarse como víctima y no como sujeto sobre el que recaen todas las sanciones administrativas.

II. ANTECEDENTES Y REFORMAS LEGISLATIVAS

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, introdujo en el Código Penal un nuevo Título XV bis –a continuación de los delitos contra los derechos de los trabajadores–, con la rúbrica de los «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», compuesto por un solo artículo, el 318 bis, modificado a su vez por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integridad social de los extranjeros (7).

La doctrina ha apuntado que el fundamento de la introducción de este nuevo título por la LO 4/2000 se encuentra en que con anterioridad a su tipificación existía en nuestro ordenamiento una laguna legal en el tratamiento del tráfico ilegal de inmigrantes que no pretendían trabajar en España, pues sólo se castigaban conductas de tráfico ilegal de inmigrantes con fines laborales o con una finalidad de explotación sexual (8).

La reforma introducida por la LO 11/2003 mencionada, obedeció, como expresa su Exposición de Motivos, a la necesidad de acomodar nuestra legislación sobre extranjeros a las normativas comunitarias, que se adoptaron al respecto en aras a la armonización, y a las normativas supranacionales. En concreto, tenía como fin ampliar las conductas del artículo 318 bis.1 y el endurecimiento de las penas.

A nivel supranacional cabe destacar que ya la Resolución 1995/10 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instó a los Estados a instaurar leyes penales nacionales para luchar contra todos los aspectos del tráfico ilegal de personas indocumentadas. En esta línea también se situó el Consejo Europeo en su reunión de Tampere de 1999 y el Convenio de Schengen. Este último compromete a las partes contratantes a establecer sanciones que penalicen el cruce no

(7) Hay que tener en cuenta que la Ley de extranjería 4/2000, sufrió una modificación por LO 8/2000, de 22 de diciembre, pero que no afectaba a la materia ahora tratada. También la LO 14/2003, de 20 de noviembre, reformó la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ampliando algunas conductas que constituyen infracción administrativa grave referentes a la inmigración clandestina.

(8) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, pp. 287-288. Esta laguna legal fue criticada también por RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 17. Un ejemplo de esta laguna lo encontramos en la STC 24/2000, de 31 de enero.

autorizado de las fronteras externas y a sancionar a cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en cualquier territorio del espacio Schengen (9).

Posteriormente, en la Unión Europea se adoptaron dos Decisiones Marcos por el Consejo de Europa: Decisión Marco de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI), y la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares (2002/946/JAI), completada con una Directiva de 28 de noviembre de 2002, 2002/90/CE (10).

Cabe destacar algunas notas generales de estos últimos instrumentos mencionados por la relación que supuestamente guardan con la reforma española introducida por la LO 11/2003, según su Exposición de Motivos. Así, la primera Decisión Marco, como analiza Villacampa Estiarte (11), trata de garantizar la punibilidad de una serie de actos pero referidos todos ellos a la trata de seres humanos (comportamientos incluidos en nuestros tipos agravados y recogidos en el artículo 1.1 de la Decisión Marco) y no a la inmigración clandestina (comportamientos incluidos, en mi opinión, en nuestro tipo básico del artículo 318 bis del Código Penal, esto es, el tráfico de personas con la infracción de la normativa nacional sobre entrada y salida de extranjeros). Entre otras medidas, se establece la obligación por parte de todos los Estados miembros de imponer sanciones penales efectivas; en concreto, y respecto a la trata de seres humanos, para el autor de este delito consumado se estipula que las sanciones sean privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se cometan poniendo en peligro la vida de la víctima, cuando se cometan contra víctima especialmente vulnerable, cuando se haya empleado violencia o se haya

(9) Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al que se adhiere España el 25 de junio de 1991, ratificado por Instrumento 23 de julio de 1993 («BOE» de 5 de abril de 1994, núm. 81), incorporados al ámbito comunitario por el Tratado de Ámsterdam.

(10) Véase el estudio minucioso sobre tales instrumentos europeos llevados a cabo por VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 194-199.

(11) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 195-196; 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*, 3.ª edición, Aranzadi, 2004, pp. 1633, 1635-1638.

causado a la víctima daños particularmente graves o cuando se cometan en el marco de una organización delictiva.

Por otro lado, la Decisión Marco 2002/946 y la Directiva sí se refieren a la inmigración clandestina y obligan a establecer las sanciones mínimas para determinados comportamientos. La Directiva distingue entre ayuda a la entrada o tránsito con vulneración de la legislación del Estado de que se trate y la ayuda a la permanencia con vulneración de la legislación del Estado respectivo, siempre que en este último caso se realice con ánimo de lucro. Se impone en esta misma Decisión Marco una pena que no puede ser inferior a ocho años de privación de libertad únicamente en los casos de entrada o tránsito con vulneración de la legislación del Estado de que se trate, siempre que el comportamiento se realice con ánimo de lucro, cuando además la infracción se haya cometido como parte de las actividades de una organización delictiva o cuando se haya efectuado poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción. No se impone mínimo de pena en los casos de ayuda a la permanencia con ánimo de lucro, ni cuando se trate de la ayuda a la entrada o tránsito no producida en tales circunstancias, ni más allá de la conducta del autor (12). Ello viene a colación para demostrar que la normativa introducida por la LO 11/2003, fundamentada en dichos instrumentos europeos, va mucho más allá de lo requerido por la normativa comunitaria y en detrimento de la armonización legislativa entre los países miembros de la UE (13).

Por este motivo y por otras razones que expondré a continuación, el artículo 318 bis del Código Penal, pese que trata de cubrir una laguna legal, ha sido objeto de numerosas críticas. En primer lugar, algunos autores demandaban una regulación por Ley especial y no por el propio Código Penal (14). También se ha criticado su ubicación

(12) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 196-197.

(13) Cfr. sobre una crítica a la reforma del 318 bis introducida por LO 11/2003, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 199 ss., en el sentido de que la nueva redacción no soluciona los problemas de la antigua regulación y en algunos casos supone un empeoramiento de la situación.

(14) En este sentido, PÉREZ DEL VALLE, C., «Las reformas de la reforma penal», en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 43, 2000. En contra, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 291, ya que afirma que razones sistemáticas, de congruencia de los tipos, de eficacia preventiva y sobre todo de garantía para los ciudadanos, aconsejan que la totalidad de las normas punitivas se incluyan en el Código Penal, como catálogo único y homogéneo de los delitos y las penas.

sistemática, dado que se encuentran situados dentro de los delitos contra la sociedad, argumentándose que hubiera sido mejor situarlos entre los delitos contra las personas (15). Por otro lado, se critica al legislador el no haber aprovechado la oportunidad para otorgar un tratamiento más sistemático y conjunto, en un único título, a todos los delitos que afectan a los derechos de los ciudadanos extranjeros (16). Además, y con relación a la LO 11/2003, se criticó que en una única Ley de reforma se abordasen cuestiones tan diversas como la seguridad ciudadana, la violencia doméstica y la integración social de los extranjeros (17).

Pero como constataré en el desarrollo del tipo del artículo 318 bis, la más contundente crítica se ha centrado en cuestiones de fondo, esto es, tanto en la delimitación imprecisa que se realiza sobre las conductas típicas y su amplitud, como en la indeterminación sobre lo que en concreto realmente se protege.

III. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

El artículo 318 bis del Código Penal establece lo siguiente:

«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 será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*

(15) En este sentido, PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada e inmigración ilegal», en la obra que recoge la documentación del curso sobre *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 187-188, para quien hubiera sido preferible ubicarlos tras los delitos contra la integridad moral o entre éstos. En contra se pronuncia, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 291, ya que opina que la ubicación sistemática es correcta, atendiendo al fundamento de su tipificación como norma complementadora y superadora de las lagunas derivadas de los límites de la tipificación contenida en los artículos 312 y 313.

(16) En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 18; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, pp. 291-292.

(17) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 182-183.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez 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 prevaleándose 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 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) Bien jurídico protegido en el artículo 318 bis

Un problema, y quizás el que más polémica ha suscitado, en torno a esta nueva regulación tanto introducida por LO 4/2000 como por la modificación que realiza la LO 11/2003 sobre el tráfico ilegal de extranjeros, gira en torno a determinar el verdadero bien jurídico que se protege en este nuevo Título XV bis del Código Penal. La discusión está servida por parte del legislador, pues el artículo 318 bis se inserta en el Título cuya rúbrica es la siguiente: «Delitos contra los derechos de los extranjeros». De la rúbrica se debería de interpretar que lo que aquí se está protegiendo son los derechos de los ciudadanos extranjeros, aunque no especifica a qué derechos se está refiriendo. Pero el problema viene dado cuando se analiza el tipo básico, del que se puede desprender que para su comisión no es necesario poner en peligro ningún derecho de los extranjeros en la realización de las conductas allí descritas relacionadas con el tráfico de personas, ni siquiera se exige que sean extranjeros, basta con la realización de determinados comportamientos (muy amplios por cierto) y que se infrinja la normativa administrativa sobre entrada y salida de los ciudadanos. La cuestión tiene importancia, pues afecta a principios arraigados e incuestionables del Derecho Penal, como el principio de mínima

intervención o *ultima ratio* del Derecho Penal y al principio de seguridad jurídica.

De ahí que la doctrina se halle dividida a la hora de determinar el bien jurídico que se está protegiendo: por un lado, se habla de los intereses estatales en el control de los flujos migratorios (así se estaría elevando a la categoría de delito una infracción administrativa) (18), y, por otro, de manera mayoritaria se alude a los bienes personales de los sujetos objeto de este tráfico ilegal, como dignidad humana (19), derecho a la integración social (20), a la protección de los derechos sociales o

(18) De esta opinión, ROJO TORRECILLA, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, Barcelona, 1998, para quien es el único bien jurídico que se protege. En contra CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 294, bajo el argumento de que mantener dicha postura es ignorar al legislador o afirmar su cinismo.

(19) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp.186-187, quien apunta que la dignidad humana debe considerarse como la 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 representaba convertir en cosas a los seres humanos. Ello lo fundamenta porque de admitirse la tesis contraria, la protección de los intereses estatales, se infringiría el principio de *ultima ratio* al considerarse suficiente el Derecho administrativo para la protección de dichos intereses. No obstante, dicha autora, al comentar la reforma introducida por LO 11/2003, p. 200, reconoce que dicha interpretación goza cada vez de menor apoyo legal, al seguir manteniéndose dichos delitos tras los delitos contra los derechos de los trabajadores y al incluir en el tipo básico la conducta de inmigración clandestina; no obstante, opina que es preferible seguir manteniendo con la nueva regulación que el bien jurídico protegido sea la dignidad humana de las personas trasladadas; 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*, 3.ª edición, Aranzadi, 2004, pp. 1631-1640-1642. También abogan por la dignidad humana como objeto de protección; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, 2003, Tirant lo Blanch, pp. 242 ss.; GUANARTEME SÁNCHEZ, «El nuevo delito de tráfico ilegal de personas», en Lorenzo Copello (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, Tirant lo Blanch, p. 289.

(20) En este sentido, SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5. El Extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la Ley orgánica 4/2000), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 380; SERRANO PIEDECASAS, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Lorenzo Copello (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, Tirant lo Blanch, p. 332; BAUCCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho Penal ante el fenómeno inmigratorio», en *Derecho y Proceso Penal*, 2005-1, núm. 13, pp. 56-58. En contra, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 293, teniendo en cuenta que dicha posibilidad en muchos

políticos de los inmigrantes (21), a la libre circulación (a los derechos del ciudadano extranjero que podría llegar a disfrutar en caso de que se realizara la entrada o tránsito en condiciones de legalidad) (22), y a los derechos que se ponen en peligro por los riesgos que pueden acarrear el proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal en nuestro país (23). También se ha aludido a la protección de estos derechos de los inmigrantes pero no como derechos individuales sino como colectivo social (posibilidad de acceder a los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los extranjeros que tienen regularizada su situación en España), salvo en determinados tipos agravados (24).

casos es ilusoria en la práctica o no es deseada por el extranjero que no puede ser obligado a integrarse, y en los que habría que entender, de ser coherentes, que no existe infracción penal, en sentido material, pese al tráfico ilegal, por no concurrir afectación alguna al bien jurídico protegido por el tipo; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001, ni siquiera considera que la integración social del inmigrante es la *ratio legis* del precepto; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 65-68, quien argumenta que el bien jurídico no puede ser el derecho a la plena integración social porque el inmigrante irregular no sólo carece de ellos, sino que incluso no tiene tan siquiera la expectativa de disfrutarlos, en definitiva, lo que determina la imposibilidad de disfrutar de la plena integración del extranjero es la propia ley y no el fenómeno del tráfico.

(21) En este sentido, NAVARRO CARDOSO, «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Revista Penal*, núm. 10, 2002, p. 49.

(22) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, pp. 286-287.

(23) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, pp. 292-297, de ahí que afirme que el artículo 318 bis constituya un tipo de peligro abstracto contra los derechos de los extranjeros, como señaló la STS 143/1998, de 5 de febrero. No obstante, dicho autor no desconoce que en el fondo de la cuestión subyace el interés estatal en utilizar el instrumento penal para reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada ínsitas en la legislación migratoria, esto es, un interés puramente político, pues lo contrario sería absolutamente ingenuo.

(24) En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 59, 64, de modo que si el sujeto, por cumplir los requisitos establecidos en la Ley, está en condiciones reales de obtener dicho permiso o autorización, la conducta no supone una afeción para el bien jurídico protegido, y consecuentemente, habrá de ser considerada atípica, aunque en p. 85 reconoce que no se puede perder de vista que la finalidad última del legislador con la tipificación del tipo básico del tráfico ilegal de personas es la de ejercer un control sobre los flujos migratorios. En similar sentido, refiriéndose a un bien jurídico de carácter colectivo, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 42-44, 64, 68-75; BAUCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho Penal ante el fenómeno inmigratorio», en *Derecho y Proceso Penal*, 2005-1, núm. 13, pp. 56-58.

No obstante, como ya he señalado con anterioridad, en mi opinión resulta paradójico alegar, por un lado, que desde el Derecho penal lo que se intenta es la protección del inmigrante que, en la mayoría de los casos, tiene la condición de ilegal, y de otro, imponer a éste una sanción administrativa como es la expulsión (25). A mi entender, la última interpretación expuesta sobre el bien jurídico protegido que aboga por la protección del inmigrante adolece de un defecto y es que no concreta con exactitud los derechos individuales que pueden verse lesionados como consecuencia del tráfico ilegal, salvo respecto de los tipos agravados.

Otra postura ecléctica es la mantenida por una serie de autores que consideran como bienes jurídicos protegidos tanto los intereses estatales en el control de los flujos migratorios como los derechos de los ciudadanos extranjeros: dignidad humana, libertad y seguridad de dicho colectivo (26) (éstos últimos sobre todo en los tipos agravados en opinión de Palomo del Arco). Respecto de este segundo bien jurídico, a juicio de Rodríguez Montañés constituyen sólo bienes intermedios con función representativa del bien jurídico supraindividual institucionalizado, espiritualizado o de los intereses difusos del orden socioeconómico en sentido amplio (conjunto de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema socioeconómico vigente, tanto en su aspecto puramente económico como en la dimensión social del mismo), en la medida en que el fenómeno migratorio constituye esencialmente un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado (27).

(25) En este sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, p. 144; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.ª edición, Valencia, 2004, p. 356.

(26) En este sentido, PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada e inmigración ilegal», en la obra que recoge la documentación del curso sobre *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; BARBER BURUSCO, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, 2001; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *AP*, 2002, núm. 29, p. 732; GUARDIOLA GARCÍA, J., «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del artículo 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)», en *Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, 2005-1, núm. 13, pp. 16-20, aunque dicho autor señale que el Derecho penal no es el instrumento adecuado para ordenar la política migratoria, su recurso es constitucional en la medida en que dicho bien jurídico viene a ser una determinada expresión del orden socioeconómico diseñado en nuestra Carta Magna.

(27) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001; ello lo sostiene por la ubicación sistemática

Para comenzar a argumentar mi toma de postura sobre el bien jurídico protegido en el Título XV bis del Código Penal, voy a empezar por exponer algunas de las críticas que me suscitan las posturas anteriormente expuestas. Junto con la paradoja que se da en esta materia ya apuntada respecto a los pocos derechos reconocidos a los inmigrantes, por no decir ninguno, al expulsarles de nuestro país, también dicha paradoja está presente cuando se sostiene que desde el Derecho penal a través del artículo 318 bis se protege el derecho a la libre circulación del inmigrante. A este respecto cabe preguntarse: ¿Qué derecho es ése para los ilegales si se les expulsa, devuelve, y se castiga al que ayuda al inmigrante a entrar en nuestro país incluso con fines humanitarios? O cuando se alude a los derechos de los ciudadanos extranjeros que podrían llegar a disfrutar a través de una entrada legal, ¿qué derecho es ése cuando las políticas de entrada y permanencia en territorio español son tan restrictivas que limitan excesivamente la inmigración legal? O cuando se alude a los derechos que se ponen en peligro por los riesgos que pueden llevar aparejados el proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal en nuestro país ¿es que esos riesgos no lo asume voluntariamente el inmigrante ilegal que se sube a una patera? Y los que no asume voluntariamente ¿no quedarían protegidos en los tipos agravados? ¿Qué ocurre entonces con los riesgos derivados de permanecer en un país hundido en la pobreza y en los que las garantías y derechos fundamentales para el individuo son cuestiones ajenas a sus costumbres, políticas y gobiernos? Cabe preguntarse una última cuestión y es la siguiente ¿acaso no estamos castigando indirectamente al inmigrante, al que se pretende proteger, al castigar tan duramente conductas que en principio no parecen poner en peligro bienes jurídicos individuales de los extranjeros?

En definitiva, desde mi punto de vista, en realidad la voluntad del legislador a la hora de tipificar las conductas incluidas en el artículo 318 bis consistía en proteger intereses estatales en el control

del precepto, configurándose como delitos de peligro abstracto. En contra de tal consideración, cfr. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, p. 57, pues tal interpretación llevaría a castigar también al inmigrante, además de constatarse en la realidad que el tráfico ilegal afecta sobre todo a los derechos individuales, concretados en mayor o menor medida. Yo creo que tal argumento no es correcto, pues pese a que se afirme que el bien jurídico protegido sea un interés estatal en el control de los flujos migratorios no tiene necesariamente que castigarse al inmigrante, ya que por razones político-criminales y la especial situación de vulnerabilidad de la víctima, en estos casos, no hace necesario el castigo penal, que ya sufren de por sí además de dicha situación, la infracción administrativa.

de los flujos migratorios (28), utilizando el Derecho Penal para la represión de determinadas infracciones que afectan a la entrada y salida ilegal de extranjeros (cuestión que reconocen incluso los autores que defienden como bien jurídico protegido los derechos de los extranjeros como he indicado con anterioridad), confirmando dicha posición el hecho de que en la reforma introducida por la LO 11/2003, se introduce en el tipo básico expresamente la promoción y el favorecimiento a la inmigración clandestina y ya no sólo se hace referencia al tráfico de personas. Esta postura queda avalada también por el hecho de que en el tipo básico no se requiera ninguna puesta en peligro para algún derecho de los extranjeros ni ningún resultado lesivo.

Creo que esta es la interpretación más correcta de *lege lata* pero no de *lege ferenda* como trataré de determinar a continuación. El mantener de *lege lata* que lo que se intenta proteger en el tipo básico son los derechos de los extranjeros, tal y como aparece redactado el artículo 318 bis.1 y siguientes, a mi entender, conlleva problemas prácticos a la hora de determinar el ámbito punitivo de la conducta del tipo básico, pues los derechos de los extranjeros, en mi opinión, donde se protegen realmente es en los tipos agravados, con lo que no imagino una afección a los derechos de los extranjeros sin que concurra alguna de las circunstancias agravantes de los números 2, 3, 4 y 5, salvo los traslados por motivos humanitarios o altruistas, que no deberían de castigarse penalmente. Con lo que en la práctica se quedaría vacío de contenido el número 1 del 318 bis. Por otro lado, si se sostiene que el bien jurídico protegido en el tipo básico son los derechos de los extranjeros, como la dignidad humana, intereses de un colectivo, la integración social, etc., en la práctica ello conllevaría, en mi opinión, a castigar toda conducta de favorecimiento y promoción a la inmigración clandestina infringiendo la normativa administrativa sobre la entrada y salida del territorio español.

Ahora bien, desde mi punto de vista, de *lege ferenda* esta postura es insostenible. En efecto, el Derecho Penal, en virtud de los principios de *ultima ratio* del Derecho y del principio de proporcionalidad no puede ser el instrumento para proteger esos intereses estatales que se plasman en el control de los flujos migratorios. Hasta ahora ha resultado ineficaz en esta materia el Derecho Penal para ese control y

(28) En contra, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 55 ss., pues afirma que una configuración tal del bien jurídico supondría la consideración del tipo como una mera infracción administrativa elevada a la categoría de delito, y no está de acuerdo en que el interés de la Administración en el control de los flujos migratorios pueda ser elevada a la categoría de delito.

además ha producido un efecto criminógeno como ya he señalado. Habría que acudir a otras medidas de tipo social –información a los futuros inmigrantes con la colaboración internacional de los países de origen– y de tipo jurídico –políticas de fácil acceso a la inmigración legal– para alcanzar ese control de los flujos migratorios adecuado a la capacidad de absorción por parte de los países de destino. El Derecho Penal debería de intervenir en la protección de los derechos fundamentales de los individuos, como personas, ya sean extranjeros o españoles, que pueden verse lesionados como consecuencia del tráfico de personas en los movimientos migratorios cuando son objeto de mercancía su vida, su integridad física, su libertad o su dignidad. Derechos fundamentales que se protegen actualmente, a mi juicio, en los tipos agravados.

Con lo que la conducta del tipo básico actual, a mi juicio, sobraría. Se debería construir un tipo básico en el que el ánimo de lucro deviniese en elemento subjetivo del tipo: se excluirían así las conductas de favorecer y promocionar la inmigración clandestina con fines humanitarios o altruistas. En torno a dicho tipo básico, en el que se partiría de una afección a un bien jurídico de carácter individual, debería preverse conductas agravadas, como la puesta en peligro de la vida o la integridad física de los sujetos pasivos, la explotación de mano de obra, la explotación sexual, la minoría de edad o la incapacidad del sujeto pasivo, el prevalecerse de la condición de funcionario y el pertenecer el sujeto activo a una organización criminal. Esta configuración del bien jurídico protegido requeriría otra ubicación sistemática de este título en el Código Penal, no dentro de los delitos contra la sociedad sino dentro de los delitos contra las personas, pues se estaría tipificando exclusivamente lo que se entiende desde el ámbito internacional por trata de seres humanos.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad también abogaría por la supresión de este tipo básico y por la negación de que el bien jurídico protegido fuera el control de los flujos migratorios, teniendo en cuenta las infracciones administrativas que se prevén desde el Derecho Administrativo. Así, estas infracciones administrativas requieren más elementos para su comisión que el precepto penal del artículo 318 bis.1, ya que aquéllas exigen el ánimo de lucro. De esta manera, la represión actual penal impuesta por el 318 bis abarcaría más conductas de las que son sancionables administrativamente, coincidiendo en muchas ocasiones.

La jurisprudencia no se pronunció sobre el bien jurídico que se protegía en el artículo 318 bis del Código Penal introducido

por la LO 4/2000. Con posterioridad a la reforma introducida por la LO 11/2003, tampoco existen pronunciamientos que de manera clara y coherente declaren el objeto de protección de este tipo. Muy por el contrario, las contradicciones y ambigüedades a las que da lugar la nueva regulación se plasman en las distintas resoluciones jurisdiccionales que tratan de aplicar esta nueva normativa. Por un lado, hay una resistencia clara en declarar que lo que se protege son los intereses estatales; por ello los distintos órganos judiciales fundamentan la reforma en la lucha contra la explotación de los inmigrantes auspiciada por las desigualdades entre países desarrollados y pobres; en la lucha contra las redes mafiosas que giran en torno al fenómeno migratorio; en la protección de la dignidad humana; en la protección del derecho que tiene todo inmigrante legal a alcanzar una plena integración social evitando que se abuse de su situación de necesidad, etc. (29). Fundamentos que, a mi entender, serían aplicables respecto de los tipos agravados pero no para el tipo básico. Pero, por otro lado, como señalaré a continuación, la mayoría de las sentencias recaídas sobre esta materia dictadas en el año 2004, exigen para la aplicación del tipo básico, y por supuesto de los tipos agravados, las conductas de favorecimiento, promoción y facilitación al tráfico ilegal, esto es, al traslado de población a España, en tránsito o fuera de España, infringiendo la normativa administrativa al respecto, sin requerir la prueba de afección a un bien jurídico individual en el caso del tipo básico (30). Parece que la práctica jurisprudencial avala la postura aquí mantenida de *lege lata* sobre el bien jurídico protegido en el tipo básico, esto es, los intereses estatales en el control de los flujos migratorios.

(29) Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, de 18 de diciembre de 2003 y de 30 de julio de 2004; de la Audiencia Provincial de Melilla, de 6 de mayo de 2004 y de 15 de diciembre de 2004; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 1 de julio de 2004 y de 30 de octubre de 2004, y de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004.

(30) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de mayo de 2004, en la que se niega la existencia del delito del artículo 318 bis, pues el traslado de población inmigrante se hizo desde Cádiz a Almería, y por tanto, no consta que los sujetos enjuiciados hubieran participado o colaborado en la entrada ilegal a territorio español. Este supuesto plantea la contradicción manifestada en las distintas resoluciones, pues el traslado de población inmigrante, que ha llegado de manera ilegal a España, desde Cádiz a Almería con ánimo de comerciar con ellos, de explotarles y de aprovecharse de su especial situación de vulnerabilidad no fundamenta la aplicación del 318 bis, lo que confirma la postura aquí mantenida. En similar sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 18 de junio de 2004.

B) Tipo básico

El artículo 318 bis. 1 del Código Penal establece lo siguiente:

«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 será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión» (31).

Como ya se ha señalado por parte de la doctrina la estructura de dicha disposición es la de configurarse como una norma penal en blanco, pues la legalidad o ilegalidad de dicho tráfico se determina al margen del Derecho Penal: en concreto, se determina por la LO 4/2000, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España (32).

La reforma introducida por LO 11/2003 del 318 bis. 1, se centra fundamentalmente en los siguientes puntos: se agravan las penas del tipo básico; y se amplía más aún la conducta típica del tipo básico, incluyéndose los comportamientos de ayuda a la inmigración clandestina.

Comenzando por el análisis del tipo objetivo hay que señalar, en primer lugar, que el sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, salvo la autoridad, agente de ésta o funcionario público, pues su conducta daría lugar al tipo agravado. Por ello, el 318 bis. 1 es un delito común. No obstante, se debe indicar que desde el punto de vista penal no se castiga al inmigrante ilegal, si bien éste será sancionado administrativamente con la expulsión.

La cuestión de determinar el posible sujeto pasivo de este delito no está tan clara, pues en este punto la doctrina se halla dividida. Por una parte, se aboga por la postura de no requerir ninguna cualidad especí-

(31) Según la modificación introducida por LO 11/2003. El anterior texto del tipo básico del artículo 318 bis introducido por LO 4/2003 era el siguiente: *«1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses»*. Sobre el iter parlamentario de introducción del 318 bis en la LO 4/2000, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 183-185.

(32) En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.^a edición, Valencia, 2004, p. 356. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de León 81/2003, de 19 de noviembre. En contra, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 81-87, para quien la ilegalidad del tráfico no se refiere a la infracción de la normativa administrativa sobre entrada, permanencia y salida, sino a la realización del traslado en términos tales de poder afectar a los derechos de los ciudadanos extranjeros, teniendo en cuenta la rúbrica.

fica en el sujeto pasivo, de tal manera que puede ser cualquiera (33): dicha postura se sustenta por el tenor literal del artículo 318 bis. 1. La otra postura al respecto, mayoritaria, defiende que el sujeto pasivo del delito sea el extranjero no comunitario, pese al tenor literal del precepto: se afirma que la rúbrica «delitos contra los derechos de los extranjeros» y razones sistemáticas fundadas en la norma legal que ha introducido el precepto, ley especial dedicada a los extranjeros, abogan por tal limitación del sujeto pasivo del 318 bis.1 (34).

De esta última postura se hace partícipe Villacampa EstiarTE, aunque opina, acertadamente a mi entender, que si el artículo 318 bis se refiere a la trata de seres humanos no deberían de 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 (35).

Desde la postura aquí mantenida sobre el bien jurídico protegido en el tipo básico, el sujeto pasivo del delito sería el Estado, pues es el titular de los intereses que se protegen realmente. No obstante, el hecho de que en la reforma introducida por LO 11/2003 se relacione esas conductas incriminadas con la inmigración clandestina parece

(33) En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.ª edición, Valencia, 2004, p. 357, 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; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp.96-97, bajo el argumento que el español pueden ser considerado con relación al tráfico como ciudadano extranjero (en cuanto que se encuentre en territorio extranjero o su tráfico se dirija a territorio extranjero).

(34) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 302; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, 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. 189-190. Las distintas resoluciones judiciales también se han pronunciado en este sentido, al requerir que el sujeto pasivo del 318 bis sea un extranjero, quedando excluidos a quienes no sea de aplicación la normativa administrativa en la materia, cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 20 de octubre de 2000; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 29 de junio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 30 de junio de 2004.

(35) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 203-204; 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*, 3.ª edición, Aranzadi, 2004, p. 1649.

confirmar que se está pensando en un objeto material concreto: en el extranjero, pues para los españoles no está restringido el derecho a la entrada o tránsito al territorio español. Esta es la postura que en mi opinión mejor se ajusta a la interpretación que defiendo de *lege lata* sobre el bien jurídico protegido y la conducta típica.

Respecto de las conductas típicas que abarcaría el tipo básico del 318 bis, lo primero que cabe destacar es su amplitud. Como se desprende del tenor literal del precepto, en principio, cualquier conducta relacionada con el tráfico ilegal de personas quedaría abarcada por el tipo. De ahí que se afirme que es un tipo en el que se adopta un concepto unitario de autor, al elevar conductas de participación (favorecer, facilitar) a tipos de autoría. También se ha afirmado que es un tipo de mera actividad, tipo de consumación anticipada (en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, 103/2000, de 20 de octubre) (36). La posibilidad de admitir formas de imperfecta ejecución o de complicidad se reduce considerablemente debido a la amplitud de las conductas que quedan incriminadas en este tipo; de ahí que algún autor y alguna decisión jurisdiccional han negado tales posibilidades (37). No obstante, de manera mayoritaria no se veda tales apreciaciones (38). La

(36) En tal Sentencia se condena a un sujeto por el artículo 318 bis. 1, por constituir un acto de promoción o favorecimiento al tráfico ilegal de personas el ocultamiento de un inmigrante en el interior de un colchón, cuyo delito quedó consumado aunque no lograra llegar a la Península, al haber sido interceptado en Ceuta, pues la finalidad de trasladar a una persona en esas condiciones no era otra que eludir los controles y los requisitos de entrada que establece la legislación administrativa.

(37) En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.ª edición, Valencia, 2004, pp. 357-358 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 15 de diciembre de 2004, en donde se declara tajantemente que no cabe la tentativa. En similar sentido y respecto a las formas de imperfecta ejecución se ha pronunciado, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 92-94, 100, quien, no obstante, requiere para la consumación del delito el inicio del tráfico, con lo que los actos preparatorios quedarían impunes como ofrecer el viaje, organizar el viaje, etc., ello con la finalidad de limitar la amplitud del tipo.

(38) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 305; RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 61 ss., 74, 86-87, quien requiere para la consumación la puesta en marcha del desplazamiento de los extranjeros, cabiendo tentativa en todos aquellos casos en los que el movimiento migratorio no se produce por causas independientes a la voluntad del sujeto. Respecto de la complicidad, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 92-94, 100, la admite para aquellos sujetos que contribuyan de una manera no significativa en cuanto a la creación o mantenimiento de las condiciones de ilicitud en el traslado; por el contrario, las contribuciones signi-

jurisprudencia también ha calificado al tipo del 318 bis como tipo de peligro abstracto (39).

Esta ampliación desmesurada del tipo ha sido criticado por la doctrina, en el sentido de que va en contra del mandato de certeza, determinación y proporcionalidad (40). A juicio de Muñoz Conde las conductas típicas están descritas de tal forma que abarquen toda intervención en el tráfico, por lejanas que estén del mismo (de estructura muy parecida a las del narcotráfico), con lo que es superflua la expresión directa o indirectamente, y con ello se convierten en delito consumado y en conductas de autoría actos como el comenzar el transporte a España de un grupo de emigrantes clandestinos, o incluso el de comprar una patera o contratar a las personas que deben manejarla (41).

ficativas respecto a la ilicitud del tráfico (vulneración de los derechos de los extranjeros) constituirán conductas de participación elevadas a conductas de autoría por el 318 bis. 1. En este último sentido se pronuncia la STS de 26 de diciembre de 2003, en la que se califica la participación de un acusado como complicidad del artículo 318 bis por haber colaborado en la recepción en España de muchos compatriotas, al alquilarles la casa y darles la manutención con conocimiento de su situación de irregularidad. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de noviembre de 2004, establece que pese a ser un delito de mera actividad que dificulta la apreciación de formas de participación o de tentativa, este tipo no las impide de forma absoluta.

(39) En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 15 de diciembre de 2004.

(40) Entre otros, SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5. El Extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la Ley orgánica 4/2000), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 390; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 88-91, quien apunta que la amplitud de las conductas está justificada desde un punto de vista material pero no dogmático, teniendo en cuenta el principio de legalidad y proporcionalidad; propone limitar dicha amplitud acudiendo al criterio del bien jurídico protegido, de tal manera que serán típicas sólo aquellas conductas que presenten cierta idoneidad para propiciar las privaciones de los derechos de los extranjeros que hacen ilegal el tráfico; 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*, 3.ª edición, Aranzadi, 2004, pp. 1648-1649, quien propone una interpretación del tipo lo más restrictiva posible, exigiendo en todo caso la afectación a un bien jurídico individual como es la dignidad humana. No obstante, la jurisprudencia ha interpretado ampliamente el artículo 318 bis, incluso antes de su última modificación, no exigiendo ni siquiera que conste que los condenados hubiesen tenido relación con quienes los han introducido ilegalmente en España (STS de 17 de septiembre de 2003, RJ 2003/6505).

(41) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.ª edición, Valencia, 2004, pp. 357-358.

Por el contrario, según Villacampa Estiarte los adverbios directa e indirectamente introducidos en la reforma de la LO 11/2003, responden quizás a la Directiva 2002 y a la Decisión Marco 2000/629, al significar que tanto la instigación como la complicidad y la tentativa sean punibles con relación a los comportamientos en ellas descritos; pero constata dicha autora que 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 318 bis sigue configurándose como un tipo de consumación anticipada y con un concepto unitario de autor, que la normativa comunitaria no exige (42).

En mi opinión, de acuerdo con el tenor literal del precepto, en el que se elevan a categoría de autor conductas de participación y en el que no se exige la producción de algún resultado ni siquiera la puesta en peligro de derechos individuales, se debe interpretar de *lege lata* que cualquier conducta de promoción, facilitación o favorecimiento al tráfico ilegal o inmigración clandestina consume el tipo del artículo 318 bis, con lo que no se exige ni siquiera para tal consumación que se inicie el tráfico o la inmigración clandestina. Otra cosa es que de *lege ferenda* se defienda esa restricción del tipo en aras a respetar los principios de *ultima ratio* y proporcionalidad, pero según la regulación actual creo que dicha interpretación restrictiva va más allá del tenor literal y de la voluntad del legislador.

En todo caso, dichas acciones (promover, favorecer o facilitar el tráfico desde, en tránsito o con destino a España, que no la permanencia (43) deben de ir conectados con otros dos conceptos que habría que delimitar para saber exactamente cuando estamos ante la comisión de estos delitos y para perfilar concretamente lo que se está protegiendo. Dichas conductas (promover, favorecer, facilitar) deben de referirse a un acto de «tráfico ilegal» o a la «inmigración clandestina». Conceptos en los que no se ha alcanzado un consenso en la doctrina a la hora de definirlos, sobre todo respecto de lo que debe entenderse

(42) Cfr. 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*, 3.^a edición, Aranzadi, 2004, pp. 1648-1651.

(43) En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 69; GUARDIOLA GARCÍA, J., «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)», en *Derecho y Proceso Penal, Aranzadi*, 2005-1, núm. 13, pp. 21-22.

por «tráfico ilegal» de personas o de extranjeros. Ello debido también a que las distintas normas internacionales que regulan conductas relacionadas con este tipo de delitos no utilizan de forma homogénea los diferentes términos a la hora de castigar dichas conductas. Así, tanto en los Protocolos de la ONU contra el tráfico de personas como en la normativa comunitaria no hay uniformidad a la hora de definir los términos de trata de personas, tráfico de personas e inmigración clandestina (44).

En este último punto cabe destacar dos posturas claramente diferenciadas: Por un lado, la de aquellos que identifican tráfico ilegal con la trata de personas (diferenciando dichas conductas de la inmigración ilegal), es decir, el traslado poblacional producido en circunstancias que atentan contra la dignidad de los trasladados, libertad sexual, etc., incumpliendo las normas que regulan tanto el cruce de fronteras como la permanencia de ciudadanos extranjeros, bajo el argumento de que lo que se protege en este título, según la rúbrica, son los derechos de los extranjeros y no los intereses estatales (45). Y por otro lado, la postura mantenida por parte de la doctrina (46), que incluía ya en la regulación del artículo 318 bis según la LO 4/2000, en el concepto de tráfico ilegal cualquier traslado de inmigrantes infringiendo la norma-

(44) Cfr. Sobre el concepto de dichos términos en los instrumentos internacionales, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 19-21; 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*, 3.^a edición, Aranzadi, 2004, pp. 1645-1648; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 195-198, 200-202. El término tráfico es utilizado por el Protocolo contra el Tráfico de Inmigrantes por Tierra, Mar y Aire a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, pero la normativa europea no suele aludir a dicho término, sino que distingue entre inmigración ilegal y trata de seres humanos.

(45) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 188, 189; LEÓN VILLALBA, de, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, 2003, Tirant lo Blanch, pp. 20 ss y 61; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 81-87. Esta interpretación es, en mi opinión, difícilmente sostenible tras la reforma de 2003, que castiga el tráfico ilegal al igual que la inmigración clandestina.

(46) En este sentido: SERRANO PIEDECASAS, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, Tirant lo Blanch, p. 334; RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 63; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *AP*, 2002, núm. 29, p. 739.

tiva administrativa sin necesidad de que se produzca en circunstancias determinadas, esto es, identificaban tráfico ilegal con inmigración clandestina, pese a que dicha amplitud era criticado por esta parte de la doctrina. Esta última postura se fundamenta en la tipificación de los tipos agravados en los que se incluía y se incluyen las conductas de trata de personas.

Las distintas resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre la aplicación del artículo 318 bis, se hacen partícipe del último criterio anteriormente planteado, pese a que no se reconozca que el bien jurídico protegido sean los intereses estatales en el control de los flujos migratorios. De esta manera, incluso antes de la reforma por la LO 11/2003 (47), los distintos órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar el tipo básico y los correspondientes tipos agravados, entran en el examen de si estas conductas de promoción y ayuda se refieren a la entrada –tránsito o salida– en territorio español infringiendo la normativa administrativa (48); así, si la entrada en territorio español ha sido conforme a las leyes administrativas, se ha negado la aplicación del artículo 318 bis (49); también se ha negado su aplicación si no se

(47) Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 16 de junio de 2003 y de 13 de enero de 2003. También las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, de 13 de marzo de 2001 y de 26 de junio de 2002.

(48) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de diciembre de 2003, en la que sí se aprecia dicha conducta debido a que el inmigrante pretendía pasar la frontera ayudado por otras personas sin la documentación necesaria; Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 6 de mayo de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 30 de julio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004.

(49) En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 19 de noviembre de 2003, en la que se niega la existencia de tal delito pues los inmigrantes llegaron al Aeropuerto de Barajas con la documentación reglamentaria de turistas, pasaporte, con lo que entraron de forma legal en España. En contra de tal postura, minoritariamente se adopta por algunas resoluciones judiciales un concepto amplio de tráfico ilegal, en el que no se requiere que la entrada en territorio español sea incumpliendo la normativa administrativa, quizás porque se intenta castigar aquellas conductas de ayuda a la entrada aparentemente legales, pero que dan lugar a una serie de abusos para los extranjeros por parte de residentes españoles. En este último sentido, se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de diciembre de 2003 y Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de diciembre de 2003, ambas aplicando la normativa anterior a la reforma por LO 11/2004, en las que se castiga por delitos contra los derechos de los extranjeros, a sujetos, previamente concertados con determinadas agencias de viajes en los países de origen, que recogían a los inmigrantes que llegaban a territorio español, tanto al Aeropuerto como a una estación de autobuses, documentados, para cobrarles por un alojamiento y manutención en condiciones precarias y les prometían a cambio de una cantidad de dinero buscarles trabajo y arreglarles los papeles. A mi juicio, estas conductas no encajarían propiamente en el 318 bis sino en otros tipos penales, como tratos degradantes, esta-

demuestra que esas conductas han favorecido a la entrada ilegal en territorio español (50).

En mi opinión esta es la postura que debe mantenerse de *lege lata* sobre todo tras la reforma de la LO 11/2003, pues expresamente se recoge en el tipo básico la ayuda a la inmigración clandestina y creo que ésta debe identificarse con las conductas de tráfico ilegal (51), si no se quiere castigar con la misma pena conductas de distinta gravedad (traslado de población ilegal en comparación con el traslado de población ilegal atentando a bienes jurídicos personales, como la dignidad humana, la libertad sexual, etc.) (52).

No obstante, la doctrina sigue resistiéndose, aun después de la reforma, a no exigir la afección de bienes jurídicos de los extranjeros para delimitar la conducta típica del artículo 318 bis 1. Así por ejemplo, Villacampa EstiarTE propone una interpretación para evitar el concepto formal del tipo básico: y es que dicha conducta se realice con el abuso de una situación de necesidad, elemento del tipo básico que podría entenderse implícito. Dicha interpretación vendría apoyada, en opinión de dicha autora, por la desaparición de dicha circunstancia como una de las agravantes contenidas en el anterior artículo 318 bis (53).

fas, etc. Como se puede observar, la delimitación de la conducta típica por la jurisprudencia incurre en el casuismo, aplicando unas veces de manera restrictiva el tipo básico, otras de manera amplia.

(50) Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de mayo y de 18 de junio de 2004, en las que se absuelven a los sujetos en cuestión porque se acredita su colaboración en los traslados de inmigrantes de Cádiz a Almería, pero no consta que facilitaran la entrada ilegal en el territorio español, aunque facilitarían la permanencia ilegal. En cambio la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 29 de junio de 2004, señala que el tipo básico consisten en cualquier conducta de favorecimiento de la inmigración ilegal, ya se ejecuten para facilitar la entrada en cualquier parte del territorio español, o para su *traslado entre dos puntos de éste* o hacia el territorio de otro Estado, en todo caso tratando de eludir o habiendo eludido los requisitos de entrada en España que la legislación administrativa establece.

(51) En contra, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp.58-59.

(52) Como ocurre con la interpretación mantenida después incluso de la reforma por Ley 11/2003 por VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 200-202, quien delimita las conductas de tráfico ilegal, identificándolas con la trata de seres humanos (comportamientos atentatorios contra la dignidad humana) mientras que el concepto de inmigración ilegal se referirá a los movimientos transfronterizos que no atentan contra bienes jurídicos individuales sino contra el cumplimiento de las normas administrativas acerca de la entrada y permanencia de extranjeros, reconociendo, no obstante, que tal distinción no sirve para delimitar el tipo básico.

(53) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14,

Yo creo que tal interpretación no es adecuada por varios motivos: primero, sería desproporcional equiparar con las mismas penas el tráfico de personas que supone vulneración del derecho del extranjero a la dignidad con las conductas de inmigración clandestina en las que únicamente se protege el interés estatal en el control de los flujos migratorios; en segundo lugar, sería muy difícil distinguir este tipo básico de tráfico ilegal en el que se protegerían los derechos individuales del extranjero con los tipos agravados en los que sí se protegen éstos de una manera expresa; además, la mayoría de las conductas de favorecimiento y promoción a la inmigración clandestina que supongan un abuso de una situación de necesidad darían lugar a la aplicación de los tipos agravados.

No obstante, estoy de acuerdo con Villacampa Estiarte de que existe el peligro de que una interpretación del artículo 318 bis. 1 demasiado apegada a los movimientos migratorios ilegales pudiera evitar la inclusión en el mismo de comportamientos que podrían constituir auténticos supuestos de trata de personas con finalidad de explotarlas, sin necesidad de integrar formas de inmigración ilegal; por ejemplo, los que afectaran a nacionales de países de la UE o a nacionales del propio país donde se produce el tráfico, e incluso a nacionales de terceros Estados que entraran en territorio de la Unión cumpliendo formalmente con los requisitos administrativos pero siendo materialmente víctimas del tráfico. La referida dificultad, en opinión de dicha autora, podría solventarse por la vía interpretativa, aunque no sin dificultades, a juzgar por la rúbrica del Título XV bis (54). De ahí que de *lege ferenda* se abogue en este trabajo por una interpretación en la que las conductas a inculpar se refieren no tanto a las infracciones administrativas sobre entrada, tránsito o salida del territorio español, sino a la afeción de bienes jurídicos de carácter individual que pueden lesionarse como consecuencia del fenómeno migratorio. Pero de *lege lata*, a la vista del tenor de los preceptos y de la práctica jurisprudencial creo que no es sostenible dicha interpretación.

pp. 202-203; 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*, 3.ª edición, Aranzadi, 2004, pp. 1647-1648.

(54) VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, p. 206; 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*, 3.ª edición, Aranzadi, 2004, pp. 1651-1652.

La interpretación que aquí se defiende de *lege lata*, no obstante, presenta otras críticas de las que hay que ser consciente de cara a una futura reforma del precepto. Así, a mi juicio, infringe el principio de *ultima ratio* del Derecho y el principio de proporcionalidad como ya he señalado, e implica castigar las conductas de favorecimiento, promoción a la inmigración clandestina con fines altruistas o humanitarios, cuestión que parece ser rechazada por la mayoría de la doctrina.

Sin embargo, se debe señalar que desde las instancias políticas protagonistas de las reformas del Código Penal en esta materia, siempre se justificaba la incriminación de las conductas relacionadas con el tráfico de personas, en la afectación de los derechos de los ciudadanos extranjeros: es decir, la lucha contra la inmigración ilegal se justificaba por entender que los «únicos beneficios que del mismo se derivan son los que aprovechan a las redes de traficantes de seres humanos, a quienes comercien con el trabajo de las personas en régimen de semiesclavitud, y, en definitiva, a los que han encontrado en la inmigración ilegal una lucrativa fuente de ingresos» (55) (argumentos que, a mi juicio, justificarían los tipos agravados pero no el tipo básico); y en segundo término, se reconoce también que la lucha contra la inmigración ilegal, es además, una de las formas más eficaces para poder ir generando flujos legales y ordenados (56).

Por todas las críticas que merece la regulación actual del artículo 318 bis. 1 se propone de *lege ferenda* una reforma del Título XV bis para adecuarla a los principios que deben regir el Derecho Penal, *ultima ratio*, proporcionalidad, seguridad jurídica, prevención, etc., en el sentido de que se configure un tipo básico, en el que se castiguen conductas de autoría propiamente dicha, o a lo sumo de coautoría, y en las que se exija la afectación a bienes jurídicos personales de los sujetos que pueden ser objeto de un tráfico de personas. Ello, en mi opinión, bastaría con que se exigiese como elemento del tipo básico un elemento subjetivo específico como es el ánimo de lucro (57) (que

(55) GONZÁLES, J. I., «Política de Extranjería», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, 2003, *Extranjeros y Derecho Penal*, pp. 16, 18, 23, 27, 28.

(56) En este sentido, GONZÁLES, J. I., «Política de Extranjería», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, 2003, *Extranjeros y Derecho Penal*, pp. 16, 18, 23, 27, 28, quien señala además que las reformas penales se ajustan a los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión Marco del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular.

(57) Ello porque el ánimo de lucro es lo que realmente hace merecedora de sanción penal dichas conductas y no las que se hagan con fines altruistas o humanitarios, además, la realidad demuestra que es difícil imaginar un favorecimiento o ayuda a un inmigrante ilegal abusando de su situación de necesidad sin ningún fin lucrativo.

actualmente configura el tipo agravado). Además sería adecuado y conveniente no conectar dichas conductas exclusivamente con la inmigración ilegal, para abarcar otros supuestos de trata de seres humanos en los que no hay infracción de la normativa administrativa sobre entrada y salida del territorio nacional. Además eso evitaría problemas relacionados con la duplicidad de la infracción penal y la administrativa, que tendría que ser evitada en virtud del principio constitucional del *ne bis in idem*. Una buena técnica legislativa exige que la infracción penal sea distinta a la correlativa administrativa: bien porque el precepto penal protege un bien jurídico distinto, bien porque a la infracción administrativa se le añade un plus de desvalor que da lugar a la infracción penal.

En torno a este tipo básico se tendría que configurar tipos agravados por la concurrencia de determinadas circunstancias específicas que justificaran el aumento de penalidad, como la puesta en peligro de la vida o la integridad física de las personas, el empleo de violencia o intimidación, la explotación sexual, ser la víctima menor de edad o incapaz, pertenencia a organización criminal, etc. De esta manera, sí se podría afirmar que el Derecho Penal estaría protegiendo derechos individuales de las personas que pueden ponerse en peligro en las conductas de trata de seres humanos, que es, en mi opinión, lo penalmente relevante. Ello implicaría un cambio sistemático del actual Título, trasladándolo al correspondiente a delitos contra las personas (58).

Esta necesaria reforma se pone de manifiesto en las distintas resoluciones judiciales que aplicaron el artículo 318 bis según la redacción ofrecida por la LO 11/2003. La mayoría de dichos pronunciamientos, o por lo menos gran parte de ellos, se refieren a los casos más dramáticos de inmigración clandestina, como es la introducción de personas en territorio nacional a través de las conocidas «pateras», dando lugar en estos casos a la aplicación de los tipos agravados, puesto que en estos casos siempre se vulnera algún derecho fundamental de los sujetos pasivos. El tipo básico se ha aplicado en contadas ocasiones, sobre todo en aquellos casos en los que no puede demostrarse la existencia

(58) En parecidos términos se expresa VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 207-208, quien propone que habría que diferenciar las conductas de trata de personas que se deberían de incluir entre los delitos contra la integridad moral, de los actos relacionados con la inmigración clandestina que se deberían de ubicar entre los delitos económicos por referirse a la afectación de la política de flujos migratorios, ya que desde la normativa comunitaria también cabe deducir que puede constituir materia penal la protección de los intereses estatales.

de ánimo de lucro, que son muy frecuentes en la práctica. Quizás sea este el fundamento de configurar tal y como está por parte del legislador este tipo básico, para incriminar las conductas que «posiblemente» lesionan bienes jurídicos personales (conductas de tráfico ilegal en las que se sospecha que media ánimo de lucro), pero no es posible probar esa afección en el juicio. Así se ha subsumido en el tipo básico el caso de introducción de un inmigrante ilegal en territorio español en un coche oculto en el lugar natural destinado al depósito de combustible (59). No obstante, cuando el favorecimiento consiste en la introducción en territorio español de inmigrantes por medio de vehículos a motor la jurisprudencia vacila entre aplicar el tipo básico y el tipo atenuado, como analizaré con posterioridad, quizás consciente de la desproporcionalidad de penas impuestas por el legislador del año 2003. Esta puesta en práctica de los tipos parece apoyar la postura aquí mantenida de *lege ferenda*, el tipo básico se queda prácticamente vacío de contenido, pues la jurisprudencia aplica los tipos agravados y los tipos atenuados, además porque en la práctica aquéllos constituyen las conductas más frecuentes y más reprochables, y por tanto, merecedoras de sanción penal.

Respecto del tipo subjetivo del artículo 318 bis. 1 del Código Penal se exige el dolo, 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 (60). Según Serrano Piedecosas el tipo requiere dolo directo «dado que estamos aquí ante una figura hartamente necesitada de restringir su ámbito de aplicación» (61).

(59) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 6 de mayo de 2004, en este supuesto no se probó el ánimo de lucro ni ninguna otra circunstancia cualificativa de la responsabilidad penal y se le impuso al sujeto conductor de dicho vehículo una pena de cuatro años de privación de libertad. Pena, a mi entender, totalmente desproporcionada.

(60) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 302.

(61) SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5. El Extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la Ley orgánica 4/2000), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 390. En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 74, quien apunta que dogmáticamente cabe la comisión con dolo eventual, pero desde el punto de vista de la política-criminal no es conveniente admitirlo; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 99-100.

Rodríguez Montañés, afirma que el error sobre los presupuestos objetivos que fundamentan la ilegalidad es un error de tipo del artículo 14.1 que conlleva la impunidad, pues la imprudencia no está castigada. Si se trata de un error sobre la propia ilegalidad o de un error de subsunción, ha de tratarse como un error de prohibición del artículo 14.3: así, si una persona facilita el viaje a España a otra creyendo que esta última tiene permiso de trabajo y residencia, cosa que es falsa, se trataría de un error de tipo; si lo que desconoce es que facilitar la venida de inmigración ilegal es ilegal, estamos ante un error de prohibición (62).

Sobre la prueba de este elemento subjetivo del delito –conocimiento de la ilegalidad del tráfico de personas y voluntariedad o finalidad de la conducta dirigida a promover, favorecer o facilitar el tráfico–, hay que destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, 38/2001, de 19 de febrero de 2001. En esta resolución se niega que concorra dicho elemento debido a que de los hechos no se puede deducir que el acusado conociera que estuviera favoreciendo el tráfico ilegal de la persona que viajaba en su vehículo, pues no utilizó ningún sistema de ocultación frente a la policía, ya que viajaba como copiloto. No sucede lo mismo en la Sentencia de la misma Audiencia, 103/2000, de 20 de octubre, en la que sí se afirma la existencia de ese elemento subjetivo debido a que el ilegal iba oculto entre colchones en un agujero previamente realizado en la baca del vehículo del acusado, negándose éste a que fuera su vehículo inspeccionado por la Guardia Civil. Además, estaba el hecho de que el vehículo estaba en un parking y el ilegal no tenía conocimiento del destino de dicho vehículo si no había sido previamente informado por el conductor. En resumen, los órganos judiciales parten de los datos objetivos (como la forma en que se lleva a cabo el traslado) para constatar la existencia de este elemento subjetivo del tipo, el dolo.

Las penas para el tipo básico y también para los agravados han sufrido una importante agravación a partir de la modificación introducida por la LO 11/2003, llegando a preverse un marco penal para el tipo básico de una pena privativa de libertad de 4 a 8 años. Respecto de esta modificación, se ha criticado la desproporción de penas que supone con relación a las previstas en la normativa comunitaria, lo que a mi juicio contribuye a la no armonización entre las distintas normativas de los Estados miembros (63). Como he señalado con anterioridad, las penas

(62) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001.

(63) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 204-205.

mínimas que imponen las Decisiones Marcos son de ocho años pero para los supuestos respecto de los cuales nuestro Código Penal los tipifica como subtipos agravados, con lo que el mínimo de pena exigido en la normativa comunitaria se cumple según nuestra legislación ya en el tipo básico. De ahí que Villacampa EstiarTE justifique la novedosa previsión del tipo atenuado del 318 bis, en las penas tan desproporcionales previstas para el tipo básico y para los tipos agravados, además de para incluir los supuestos cuya finalidad del tráfico sea de carácter altruista o humanitario, aunque en tales supuestos quizás lo que habría que plantearse sea su irrelevancia penal, teniendo en cuenta además que eso es lo que se recomienda en la Directiva 2002/90 en los supuestos de ayuda a la entrada o al tránsito de ilegales (64).

En definitiva han sido tales las críticas vertidas por la doctrina sobre todo en lo que se refiere a la delimitación del tipo básico del 318 bis, mayores que respecto de los tipos agravados, que se deben tomar en serio las distintas propuestas adoptadas por la doctrina de *lege ferenda* para una futura reforma de dicha normativa.

C) Tipos cualificados

La Ley Orgánica 11/2003 también ha introducido modificaciones respecto de la regulación de los tipos agravados del 318 bis (65) y ha previsto un nuevo tipo atenuado (66). Dicho artículo estipula lo siguiente:

(64) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 204-205. De esta misma opinión, RELAÑO PASTOR, E., «¿Sancionar al Inmigrante o Proteger las Fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la Unión Europea (I), (II)», en *La Ley*, de 14 de mayo de 2004, pp. 4-5.

(65) Constituyendo tipos agravados pese a que algún autor ha señalado que hubiera sido preferible que el 318 bis. 1 y el 318 bis. 2 se configurasen como tipos autónomos en los que el número 1 recogiese conductas de participación en el tráfico y el número 2 se refiriesen a conductas propias del tráfico para justificar la diferente penalidad entre un número y otro; en este sentido, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 79-80. Creo que dicha interpretación no sería correcta y no justificaría la distinta penalidad, pues respecto a las conductas más graves, las de los tipos agravados, se estaría adoptando un concepto estricto de autor y respecto de las conductas más leves, la del tipo básico, se estaría adoptando un concepto amplio de autor.

(66) El anterior texto del artículo 318 bis.2 y siguientes introducido por LO 4/2003 era el siguiente: «2. *Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.* 3. *Se*

«2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez 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 prevaleciendo 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 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.»

Las reformas de los tipos agravados se puede resumir como sigue: se refunden determinadas agravaciones; se eliminan otras como la del abuso de la situación de necesidad; se incluyen el abuso de situación de superioridad o situación de especial vulnerabilidad de la víctima; en el apartado 5.º se incorpora una hiperagravación, cuando los sujetos activos sean los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones criminales; se elimina el artículo 188.2.^a (que coincide en términos generales con la nueva agravación del apartado segundo del nuevo 318 bis); se suprime por LO 15/2003, el apartado 6.º del artículo 515 (introducido por LO 4/2003), quedando abarcado tal supuesto por el apartado 5.º del artículo 318 bis.3 con la

impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud, o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades». Sobre el iter parlamentario de introducción del 318 bis en la LO 4/2000, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 183-185.

nueva redacción de la LO 11/2003; se prevé la posibilidad de aplicar alguna o algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP (apartado tercero del 318 bis.5.º); y finalmente, se incorpora una atenuante en el artículo 318 bis.6.º (67).

Respecto de estos tipos cualificados también se han formulado críticas debido a su deficiente técnica legislativa, incluso con anterioridad a la reforma de la LO 11/2003, en el sentido de que no se permitía que cualificaciones que debieran poder aplicarse cumulativamente lo sean efectivamente, además de colocar en el mismo nivel de gravedad circunstancias cualificantes que merecerían un tratamiento diverso (68). Dicha crítica se puede también mantener tras la reforma, pues el número 3 del artículo 318 bis aglutina en una sola cualificación, equiparándose en pena y sin posibilidad de apreciarlas de manera cumulativa, circunstancias de distinta naturaleza y gravedad.

Por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se ha introducido como primer supuesto agravado, en el apartado 2 del artículo 318 bis, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina «*con propósito de explotación sexual*». Para Muñoz Conde la pena de prisión de cinco a diez años parece excesiva, en la medida en que no se requiere que la explotación sexual haya tenido lugar. Si esta explotación llegara a producirse habrá un concurso ideal medial con el respectivo delito de coacción a la prostitución, proxenetismo, etc. (69). Dicha solución, en mi opinión, parte de la consideración de que en este tipo del 318 bis.3 el bien jurídico protegido no sólo es la libertad sexual sino los intereses estatales en el control de los flujos migratorios, pues si sólo se protegiesen bienes jurídicos personales, habría que acudir a un concurso de normas con los delitos relativos a la prostitución, a las agresiones sexuales o a los abusos sexuales. Con tal introducción y la supresión correlativa del artículo 188.2.º, que se refería a la inmigración con fines de explotación sexual, se llega a una regulación más

(67) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 198-199.

(68) En este sentido, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 190-191, 205; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 104, además apunta que es difícil imaginar un supuesto de tráfico ilegal en el que no concurra alguna de las circunstancias agravadas del 318 bis, con lo que en la realidad el tipo básico se quedará vacío de contenido por la deficiente configuración del tipo básico y de los tipos agravados.

(69) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.ª edición, Valencia, 2004, p. 358.

sistemática y se evitan los problemas concursales que existían antes de la reforma (70).

El apartado 3 del artículo 318 bis refunde ahora las cualificaciones contenidas antes de la reforma de 2003 en los números 2 y 3; amplía los supuestos; y aumenta los marcos penales. Con la redacción actual, se impone la pena en su mitad superior cuando las conductas descritas en los apartados 1 y 2 se realicen con «ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o cuando la víctima sea menor o incapaz, o se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas».

El «ánimo de lucro» ha sido definido por la doctrina como el percibir o buscar un precio, remuneración o ventaja económica (71). Estoy de acuerdo, como ya he señalado, con Palomo del Arco 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» (72). De ahí que resulte desproporcionado también equipararlo en gravedad a los supuestos de empleo de violencia e intimidación. La previsión de dicha agravación avala la tesis aquí mantenida en el sentido de que en el tipo básico no se protegen los derechos de los extranjeros y sí intereses estatales, aunque de *lege ferenda* se proponga que dicho elemento sea exigible para la apreciación del tipo básico.

En cambio considera Rodríguez Montañés, que dicha agravación se fundamenta en un mayor desvalor subjetivo de la acción: «finalidad espuria especialmente disvaliosa si se tiene en cuenta que se está

(70) Vid. el estudio sobre este tipo agravado, GUARDIOLA GARCÍA, J., «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del artículo 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)», en *Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, 2005-1, núm. 13, pp. 23-26; BAUCCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho Penal ante el fenómeno migratorio», en *Derecho y Proceso Penal*, 2005-1, núm. 13, pp. 54-56.

(71) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 309; RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 95; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 105-107.

(72) Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada e inmigración ilegal», en la obra que recoge la documentación del curso sobre *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. Parece apoyar esta idea, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.^a edición, Valencia, 2004, p. 358, al definir el tráfico ilegal contenido en el tipo básico como el acto de comerciar...

comerciendo con personas» (73). Rodríguez Mesa (74), justifica la agravación del ánimo de lucro en que responde a una realidad social en la que el tráfico con seres humanos se ha convertido en una actividad más rentable que las de drogas o armas, estimándose los beneficios obtenidos en cientos de millones de pesetas anuales. El fundamento penal para esta autora de tal agravación es la mayor reprochabilidad de la conducta antijurídica cuando se comete un delito por puro interés.

Los órganos jurisdiccionales han definido el ánimo de lucro del artículo 318 bis. 3 como «cualquier provecho o utilidad de naturaleza económica que se pretende obtener con el tráfico ilegal de personas» (75).

Otra agravación que queda amparada por este número 3 del artículo 318 bis es el «*empleo de violencia, intimidación o engaño*». Conde-Pumpido 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. La violencia puede proyectarse sobre un tercero (76). Se ha definido la violencia como el acometimiento físico de carácter agresivo, esto es, las conductas constitutivas de falta de maltrato de obra, siendo éste el umbral mínimo para aplicar este tipo cualificado, de tal manera que si esta fuerza física llega a poner en peligro concreto la vida, la salud o la integridad de las personas estaremos ante el siguiente tipo agravado (77).

Respecto a la agravación por la concurrencia del engaño, apunta Rodríguez Mesa que si bien es cierto que «el consentimiento de la

(73) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001.

(74) Cfr. RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 95-99.

(75) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 1 de julio de 2004.

(76) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 309. En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 100; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, 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 concurren durante el desplazamiento para imponerles la privación de derechos que convierte al tráfico en algo ilegal.

(77) En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 101.

víctima es irrelevante a los efectos del delito de tráfico ilegal de personas, no sólo porque se trate de derechos de carácter irrenunciable, sino por la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido [...] ello no es óbice para apreciar la relevancia del engaño, pues aquí hay un mayor desvalor como el que supone la afectación a la libre decisión de la víctima» (78). Desde la perspectiva de *lege ferenda* que aquí se propone, el consentimiento de la víctima sin ninguna afección a algún bien jurídico individual, esto es, la ayuda a la inmigración clandestina sin ánimo de lucro, sí sería relevante para considerar dichas conductas atípicas desde la perspectiva de este delito. Ahora bien, el engaño sería relevante en la medida en que supondría un vicio en ese consentimiento y en tales casos conllevaría la afección a bienes jurídicos individuales, lo que justificaría la aplicación del tipo básico. No obstante, la práctica ha demostrado que normalmente dichas acciones –los engaños– se realizan con fines de explotación laboral, sexual, económica, etc., y he aquí cuando supondría un mayor desvalor de acción que justificaría la aplicación del correspondiente tipo cualificado. Parecen impensables acciones de ayuda a la inmigración clandestina con fines humanitarios o altruistas en las que mediara el engaño. Por todo ello, en la propuesta que aquí se realiza de *lege ferenda* no encontraría mucha justificación la agravante de engaño por sí sola.

«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». Se elimina con la reforma la agravación consistente en el abuso de una situación de necesidad. No creo que ello sirva de fundamento para defender que dicha supresión obedece a que dicha circunstancia se exige como consustancial al tipo básico, y así requerir respecto de éste la afección de bienes jurídicos personales. Creo que el abuso de una situación de necesidad se puede equiparar al abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima. No obstante, cabe realizar también una observación en relación con la agravante de especial vulnerabilidad de la víctima atendiendo al criterio jurisprudencial que sirve de fundamento para su aplicación. Así, se ha aplicado en los supuestos de ayuda a personas que tratan por todos los medios de salir de sus países de origen ante la situación angustiosa en la que viven, sin medios para subsistir. Bien, siguiendo este criterio el tipo básico se quedaría vacío de contenido, pues dicha circuns-

(78) RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 103-104.

tancia se puede aplicar a casi todos los inmigrantes ilegales. Ahora bien, se observa que en las distintas resoluciones jurisdiccionales, la agravante se aplica cuando los sujetos objetos del tráfico son subsaharianos (79).

Respecto a la puesta en peligro para los bienes jurídicos personales, señala Rodríguez Montañés (80), que es un delito de peligro concreto para la vida, la salud o la integridad de las personas objeto del tráfico (piénsese en el caso de las pateras). Parece ser esta también la postura adoptada por la jurisprudencia, en el sentido de que se ha determinado su aplicación cuando hay constancia de una situación concreta de puesta en peligro para el bien jurídico, que habrá que determinarse por los «parámetros de la previsibilidad del resultado y cuya entidad dependerá del número de posibles afectados y del tipo de lesión, con un desprecio por parte del sujeto activo de las más elementales normas de seguridad» (81).

Según Conde-Pumpido (82), en los supuestos en que el peligro determine efectivamente un resultado lesivo o mortal, procede sancionar los hechos como concurso de delitos. Si el peligro se ocasionó de modo general a varios inmigrantes y uno de ellos fallece como consecuencia de las condiciones del transporte, el concurso se producirá entre la modalidad agravada y el delito de homicidio (83). Si el peligro únicamente afectaba a la víctima, por ser la única persona objeto del tráfico, el concurso se producirá entre la modalidad básica y el

(79) En este sentido, *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 9 de junio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, núm. 102/2004, de 10 de junio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 30 de septiembre de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, núm. 105/2004, de 10 de junio de 2004, aunque en este caso se aplica siendo los individuos objeto del tráfico de origen marroquí.

(80) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001. En este sentido también, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 106, exigiendo un resultado que debe probarse y no puede presumirse, consistente en la creación de una situación de riesgo para un bien jurídico concreto e individualizado.

(81) En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 1 de julio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 1 de julio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 30 de septiembre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 7 de octubre de 2004.

(82) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 312. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 107-108.

(83) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004.

resultado de muerte, pues en este caso el resultado absorbe el peligro previo. Dichas circunstancias agravantes se vienen aplicando en el caso de tráfico ilegal que se lleva a cabo a través de las conocidas «pateras», pues como se argumenta, con acierto en mi opinión, normalmente este medio de transporte no sólo pone en peligro la vida y la integridad de las personas sino que en muchas ocasiones se lesionan esos bienes jurídicos (84).

Los apartados 4 y 5 del 318 bis contienen dos agravaciones para los casos en que «*el sujeto activo, sea autoridad, agente de ésta o funcionario público o pertenezcan a una organización o asociación, incluso transitoria, que se dedique a la realización de tales actividades*». El apartado 4 constituye un delito especial con sujeto activo cualificado y a juicio de Terradillos (85), es una incorrección incluir a los agentes de la autoridad junto a los funcionarios, pues a su entender los agentes de la autoridad son precisamente funcionarios. Para la aplicación de dicha agravación es necesario además que dichos sujetos cometan el delito prevaleciéndose de tal condición: no es necesario, sin embargo, 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 agravado (86).

La otra agravación consiste en la «*pertenencia a una organización criminal*». Esta agravación y el endurecimiento penal responde a la política comunitaria en la lucha contra las redes mafiosas y contra la

(84) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004. No obstante, dicha agravante también ha sido aplicada cuando la ayuda a la inmigración clandestina es llevada a cabo mediante otro medio de transporte pero en condiciones tales que se ha puesto en peligro la vida o la salud de las personas, cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 20 de octubre de 2000. Dicha resolución aplica la agravante debido a que el inmigrante se hallaba empapado en sudor con pequeños síntomas de deshidratación, por las altas temperaturas y por la forma de viajar, oculto dentro de un colchón al que se había recortado parte de la espuma para dejar un hueco con forma humana y encima del cual se transportaba otro colchón y dos camastros a los lados, todo ello amarrado fuertemente por cuerdas de plástico de unos 8 milímetros de grosor.

(85) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Tráfico ilegal de emigrantes», Conferencia pronunciada en el XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal: *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, publicada en el libro del mismo título, coordinado por Laura Zúñiga Rodríguez y otras, Universidad de Salamanca, Colex, 2001, p. 27.

(86) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 313.

delincuencia organizada (87). Resulta, no obstante, difícil su delimitación frente a la infracción administrativa prevista como muy grave en el artículo 54.1.b) de la LO 14/2003, que castiga a los que «*induzcan, promuevan, favorezcan o faciliten 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*». De ahí que, ya con anterioridad a la reforma del artículo 54 por LO 14/2003, Conde-Pumpido estimara, según la regulación de la LO 8/2000 (que no distaba mucho de la actual), la infracción administrativa derogada; sin embargo, según su opinión se podría aplicar ésta cuando no resulte afectado el bien jurídico protegido por el 318 bis o para los casos en que la infracción sea cometida por una persona jurídica o alguien penalmente irresponsable (88). En mi opinión, las pocas conductas reconducibles a la infracción administrativa por no constituir infracción penal serían las de favorecimiento o la promoción a la inmigración clandestina para que permanezcan en territorio español, siempre que concorra ánimo de lucro, y aquellas conductas imputables a personas jurídicas.

La Sentencia 34/2001 de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 5 de marzo de 2001, estableció los requisitos para apreciar la existencia de una organización: pluralidad de personas; coordinación entre ellas; una cierta estabilidad o permanencia; existencia y utilización de medios idóneos y jerarquización de la organización. En tal supuesto, negó su existencia pues se trataba de dos personas que actuaban conjuntamente en el transporte de personas, pero sin ningún tipo de estructura que les respaldara, ni jerarquización entre ellos y, además, su actividad se agotaba con el viaje que realizaron patroneando una patera, sin que existieran datos fácticos que permitieran establecer un apoyo logístico, dirigido y controlado desde su inicio por terceros.

Con relación al artículo 515 del Código Penal, redactado conforme a las Leyes 11/2003 y 15/2003, queda suprimido su párrafo 6.º que calificaba de asociaciones ilícitas las que promovieran el tráfico ilegal de personas, con lo que se evitan los problemas concursales que planteaba su existencia junto a la agravación del 318 bis. Problemas con-

(87) *Vid.* el Acto 2000/C 124/01 del Consejo de la Unión Europea; Conclusiones del Consejo de Tampere de 1999; Reunión de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea, celebrada en Estocolmo el 8 de febrero de 2001.

(88) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 315.

cursales que la doctrina solucionaba estableciendo un concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad, aplicando el artículo 318 bis. Aunque, como señala Conde-Pumpido, cabe la aplicación exclusiva del artículo 516 a los meros integrantes de la organización frente a los que no se pruebe la intervención en acciones delictivas concretas y también la del 518 a los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones dedicadas a promover dicho tráfico, si no se estima acreditada su inclusión en el artículo 318 bis, cuya penalidad es más grave (89).

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 estos casos, se puede aplicar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129.

D) Tipo atenuado

En el apartado 6 del artículo 318 bis se ha introducido la posibilidad de imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste. Tipo atenuado que constituye una novedad, quizá por el endurecimiento de las penas que ha experimentado tanto el tipo básico como los agravados.

Parte de la doctrina aboga por su aplicación en aquellos casos en los que el tráfico obedezca a razones humanitarias o altruistas (aunque, en mi opinión, de *lege ferenda* en estos casos las conductas deberían ser atípicas, si de lo que se trata en este título es de la protección de los derechos de los extranjeros). Pero, a mi juicio, dicha interpretación plantea el problema de dejar vacío de contenido el tipo básico, pues cuando exista ánimo de lucro estaremos ante el tipo agravado y cuando no exista este ánimo, porque las conductas se realicen por razones humanitarias o altruistas, estaríamos ante el tipo atenuado.

Esto es lo que ha ocurrido con la puesta en práctica del artículo 318 bis por los distintos órganos judiciales. Esta práctica jurisdiccional ha puesto de manifiesto, por un lado, la desproporción de penas previstas para estos delitos y, por otro, la falta de delimitación de unos tipos u

(89) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 315.

otros por parte del legislador, lo que ha provocado que los distintos juzgadores apliquen criterios arbitrarios a la hora de aplicar unos u otros. Así, se han subsumido en el tipo atenuado del artículo 318 bis los casos de introducción en territorio español a un inmigrante, futuro familiar del sujeto activo, en un coche y sin ánimo de lucro (aplicando retroactivamente la LO 11/2003, por ser más beneficioso el tipo atenuado que la legislación anterior) (90). También se ha aplicado en un caso de introducción a nueve inmigrantes en un camión que transportaba electrodomésticos, bajo el fundamento de que no se había puesto en peligro la vida ni la integridad física de los ocupantes y bajo el argumento de que el acusado era poco peligroso pues «imbuido de una candidez de necesidad palmaria pretendió introducir ilegalmente a los inmigrantes por un cauce tildable de notoriamente inviable o imposible [...] configurándose como peregrina, fantasiosa y condenada al fracaso más absoluto la burda y torpe maniobra de pretender burlar la acción policial [...] comportamiento primitivo o artesanal, distante de los adoptados por entramados mafiosos, redes o grupos más o menos organizados...» (91). Además, se subsume en el tipo atenuado el caso del transporte en «patera» de 11 inmigrantes, bajo el argumento que lo normal es que viajen más de 20 personas, y por el hecho de que había chalecos salvavidas (92).

Un caso también a destacar de aplicación del tipo atenuado por parte de nuestros órganos jurisdiccionales lo constituye el supuesto de tráfico ilegal de personas, más de 40 y de nacionalidad marroquí, que embarcaron en una patera de reducidas dimensiones, resultando muertas 37 personas. El patrón de la patera no pudo ser localizado, pero se enjuició a su ayudante, que sí pudo ser detenido. Pues bien, pese a que se produjo el viaje en las condiciones más pésimas posi-

(90) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de diciembre de 2003.

(91) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 18 de diciembre de 2003.

(92) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 10 de junio de 2004. Dicha Sentencia incurre en una contradicción a mi entender, pues parte del tipo agravado por la puesta en peligro de las personas que viajan en la patera, pero luego aplica el tipo atenuado bajo el argumento de que la patera disponía de chaleco salvavidas. Normalmente del número de ocupantes de la patera la jurisprudencia hace depender la aplicación de un tipo u otro. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 30 de junio de 2004, aplica el tipo agravado por la peligrosidad para la vida o la integridad, pues son 16 los ocupantes y debido a la dimensión de la patera dicho riesgo aumenta. En similar sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 30 de septiembre de 2004: aquí había 27 inmigrantes en una patera.

bles, resultando 37 personas fallecidas, la Sentencia Provincial de Cádiz, aplicó el tipo atenuado del 318 bis al ayudante de la embarcación, pues argumenta que la pena máxima legal se le hubiera impuesto al patrón. Además se le castigó por cada uno de los homicidios causados a título de imprudencia (93).

E) Problemas concursales

Se ha señalado por parte de la doctrina y de los órganos judiciales que aunque el tipo del 318 bis se refiera a una pluralidad de personas afectadas, no es necesario para afirmar el delito que exista esa pluralidad, pero aun existiendo se debe de afirmar un único delito en cada tráfico ilegal (94). De ahí que la jurisprudencia ha apreciado delito continuado del artículo 318 bis en aquellos casos en los que concurrían varias acciones cada una constitutiva de un tráfico de personas por parte de los mismos sujetos que pertenecían a una organización criminal (95).

El tipo básico del 318 bis y sus tipos agravados presentan problemas no sólo de delimitación frente a las infracciones administrativas en las que también se protegen a los extranjeros, sino que presenta problemas concursales con otros delitos. Lo normal, como apunta Rodríguez Mesa, es que este tipo de delito de peligro entre en concurso con otros delitos cuando se vean afectados bienes jurídicos de carácter personal, como la vida, la integridad física, con el delito de trato degradante del 173, siempre que el atentado contra la integridad moral sea superior al menosprecio de la dignidad que ya de por sí, a juicio de dicha autora, supone el tráfico ilegal de personas (96). Ahora bien, en mi opinión, para que se dé este tipo de concursos con otros delitos, se debe probar la afcción de bienes jurídicos no protegidos

(93) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004.

(94) En este sentido, PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada e inmigración ilegal», en la obra que recoge la documentación del curso sobre *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001. En este sentido, cfr. entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 9 de junio de 2004, aunque el número de personas afectadas se tiene en cuenta para imponer la pena dentro del marco legal previamente establecido.

(95) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 15 de diciembre de 2004.

(96) Cfr. RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 91.

por el 318 bis, teniendo en cuenta que en los tipos agravados sí se protegen, en cierto grado, determinados bienes jurídicos de carácter personal.

No obstante, como apunta Villacampa Estiarte, la reforma de la LO 11/2003 soluciona muchos problemas concursales que se planteaban con la antigua regulación, al suprimirse el 515.6.º del Código Penal, por la LO 15/2003, y el 188.2.º del Código Penal, por la LO 11/2003, e incluirse dichas conductas en el 318 bis (97).

En primer lugar, cabe establecer la diferencia de este tipo respecto al previsto en los artículos 312.1 (98) y 313 del Código Penal, que se centra fundamentalmente en que el 318 bis no exige la cualidad de trabajador. El artículo 312.1 castiga a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra, y el 313 castiga la promoción y favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España con la misma pena que el tráfico, prisión de 2 a 5 años. Respecto de estos tipos se puede plantear el siguiente interrogante ¿Son tipos distintos los recogidos en el 312, 313 y en el 318 bis?, o ¿se puede mantener una relación de especialidad? En principio, parece que el artículo 318 bis es un tipo genérico o básico que castiga cualquier conducta relacionada con el tráfico ilegal o con la inmigración clandestina y los artículos 312 y 313 serían tipos especiales en los que se castiga una específica forma de tráfico ilegal de personas, esto es, el de mano de obra (99). Pero de seguir tal interpretación con la nueva regulación del

(97) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, p. 206.

(98) El artículo 312 tipifica la infracción de la normativa sobre contratación de mano de obra. La colocación ilegal también parte de una infracción administrativa de las regulaciones existentes en esta materia. La naturaleza de infracción administrativa elevada a la categoría de delito que tiene este precepto se evidencia en que es indiferente que de las maniobras se derive o no perjuicio para el trabajador, que puede salir incluso beneficiario; en este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.ª ed., Valencia, 2004, p. 349.

(99) Esta solución era mantenida con anterioridad a la reforma por la LO 11/2003, ya que los tipos de los artículos 312 y 313 tenían una pena superior a la prevista para el 318 bis; en este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, pp. 297-299, quien fundamentaba la mayor penalidad del 312 y su aplicación preferente al 318 bis, por el principio de especialidad y alternatividad, en que en el tráfico ilegal de trabajadores no sólo se tutela los intereses de los ciudadanos extranjeros directamente afectados, sino también el mercado interno de trabajo y las condiciones laborales de los trabajadores españoles. La Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado también optó por el principio de especialidad del 312 respecto del 318 bis.

artículo 318 bis, el tráfico ilegal de mano de obra resultaría beneficiado (100), pues tiene menos pena, prisión de dos a cinco años, que la figura genérica del artículo 318 bis, prisión de cuatro a ocho años. Aplicando, no obstante, el principio de alternatividad nos llevaría siempre al artículo 318 bis, con lo que los artículos 312 y 313 se quedarían vacíos de contenido. De ahí que se abogue por la reforma de este tipo también en el sentido de tratar al tráfico ilegal de personas en un mismo título o artículo y configurar el tráfico ilegal de mano de obra como un tipo agravado del tipo genérico del tráfico de personas (101).

Para solucionar el problema planteado con la reforma Villacampa Estiarte propone dos posibles interpretaciones: seguir aceptando la especialidad del artículo 313.1 con relación al artículo 318 bis, cuya penalidad podría entenderse siempre atenuada mediante la aplicación del tipo privilegiado del artículo 318 bis.6 (pena de dos a cuatro años de prisión), pero si concurriesen circunstancias propias de la trata de seres humanos (arts. 318 bis. 2 y siguientes) tendría que aplicarse éste con carácter preferente (102), e incluso ir al concurso de delitos con el artículo 313.1, si no se quiere privilegiar el tráfico de trabajadores; una segunda posible interpretación es diferenciar las conductas de los artículos 313.1 y del 318 bis, de tal manera que habrá que aplicar el artículo 318 bis cuando se produzca la ayuda a la entrada ilegal aprovechándose el sujeto activo de la situación de necesidad genérica padecida por el inmigrante, última circunstancia que no se requeriría para la comisión del hecho previsto en el artículo 313, de ahí se justi-

(100) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 206-207, tal y como se propuso en el trámite de enmiendas de la LO 11/2003.

(101) De esta opinión, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, de 6 de marzo de 2001.

(102) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de diciembre de 2003, en la que se aplica tal solución incluso a la regulación anterior a la reforma del 2003. En tal caso se opta por el tipo agravado del artículo 318 bis en detrimento de los artículos 312.1 y 313, aun dándose estas últimas conductas, bajo el argumento de que no sólo se han vulnerado derechos de los inmigrantes de índole laboral sino que se han vulnerado otros derechos fundamentales, como la dignidad humana (los sujetos se han visto sometidos a tratos degradantes) y el derecho a la libre deambulacion. Incluso en dicha Sentencia se adopta un concepto amplio de tráfico ilegal, entendido por tal, no la infracción administrativa sobre la entrada de extranjeros (pues en tal caso no se había producido, ya que dichos inmigrantes habían accedido de una manera legal por los puestos fronterizos y con pasaporte), sino la ilegalidad del desarrollo de la actividad ejercida contra los emigrantes, pues se hacía al margen de la Ley.

ficaría la gravedad de la pena del artículo 318 bis respecto al artículo 313.1 (103).

A mi entender, y partiendo de la práctica jurisdiccional acaecida hasta el momento desde la reforma de 2003, creo que se debe optar por el principio de alternatividad y aplicar el artículo 318 bis, si no se quiere beneficiar el tráfico ilegal de mano de obra y si no se quiere incurrir en una mayor desproporcionalidad de las penas a imponer (104). Ello trae como consecuencia dejar vacío de contenido los artículos 312.1 y 313 del Código Penal.

Por otra parte, el delito del 318 bis puede entrar en concurso de delitos con otros tipos como falsedades, defraudaciones, coacciones, en estos casos podemos estar ante los concursos mediales (105).

Con relación a la distinción entre el ilícito penal del artículo 318 bis del Código Penal y del ilícito administrativo del artículo 54.1 de la LO 8/2000, modificado por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, la doctrina ha intentado diferenciarlo atendiendo al bien jurídico que se protege en la conducta delictiva. Así estaremos ante la infracción administrativa cuando dichas conductas no afecten a los derechos de los inmigrantes extranjeros, o a su dignidad humana (106). El problema viene dado por

(103) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, p. 207; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (Coords.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.ª ed., Aranzadi, 2004, pp. 1642, 1650, en donde niega que se pueda optar por la primera interpretación propuesta en el texto, esto es, por el principio de especialidad del artículo 313 respecto del artículo 318 bis, por la mayor penalidad prevista en el artículo 318 bis respecto al artículo 313.

(104) Desproporcionalidad de penas, pues se podría llegar al caso de que al que ayuda a traficar con mano de obra se le impusiera una pena de dos años de privación de libertad –mínima del 313–, y al sujeto que introduce en España a un inmigrante ilegal en su coche sin ánimo de lucro, se le tuviera que imponer una pena mínima de cuatro años de privación de libertad (art. 318 bis.1).

(105) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 308.

(106) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 300; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 191-192, 205-206; 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*, 3.ª ed., Aranzadi, 2004, pp. 1642-1644, aunque pone de manifiesto las lagunas de punibilidad que se darían de seguir tal interpretación; así señala que el favorecimiento, promoción de las conductas de tráfico de personas sin ánimo de lucro y sin afectación a la dignidad humana, quedarían impunes, por no darse

la circunstancia de que las conductas que constituyen ilícito penal tiene mayor amplitud que las conductas que constituyen infracción administrativa; de tal manera que aplicar éstas últimas se requiere la inducción, promoción, el favorecimiento o la facilitación de la inmigración clandestina, siempre que se realicen con ánimo de lucro, ya bien se haga individualmente o formando parte de una organización. Con lo que la regulación contenida en el artículo 54 de la LO 14/2003, sí parece estar exigiendo afección a un bien jurídico personal, pues se exige, en todo caso, la existencia de ánimo de lucro (107), afección, que desde mi punto de vista, no exige la norma penal del artículo 318 bis.1.

Desde la postura aquí adoptada sobre la delimitación del bien jurídico en el artículo 318 bis resulta aún más difícil delimitar la conducta delictiva de la infracción administrativa. En definitiva, ambas infracciones en la mayoría de los casos se van a solapar, teniendo que acudir al Derecho Penal para castigar los favorecimientos o las conductas de ayuda a la inmigración clandestina, dejando prácticamente vacío de contenido la infracción administrativa. Una reforma, como la que aquí se ha propuesto, ayudaría a delimitar estos ilícitos acudiendo al bien jurídico que protegería la norma penal.

IV. CONCLUSIONES

Un primer análisis de la normativa penal específica sobre la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros que pueden ser

los requisitos del ilícito penal (lesión a la dignidad humana) y del ilícito administrativo (ánimo de lucro). En similar sentido ya se había decantado, RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 39-43, quien apuntaba que la regulación de la infracción administrativa, por las LLOO 4/2000 y 8/2000, y la regulación penal, olvidan los más elementales principios del Derecho Penal, como *ultima ratio*, proporcionalidad, dando lugar a una escasa operatividad a la infracción administrativa debido a su coincidencia con la infracción penal; RELAÑO PASTOR, E., «¿Sancionar al Inmigrante o Proteger las Fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la Unión Europea (I)», en *La Ley*, 13 de mayo de 2004, p. 4.

(107) En contra, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 29-36, 41, quien señala que en la infracción administrativa lo que se protege es el control de los flujos migratorios y en la penal los derechos de los ciudadanos extranjeros. No obstante, dicho autor pone de manifiesto las críticas que suscita el 318 bis de cara a poder establecer dicha delimitación apuntada en el texto, pues de un lado, la rúbrica del 318 bis no hace referencia a qué derechos en concreto se refiere y que intenta proteger, y de otro el Derecho Administrativo sólo reconoce derechos a los ciudadanos extranjeros legales y no ilegales.

objeto de determinadas conductas delictivas, demuestra, a priori, su insuficiencia de cara a alcanzar el primer objetivo trazado, esto es, su protección. No obstante, la regulación introducida por la LO 4/2000 se hacía imprescindible en orden a cubrir una laguna de punibilidad existente hasta ese momento. Laguna que venía dada por la falta de incriminación de comportamientos relacionados con el tráfico de personas que vulneraban derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros, pues sólo se castigaba hasta entonces el tráfico ilegal de mano de obra y el tráfico ilegal con fines de explotación sexual.

Pese a ser necesaria esta nueva incriminación, la práctica ha demostrado la deficiente técnica legislativa empleada tanto por el legislador del 2000 como la del legislador del 2003, quien introduce modificaciones en la regulación del artículo 318 bis del Código Penal.

Las críticas que se pueden verter sobre la regulación actual penal deben centrarse en dos puntos fundamentales: la ambigua e inconcreta delimitación del bien jurídico protegido en el tipo básico del artículo 318 bis del Código Penal; y la amplitud e indeterminación de la descripción típica. Junto con ellas se debe destacar también el endurecimiento de penas que se introduce en dicho artículo por la LO 11/2003, que es cuestionable, en mi opinión, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Respecto de la delimitación del bien jurídico protegido, mi argumentación ha tratado de demostrar que de *lege lata*, lo que realmente se está protegiendo en el tipo básico son intereses estatales en el control de los flujos migratorios, al no requerirse afección a ningún bien jurídico de los ciudadanos extranjeros y castigar toda ayuda al tráfico ilegal o a la inmigración clandestina de ciudadanos extranjeros. Ello lo ha demostrado la práctica jurisdiccional al aplicar este tipo básico cuando concurren dichos requisitos y sin exigir constatación de lesión alguna para el bien jurídico que se pretende proteger.

No obstante, esta no es la postura que defiende de *lege ferenda*. Creo que se debe partir ante todo de los principios de Derecho Penal, como el principio de *ultima ratio*, de proporcionalidad, de seguridad jurídica y de prevención, a la hora de decidir, en todo caso, lo que debe ser relevante para esta rama del Derecho e incriminar las conductas que lesionan bienes jurídicos merecedores de protección penal. Desde esta perspectiva, yo abogo por la protección de los bienes jurídicos individuales de los ciudadanos, tanto extranjeros como nacionales, que pueden verse lesionados por las conductas de tráfico de personas o de trata de seres humanos; ello conduciría al castigo de aquellos comportamientos en los que las personas sean objeto de algún tipo de

explotación tanto personal como económica y que afecten, en definitiva, a su dignidad humana. Y ello, porque la práctica ha demostrado que la protección penal de los intereses estatales en el control de los flujos migratorios excede su ámbito de competencia y además produce efectos perniciosos, en concreto, criminógenos, lo que choca con el principio de prevención.

Efectos criminógenos que se ven fomentados por las políticas restrictivas de acceso a la inmigración legal mantenidas hasta ahora por la mayoría de los países europeos. Por ello, a mi entender, el Derecho Penal no debe ser el arma para luchar contra la inmigración clandestina, esto es, contra el traslado de población infringiendo la normativa administrativa del país de destino sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros, en las que no se lesiona ningún bien jurídico de carácter personal, pues en mi opinión, para el control de los flujos migratorios se debería acudir, además de al Derecho Administrativo –pero no imponiendo políticas restrictivas de acceso a la inmigración, sino que debe hacerse tomando en cuenta la capacidad de absorción de los países de destino–, a otro tipo de medidas sociales y políticas, como por ejemplo, la ayuda a los países de origen de los extranjeros emigrantes y la celebración de acuerdos políticos con dichos Estados (108).

Sin embargo, hay que recalcar que las políticas más flexibles de acceso a la inmigración legal deben de ir acompañadas de las otras medidas mencionadas con anterioridad, pues como ha demostrado la práctica de los últimos meses –debido a la nueva regulación de acceso a la inmigración legal adoptada por el Gobierno actual–, esas políticas también generan otro tipo de explotación a los inmigrantes. Ello demanda un control por parte de la Administración, de la policía y de los jueces de cara a prevenir dichos abusos. Como ejemplo de ello se puede citar las noticias aparecidas en los medios de comunicación sobre los efectos criminógenos de esas políticas aperturistas a la inmigración legal, como que los empresarios despidan a sus trabajadores ilegales o les cobren por legalizarlos, debido a que por motivos económicos no

(108) En esta línea parece enmarcarse la opinión de GARCÍA ESPAÑA, E., «La Delincuencia de inmigrantes en España», en Lorenzo Copello, P., *Inmigración y Derecho Penal*, Valencia, 2002, pp. 153-159, al desarrollar las alternativas para reducir la delincuencia de inmigrantes, ya que defiende medidas pre-delictivas, vinculadas con la política migratoria como: medidas internacionales tendentes a la ayuda del desarrollo de los pueblos empobrecidos, que haría posible una emigración más libre y no forzada por las circunstancias; facilitar las entradas legales y no premiar a los residentes ilegales; limitación de las causas de expulsión a las infracciones muy graves; cambios de sensibilidad en todos los colectivos implicados, agentes sociales y medios de comunicación.

les interesa legalizarlos (109). Todo ello debe ir acompañado de una campaña de concienciación ciudadana de la necesidad de los emigrantes y de la solidaridad que debe reinar en esta materia (110).

Desde la postura de *lege ferenda* en cuanto a la delimitación del tipo del artículo 318 bis que aquí se realiza, cabe concluir que su ubicación más correcta sería dentro de los delitos contra las personas –unificando en un solo título o capítulo todas las conductas relacionadas con el tráfico de personas, esto es, reconduciendo los artículos 312 y 313 al 318 bis– y no entre los delitos contra la sociedad como actualmente se mantiene en el Código Penal. También se demandaría, en aras al respeto del principio de proporcionalidad, una suavización de las penas, distinguiendo a su vez las conductas propiamente de autor de las conductas de participación. Esto último sería más acorde con las Decisiones Marcos que se han adoptado en esta materia en el seno de la Unión Europea.

Finalmente quisiera recalcar la necesaria reforma que demanda la actual regulación del artículo 318 bis del Código Penal. La revisión de las decisiones judiciales y sus pronunciamientos confirman esta conclusión. Parece excesivo que a un sujeto se le imponga la pena mínima del tipo básico –cuatro años de privación de libertad– por introducir en España, sin ánimo de lucro, en el maletero de su vehículo a una persona indocumentada (111). ¿Se está protegiendo en tal caso la dignidad humana del inmigrante al castigar al sujeto que por motivos humanitarios colabora en el acceso al territorio español del inmigrante ilegal con la finalidad de salir de la pobreza en la que vive en su país? Y por otro lado, parece paradójico y desproporcional respecto del caso anterior, que se imponga a un sujeto que ayuda a introducirse en España a más de 40 emigrantes en una patera, con resultado de 37 muertes, la pena de tres años de privación de libertad por aplicación del tipo atenuado del 318 bis.6 (112).

(109) Vid. *El País*, de 20 de febrero de 2005, donde se informa que los sindicatos solicitan al Gobierno el reforzamiento de los Inspectores de trabajos y la posibilidad de acceso a la legalidad a pesar del despido del inmigrante ilegal por vía del arraigo laboral, pues así se fomentarían las denuncias por este tipo de explotación.

(110) Una campaña de este tipo se puede ya detectar en los medios de comunicación, vid. *El País*, de 6 de febrero de 2005, en el que aparece un artículo titulado «¿Qué pasaría si Madrid se quedara sin inmigrantes?», en el que se argumenta que los 800.000 extranjeros instalados en la capital en los últimos 10 años son imprescindibles para la vida cotidiana de la ciudad.

(111) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 6 de mayo de 2004.

(112) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBER BURUSCO, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, 2001.
- BAUCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho Penal ante el fenómeno migratorio», en *Derecho y Proceso Penal*, 2005-1, núm. 13.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003.
- GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *AP*, 2002, núm. 29.
- GARCÍA ESPAÑA, E., «La Delincuencia de inmigrantes en España», en *Inmigración y Derecho Penal*, de Lorenzo Copello, P., Valencia, 2002, Ed. Tirant lo Blanch.
- GONZÁLES, J. I., «Política de Extranjería», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, 2003, *Extranjeros y Derecho Penal*, pp. 13-33.
- GUANARTEME SÁNCHEZ, «El nuevo delito de tráfico ilegal de personas», en Lorenzo Copello (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GUARDIOLA GARCÍA, J., «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)», en *Derecho y Proceso Penal, Aranzadi*, 2005-1, núm. 13.
- LEÓN VILLALBA, DE, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MAQUEDA ABREU, M.^a L., *El tráfico sexual de personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.^a ed., Valencia, 2004.
- NAVARRO CARDOSO, «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Revista Penal*, núm. 10, 2002.
- PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada e inmigración ilegal», en la obra que recoge la documentación del curso sobre *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- PÉREZ DEL VALLE, C., «Las reformas de la reforma penal», en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 43, 2000.
- RELAÑO PASTOR, E., «¿Sancionar al Inmigrante o Proteger las Fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la Unión Europea (I)», en *La Ley*, 13 de mayo de 2004, pp. 1-8, (II), en *La Ley*, de 14 de mayo de 2004, pp. 1-6.
- REUS MARTÍNEZ, N., «La Justicia Penal y la Unión Europea, Convenios Existentes. Especial Consideración al Espacio Schengen», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, enero-abril, 2002, en http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/numero12/estudio_2.htm

- RODRÍGUEZ MESA, M.^a J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001.
- ROJO TORRECIJA, *Delitos contra los derechos de los trabajadores...*, Barcelona, 1998.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., «La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003», en *La Ley*, 17 de junio de 2004.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002.
- SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5. El Extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la Ley Orgánica 4/2000). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 380.
- SERRANO PIEDECASAS, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Lorenzo Copello (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Tráfico ilegal de emigrantes», Conferencia pronunciada en el XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal: Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, publicada en el libro del mismo título, coordinado por Laura Zúñiga Rodríguez y otras, Universidad de Salamanca, Colex, 2001.
- 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., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, por Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (Coords), 3.^a edición, Aranzadi, 2004, pp. 1633-1654.